REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 34 MÉXICO, 2010 NÚMERO 34

UELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Fauzi Hamdan Amad, *Rector*
Lic. Francisco Simón Conejos, *vocal*
Lic. Emiliano Zubiría Maqueo, *vocal*
Lic. Pascual Orozco Garibay, *vocal*
Lic. José Ángel Villalobos Magaña, *vocal*
Lic. Mauricio Oropeza Estrada, *vocal*

Dr. Rafael Estrada Michel
Secretario Académico

Lic. Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2010. 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.

ÍNDICE

Edmundo CASTRO MEDINA
Los descansos laborales 9

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL
La larga marcha jurídica, de pueblos y comunidades indígenas, por la dignidad y la autonomía (1808-2010) 33

José Julián DOMÍNGUEZ ARROYO
Derecho y seguridad nacional en México 87

Xavier GINEBRA SERRABOU
Los delitos contra la competencia en la legislación peruana y mexicana 133

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO
D = O x E 191

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA
La cuestión territorial en el federalismo mexicano del siglo XIX 207

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN
Legados en Edad Adrianea. Disposiciones normativas 265

Óscar GUTIÉRREZ PARADA
Estructura jerárquica del sistema jurídico mexicano y las leyes generales o leyes marco 301

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

Ramón Hernández Cuevas
En busca de los principios constitucionales (la interpretación judicial en México) 313

Pablo Hernández-Romo Valencia
La autonomía del derecho penal: ¿hasta dónde llega la seguridad jurídica? 359

Steven M. Kahaner (traducción de Javier F. Becerra)
La administración de justicia en una sociedad multilingüe. ¿Sujeta a interpretación o pérdida en la traducción? 375

Rodrigo Labardini
La ley suprema de toda la unión: legalidad tripartita 395

Fernando Martínez García de León
Problemática procesal de la Teoría de la Imprevisión. La incorporación de la Teoría de la Imprevisión al Código Civil para el Distrito Federal 501

Carlos Müggenburg
El mandato irrevocable. Protección de un interés jurídico inverso subyacente y subordinante diverso al del mandante, conformante de una vinculación sinalagmática perfecta. Tesis explicativa de su naturaleza jurídica integral 523

Fernando Nava Herrera
Algunas consideraciones en torno a la iniciativa de Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley de APP) 571

Roberto Niembro O.
La distribución de competencias legislativas tratándose de derechos fundamentales previstos en la constitución mexicana 599

Alejandro Rosillo Martínez
Los derechos a la vida y a la igualdad en el pensamiento de Alonso de la Veracruz 649

Ricardo J. Sepúlveda I.
Los derechos humanos en México: 200 años de lucha infructuosa 691

Emilio Suñé Llinás
Una constitución para el ciberespacio (comentario general y texto articulado) 723

Mario Téllez G.
Los exámenes de abogados en el Estado de México del siglo XIX 765

Fernando Villaseñor Rodríguez
Literatura, moral y derecho en *El extranjero* de Albert Camus 839

MISCELÁNEA

Juan Pablo Pampillo Baliño
La renovación de la investigación jurídica en la Escuela Libre de Derecho: el Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso" 857

EFEMÉRIDES

Datos del curso escolar 2009-2010 899

IN MEMORIAM

Rafael Estrada Michel
Josette Serrato Combe (1943-2010) 927

Elisur Arteaga Nava
Laura Trigueros Gaisman (1944-2010) 929

DISCURSOS

Discurso del Lic. Fauzi Hamdan Amad, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2010-2011 935

Discurso pronunciado por el Dr. Óscar Cruz Barney, presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México en la Escuela Libre de Derecho, con motivo de la entrega de reconocimientos a Brenda Lucía Sánchez Pérez por haber obtenido el mejor promedio de licenciatura y a Renata Laura Sandoval Sánchez, por haber obtenido el mejor promedio de maestría 939

Discurso del alumno Leopoldo Gómez Grassi, presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2010-2011 941

LOS DESCANSOS LABORALES

Edmundo CASTRO MEDINA

SUMARIO: I. *Noción de descanso*. II. *Relación con las jornadas*. III. *Algunos tipos de descanso*. IV. *El descanso diario*. V. *El descanso semanal*. VI. *El descanso por ciclos*. VII. *Los descansos anuales*. VIII. *Los descansos de mujeres y menores*.

I. NOCIÓN DE DESCANSO

Una vez establecida la relación de trabajo, sea ésta por tiempo indeterminado o por obra o tiempo determinado, está a cargo del trabajador la obligación principal de trabajar, esto es, poner a disposición del patrón su energía física y mental, para que el poder jurídico de mando de éste se manifieste en la ejecución de la labor contratada o encomendada, tendiente a cumplir el objeto jurídico de la empresa del patrón: hacer una obra de arte y participar en un proceso de fabricación, impartir clases, atender al público, ya sea de manera directa, por teléfono o por computadora, etcétera.

Estos procesos de producción de bienes y de servicios, aunque normalmente no se detienen en los actos singulares que las realizan, tienen causas relacionadas con la organización del trabajo, con la coordinación del trabajo de otras, con la necesidad de diversos tipos de jornadas y de ofertas y demandas de esos bienes y servicios, como también de la continuidad que debe darse a los tipos de labor.

Por eso podemos decir que la ejecución de la obligación de trabajar en una relación de trabajo, está cuajada de una serie de descansos que tienen que ver con lo siguiente: la fatiga; la concentración personal; el tiempo de labor; la naturaleza del trabajo con la calidad, oportunidad

y costo del producto, y muchos factores, entre los cuales destaca la condición humana del trabajador.

No por algo la *Gran Enciclopedia del Mundo*[1] hace notar la raíz latina de la palabra descansar, que se descompone en *des* y *cansar*, para significar, primordialmente, cesar en el trabajo, reposar para reponer fuerzas; o bien, tener alivio en los cuidados, dar a los males alguna tregua, o desahogarse, tener alivio o consuelo comunicando a una persona de confianza los males o trabajos; o hasta dormir, yacer en el sepulcro, o estar en la confianza de los oficios o favor de otro; y, desde otro punto de vista, estar una casa asentada o apoyada sobre otra, ayudar a uno en el trabajo, ayudarle en él, o bien, dejar sin cultivo uno o más años la tierra de labor, o hacer referencia a quien tenazmente sostiene una opinión y, aunque alguna vez cese o calle, vuelve a la porfía, de ahí: descanso, cesación o pausa en el trabajo o fatiga, o causa de alivio en la fatiga y en los cuidados físicos o morales. Juan de Pozzo enfoca así la caracterización:[2]

> El descanso del hombre que trabaja responde a necesidades corporales y espirituales y esa es la razón por la cual se ha preocupado la legislación de estudiar y establecer una regulación protectora e irrenunciable que debe cumplirse en lo posible, aun contra la voluntad del individuo. Esta legislación protectora contribuye, no solamente a la conservación y desarrollo del hombre, sino que trasciende a la vida familiar y a las actividades humanas, con lo cual incide en el armónico desenvolvimiento de la sociedad. Si el trabajo es considerado en la actualidad como una función social provechosa no solamente para las partes ligadas por relación laboral sino también para la sociedad; si el criterio moderno, entiende que el trabajo no es una mercancía y que su regulación legal debe ser afrontada con un criterio prevalecientemente humano, lógico es también, entonces, que la ley haya limitado el empleo de las fuerzas del empleado, imponiendo ciertos periodos de descanso, ya en el transcurso del periodo laboral, ya durante un periodo determinado –generalmente la semana– y, por último, una fracción más extensa de recuperación, durante el año de trabajo.
>
> El primer tipo, descanso entre las horas de trabajo y entre dos jornadas, tiende a procurar el reposo indispensable para la recuperación de la energía física; el descanso semanal, aparte de acentuar esa recuperación corporal, otorga al trabajador la noción de su propia personalidad dentro del ámbito de su familia y de la sociedad que lo rodea, dejándole su entera libertad o independencia para sentirse un ser humano y permitiéndole en el reposo una mayor convivencia con sus familiares, el intercambio de relaciones; en las diversiones, en el paseo, en la lectura, en la realización más intensa, de sus entretenimientos, un paliativo para el trabajo diario, un reposo corporal y mental y un objeto para su vida. Por supuesto que estas ventajas del descanso semanal se verán acentuadas por las vacaciones anuales. En resumen, el descanso no sólo tiene por fin recuperar las energías perdidas durante el trabajo sino que ofrece al individuo la oportunidad de sentirse como tal dentro de la sociedad dejando de ser parte de un sistema de producción, el trabajador se transforma en un ser libre y pensante, objeto final de la organización social y del derecho.

[1] Tomo 20, Léxico, Durvan, Bilbao, 1979, p. 449.

[2] *Manual teórico-práctico de derecho del trabajo*, t. I, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 297 y ss.

De esa manera clasifica los tipos de descanso en a) durante la jornada; b) entre las jornadas; c) semanal; d) feriados especiales; e) anual.

Por otra parte, Ferrari,[3] extrañamente no hace mención a los descansos laborales, ni, en consecuencia, construye una teoría sobre ellos.

No es el caso de Guillermo Cabanellas,[4] aunque aborde el asunto desde el concepto de la fatiga:

> La fatiga no es sino el cansancio, la agitación o el agotamiento debidas a un esfuerzo físico o psicológico que afecta al individuo, al trabajador, sobre la actividad acostumbrada o sobre las fuerzas normales. Constituyen un estado *morboso* (estimamos que quiso decir *mórbido*) transitorio determinado por el trabajo prolongado o en exceso, traducido en la disminución de la excitabilidad a causa del ejercicio por demás intenso o proseguido en el tiempo. La fatiga penetra en el derecho laboral porque ella es la que permite la adecuada medida de la máxima jornada, la que fatigue pero no agote; y porque impone los reparadores descansos en el curso mismo de las actividades, en el prolongado intervalo de un día a otro y en las treguas esenciales de cada semana y de cada año.
>
> La imposibilidad del trabajo sempiterno por las necesidades fisiológicas de la alimentación y el sueño, entre otros, se refuerza por la rendición corporal y anímica que la fatiga representa. Biológicamente, la fatiga constituye una defensa orgánica frente a los males de la intoxicación; desempeña aparente-

[3] *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1966, t. I.

[4] *Compendio de derecho laboral*, t. I, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1968, pp. 503 y ss.

mente las mismas funciones que el dolor; es una de las tantas defensas activas que el organismo humano posee en la vida de relación, y que se graba en el cerebro como manifestación no deseable.

Por la fatiga, la actividad se entorpece en mayor o menor grado; y, en sus límites el estado de impotencia para el trabajo llega a ser absoluto. La caracterización del fenómeno que la fatiga constituye ha sido formulada con notable acierto por Kimball en estos términos: Al comenzar el trabajo hay un periodo durante el cual el esfuerzo no es solamente fácil, sino agradable y en que la producción aumenta. Este periodo es seguido por otro durante el cual las condiciones se mantienen sensiblemente uniformes; que a su vez, es seguido por un tercero en que declinan el interés y el gusto por la producción, y en que comienza a sentirse cansancio; y, finalmente, si continúa el esfuerzo, aparece el dolor. Durante este último periodo, el trabajador debe apelar a toda su fuerza de voluntad para continuar la tarea. Por último, llega un momento en que, si continúa el esfuerzo se hace insoportable y se llega al agotamiento.

Todo esfuerzo físico o mental produce una alteración en los tejidos que crea ciertos principios tóxicos en la sangre, lo que da lugar a los fenómenos antes citados, Si el esfuerzo es lento, el sistema es capaz de eliminar esos productos de descomposición en la misma medida en que se producen; pero no puede realizar esta acción eliminadora cuando el esfuerzo es grande y continuado. En cambio la fatiga que no excede el límite de elasticidad es saludable para todos y no puede mantenerse en buena salud una persona que no realice algún esfuerzo físico.

Por los factores físicos del cansancio, revelados en la respiración, y por los efectos psíquicos de la pérdida de la atención, el desinterés por la tarea y el hastío inclusive por la labor, la fatiga repercute en varias instituciones laborales, además de la jornada abreviada (la de 8 horas o menos); así, la implantación de horarios discontinuos y la observancia de pequeñas pausas o treguas dentro de las mismas tareas. La fatiga acumulada en la sucesión de los días y de los meses ha impuesto el descanso semanal y ha llevado a la concesión de vacaciones anuales remuneradas. Guarda relación también con los accidentes del trabajo, a los cuales es más propenso, por aflojamiento de la atención, el trabajador fatigado. La fatiga que se acumula en el correr de los años, junto con el declinar de las energías físicas, origina a la pasividad mayor o menor que representa la jubilación y el retiro.

II. Relación con las jornadas

Son varias las formas de clasificar las jornadas: por la hora del día en que se inician o terminan, por la continuidad o discontinuidad de las

labores del tiempo en que se ejecutan, según su duración máxima, según la edad, la jornada efectiva y la jornada nominal, el tiempo en trayecto, la extraordinaria, la recuperación de las horas perdidas, las exclusiones, las excepciones, los trabajos intermitentes, los trabajos complementarios y preparatorios, los de interés público, según la importancia de la población o el número de personas ocupadas, los talleres, familiares, los puestos de dirección o de inspección de las labores o los puestos de confianza, de hospitales, hoteleros, restaurantes, espectáculos, a domicilio, los domésticos, autotransporte, buques, aeronaves y otros especiales, los casos de accidente, de trabajos urgentes y de fuerza mayor, los que atienden a razones de salud, etcétera.[5]

En relación con cada clase de jornada, los descansos pueden variar, de manera que se engarcen y armonicen con los diversos trabajos y de sus respectivas exigencias.

Así que en cada país, pero también en la reglamentación internacional, se pueden tener en cuenta diversas circunstancias y, por consecuencia, se pueden producir diversos tipos de descansos.

Sin embargo, la regulación tiene algunos rasgos en común que podrían referirse a algunos periodos de trabajo, como el de horas, un día o un año dependiendo de los instrumentos jurídicos en que aparezcan, según su amoldamiento a la realidad y a las fuentes de derecho admitidas.

III. Algunos tipos de descanso

Los más comunes son los descansos diarios y su correlación a las 24 horas del día. Pero también están los descansos semanales y los anuales.

Pueden contemplarse igualmente los descansos semanales y los que corresponden a ciertos ciclos en algunas clases de trabajo.

Para apreciar ese panorama que va del día al año, y para reconocer la diversidad de enfoques a que se someten, resulta ilustrativa la explicación que respecto al derecho español nos dan Juan M Ramírez y sus asociados, en su *Curso de derecho del trabajo*:[6]

[5] Ramos Álvarez, Óscar Gabriel, *Trabajo y seguridad social*, Trillas, México, 2009, pp. 53 a 74.

[6] *Curso de derecho del trabajo*, Tiran lo Blanch, 8a. ed., Valencia, 1999, pp. 347 a 361.

Por jornada ordinaria de trabajo se entiende el tiempo que cada día, semana o año dedica el trabajador a la ejecución de su prestación de trabajo.

La duración de la jornada ordinaria de trabajo será la que fije el correspondiente convenio colectivo aplicable; en su defecto, el contrato individual de trabajo y, en defecto de ambos el ET art. 34.1.

No obstante lo antes señalado, la autonomía colectiva y especialmente la individual están limitadas por las siguientes normas sobre ordenación de la jornada:

(ET es Estatuto del Trabajo, y RD significa Real Decreto).

1. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo de promedio en cómputo anual (art. 34.1, ET). En este sentido, la jurisprudencia ha concretado que la jornada máxima anual equivale a 1 826 horas y 27 minutos de trabajo (resultado de multiplicar 40 horas por las semanas del año y restando las vacaciones, descanso semanal y días festivos). Se trata de un límite máximo de derecho necesario que no impide que en los convenios o en los contratos individuales pueda establecerse una jornada inferior.
2. A efectos del cómputo de las 40 horas semanales se tiene en cuenta exclusivamente el (trabajo efectivo). En tal sentido, el art. 34.5, ET, señala que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Ello quiere decir que los tiempos de acceso o salida del trabajo tales como los invertidos en los trayectos al centro de trabajo o al domicilio, en el cambio de ropa, aseo o tiempo invertido en fichar o en el desayuno o bocadillo no computan a efectos de jornada. Es decir, a estos efectos computa exclusivamente el tiempo de trabajo y no el invertido en acudir al trabajo o de presencia en el centro, salvo casos excepcionales en que existan obligaciones reglamentarias adicionales.

   Asimismo los tiempos dedicados a la preparación del trabajo o a su finalización (calentamiento, encendido, limpieza, etc.) tampoco serán computables a los efectos antes indicados (art. 20, RD, 1561/95).

   En todo caso, respecto al cómputo de la jornada, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta las posibles condiciones más beneficiosas y lo que establezcan las normas sectoriales (convencionales o reglamentarias). Así, por ejemplo, en el Estatuto del Minero comienza el cómputo de la jornada al entrar en el pozo y finaliza al salir de él. Art. 3.

3. La jornada máxima anual, tanto la legal como la convencional, puede ser objeto de una distribución irregular a lo largo del año mediante convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 34.2). Es decir, el límite de 40 horas de trabajo a la semana es dispositivo. Así, durante unas semanas puede trabajarse más de cuarenta horas sin que éstas tengan la consideración de extraordinarias, y como consecuencia las horas trabajadas en otras semanas no llegarán a aquella cantidad. De la misma manera, puede pactarse el descanso en días que legalmente no son festivos (puentes) sin que ello signifique disminución del tiempo de trabajo.

   En todo caso, la distribución irregular de la jornada está sometida a unas limitaciones: a) La jornada diaria de trabajo no podrá ser superior a nueve horas, pero se trata de una limitación dispositiva respecto a los convenios colectivos o acuerdos de empresa (art. 34.4, ET). b) Debe respetarse de forma imperativa el descanso mínimo de doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente. c) Asimismo, debe respetarse el descanso de día y medio semanal. Pero téngase en cuenta que reglamentariamente se pueden ampliar o reducir tanto el descanso diario como el semanal, lo que se ha hecho por el RD 1561/95.

   Por el contrario, respecto a los trabajadores menores de 18 años la norma es imperativa, no pudiendo éstos realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo tanto el tiempo dedicado a la formación como el realizado para varios empleadores en caso de pluriempleo.

   El ET autoriza al gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, a establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran los artículos 34.7 y 36.1, cuarto párrafo. El gobierno ha hecho uso de esta autorización mediante el RD 1561/95.

   El RD 1561/1995 prevé ampliaciones y limitaciones de la jornada laboral en una serie de sectores de actividad. Así, se contemplan ampliaciones de jornada para los empleados de fincas urbanas (art. 3), guardas y vigilantes no ferroviarios (art. 4), trabajo en el campo (art. 5), comercio y hostelería (arts. 6 y 7), transporte ferroviario y aéreo (arts. 13 y 14), trabajo por carretera (arts. 10 a 12), trabajos de puesta de marcha y cierre (art. 20), trabajos en condiciones especiales de aislamiento y lejanía (art. 21) y trabajos en actividades con jornadas fraccionadas (art. 22). Por el contrario, son supuestos en los que se

prevén limitaciones de la jornada para tutelar la integridad física del trabajador lo siguiente: los trabajos expuestos a riesgos ambientales (art. 23), trabajos en el campo (art. 24), trabajos en el interior de las minas (art. 25), subterráneos de construcción y obras públicas (art. 20), en cajones d aire comprimido (art. 309), y en cámaras frigoríficas y de congelación (art. 31).

IV. El descanso diario

No hay en el derecho mexicano del trabajo, alguna norma que directamente regule este tipo de descanso, salvo el intermedio de jornadas continuas.

Entonces, lo razonable es derivarlo de las disposiciones existentes sobre las jornadas. Dice el artículo 58 de la Ley Federal del Trabajo:

> Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo.

El artículo 59 permite que patrón y trabajador fijen la duración de la jornada de trabajo, sin que pueda exceder de los máximos legales, máximos que según el artículo 61 son de 8 horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta.

Para ese efecto, el artículo 60 nos dice que la jornada diurna es la comprendida entre las seis y las veinte horas; la nocturna, entre las veinte y las seis horas, y la mixta comprende ambas, siempre que no comprenda tres horas y media o más de la nocturna, pues en este caso será nocturna. Los artículos 63 y 64 disponen lo que sigue:

> Art. 63. Durante la *jornada continua* de trabajo se concederá al trabajador un descanso de media hora, por lo menos.
>
> Art. 64. Cuando el trabajador no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de reposo *o de comidas*, el tiempo correspondiente le será computado como tiempo efectivo de la jornada de trabajo.

La "o" se ha estimado que es copulativa y no disyuntiva y, por tanto, no quiere significar que el patrón debe otorgar "otra" media hora para comida, sino que el trabajador debe optar por descansar o comer, o las dos cosas. Téngase en cuenta que se trata de jornadas continuas, y no de discontinuas, quebradas o interrumpidas, o fraccionadas, pues en estos casos no existe la obligación de considerar ese tiempo como trabajado.

Por otro lado, también se ha suscitado dificultad en definir si el trabajador puede o no salir del lugar donde presta sus servicios, si depende sólo de su voluntad o de circunstancia ajena. Tomar su alimento en el comedor de la empresa se ha interpretado como tiempo de la jornada, aunque no es general esa aplicación si el trabajador pudo salir.

Lo recomendable sería precisar las situaciones que sí se computan en la jornada y cuáles no, sin olvidar que la idea es proteger el máximo de la jornada.

Ahora bien, durante la jornada puede haber otros descansos. Sobre el particular, el artículo 62 de la Ley Federal del Trabajo remite al artículo 5o., fracción III, para fijar la duración de la jornada, y esta última disposición, enmarcada dentro de la norma general de que por ser ley de orden público, no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca.

> III. Una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo, o a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

A estos trabajos se les conoce también como "especialmente penosos", y refieren lo mismo al impedimento de prolongar la jornada como a la obligación del patrón de conceder descanso y otras condiciones conexas para ejecutar una labor, por ejemplo, hacerlo en cuclillas, o doblando la cintura, o entre mangueras que emiten agua u otros líquidos con alta presión, o en sitios que aumentan o disminuyen la temperatura, arriba o debajo de la superficie, que exigen pausas o descansos cada quince minutos o de media hora y otro lapso igual de reposo, en algunos casos con sillas o camas especiales, y sin el equipo de trabajo.

Al concluirse la jornada respectiva, debiera comenzar el descanso diario hasta el inicio de la jornada del siguiente día: el descanso entre jornadas, 16 horas normalmente.

Empero, es posible que deba prolongarse la jornada, antes o después de dicha jornada, o incluso en el intermedio, si se trata de jornada discontinua. Dice el artículo 66 de la Ley Federal del Trabajo:

> Podrá *también* prolongarse la jornada de trabajo por circunstancias extraordinarias, sin exceder nunca de tres horas diarias ni de tres veces en una semana.

Y el artículo 68 de esa Ley agrega:

> Los trabajadores no están obligados a prestar sus servicios por un tiempo mayor del permitido en este capítulo (Capítulo II, Jornada de Trabajo). La prolongación del tiempo extraordinario que exceda de nueve horas a la semana, obliga al patrón a pagar la trabajador el tiempo excedente con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada, sin perjuicio de las sanciones establecidas en esta Ley.

De donde se desprende que el trabajador queda obligado a laborar hasta las nueve horas a la semana en tiempo extraordinario. Esta opinión es ahora la generalmente aceptada.

Y también se desprende que se autoriza a disminuir el descanso diario de las dieciséis horas por regla general.

Distinta es la situación que se suscita si llega a estar en peligro el trabajador o el establecimiento:

> Artículo 65. En los casos de siniestro o riesgo inminente en que peligre la vida del trabajador, de sus compañeros o del patrón, o la existencia misma de la empresa, la jornada de trabajo podrá prolongarse por el tiempo *estrictamente indispensable* para evitar esos males.

Esta es una excepción considerada internacionalmente. Ese descanso diario igualmente opera en los casos de trabajo por turnos o trabajo por equipos, de la hora de salida a la entrada del siguiente terno. De otra suerte el descanso deberá prolongarse el tiempo excedente que permite el entronque del turno al cual debe ser trasladado el trabajador por "cambio de turno".

El descanso de algún día también puede otorgarse como reposición por un día "inutilizado" de vacaciones, si el trabajador hubo de trabajar o si estuvo enfermo. También puede ser agregado al siguiente periodo de vacaciones.

Salomón Gonzaléz Blanco[7] dice que el trabajador, aun habiendo aceptado una jornada de ocho o siete horas puede demandar ante la

[7] *Derecho del trabajo*, Primer Curso, México, 1963, pp 172 y ss.

Junta de Conciliación y Arbitraje, para obtener la reducción de la jornada excesiva o peligrosa por las condiciones inhumanas de su ejecución. Igualmente expresa que la posibilidad de distribuir las 48 horas semanales con un aumento de la jornada diaria para lograr el descanso, en su opinión contradice el texto constitucional sobre jornada máxima, del sábado por la tarde, y que, por otra parte, el salario doble previsto para las horas extraordinarias, se origina en necesidades de orden técnico y económico de la empresa, y está de acuerdo con el maestro Mario de la Cueva en que, si no tienen ese origen, como cuando hay riesgo sobre la existencia de los trabajadores o de la empresa, entonces, se paguen con salario ordinario, porque no hay relación directa con la actividad de la empresa que produce utilidad.

José de Jesús Castorena y Bringas[8] inicia su explicación sobre este asunto, diciéndonos que el artículo 58 de la Ley Federal del Trabajo define la jornada como el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para realizar su trabajo. Y agrega:

> El precepto resuelve infinidad de pequeñas diferencias; según él, no es el tiempo efectivo el que constituye la jornada de tal manera que aunque no se trabaje, si está a disposición del patrón, en espera de órdenes de que se repare la maquinaria que emplea para prestar sus servicios, de falta de materias primas o de fuerza física, ese tiempo se computa como de trabajo.

Después de referirse a que también se compute dentro de la jornada la media hora a que se refiere el artículo 64 de la misma Ley, expone:

> La jornada de trabajo es susceptible de sufrir modificaciones y hasta de aumentar, si así lo acuerdan los obreros y el patrón, siempre que el propósito sea el de proteger el descanso semanario o implantar alguna modalidad equivalente. Pueden distribuir las partes el tiempo de trabajo en periodos superiores a una semana para dar lugar a descansos mayores en esos mismos periodos (Art. 59, párrafo 2o.).

Sobre el tiempo extraordinario, repite su limitación y lo del salario doble; pero dice que no se causa este salario doble en los casos de

[8] *Manual de derecho obrero*, México, 1971, pp. 117 y ss.

siniestro, riesgo inminente en que peligren las personas o la empresa, por el tiempo que requiera para conjurar los peligros.

> El servicio (doméstico entendemos) y el trabajo en la industria familiar no están sujetos a los preceptos relativos a la duración de la jornada. El servicio doméstico, por razón de que el trabajador vive al lado del patrón y de que el servicio de asistencia de una casa no es continuo, sin embargo, tendrán derecho a reposos bastantes para tomar alimentos y para dormir en la noche.

Luego de analizar el caso de jornadas inhumanas, concluye que si por la índole del trabajo la jornada de ocho horas o menos resulta inhumana, la autoridad debe declarar nula la condición y establecer una jornada inferior. Y agrega:

> Existen en la práctica varios casos de jornada inferior a la legal. Por razón de haber aprobado México los proyectos de convención de la Organización Internacional del Trabajo, están sujetos a jornada inferior de la legal, los trabajadores de las minas de carbón y de las fábricas de vidrio y de botellas de vidrio de la República (convenciones 43, 46 y 49 de la OIT).

Néstor de Buen,[9] después de dar su definición de jornada, de analizar sus antecedentes y de explorar sobre la necesidad de la limitación así como de clasificar las jornadas, entra a analizar el descanso de media hora a que se refieren los artículos 63 y 64, y dice:

> Se estima que el art. 63 no ha sido redactado con claridad. La primera duda se refiere a si el derecho al descanso sólo es exigible en el cuerpo de una jornada normal (diurna, mixta o nocturna), pero no lo es cuando se trata de jornadas reducidas. La segunda duda deriva de la confusión entre el tiempo de descanso en jornada continua y el tiempo de reposo y comida que menciona el art. 64.
>
> En nuestro concepto el primer problema debe resolverse en el sentido de que la jornada reducida exigiría un descanso proporcional no siendo aceptable la fórmula que algunas empresas observan de transformar el descanso en una reducción de la jornada en media hora. De hacerlo así corren el riesgo de que la jornada así reducida exija también un descanso proporcional intermedio, si se trata de jornada continua.

[9] *Derecho del trabajo*, t. II, Porrúa, México, 1979, pp. 133 y ss.

> El segundo problema exige mayores desarrollos. En primer término debemos decir que el descanso de media hora previsto en el art. 63 y el tiempo de descanso y comida mencionado en el art. 64, no son acumulables. La deficiente, en nuestro concepto, coordinación de ambos preceptos ha propiciado, sin embargo, algunas dudas en ese sentido. La diferencia entre ambas es la siguiente: el descanso de media hora se aplica sólo en la jornada continua; en cambio, el tiempo de reposo y comida previsto en el art. 64 presume una jornada discontinua sin embargo, si la discontinuidad no permite al trabajador salir del lugar donde presta sus servicios, el tiempo correspondiente también le será computado como tiempo efectivo de la jornada de trabajo.
>
> Ha existido alguna duda adicional respecto del concepto "lugar donde presta sus servicios". Algunos han entendido que esa expresión significa el lugar preciso donde se presta materialmente el servicio dentro de la empresa. Con base en ese criterio consideran que bastará que se permita al trabajador separarse de su puesto de trabajo, aun cuando no abandone el domicilio de la empresa, para que se entienda que se trata de jornada interrumpida y que, por lo tanto, el tiempo de reposo y de comida no forma parte de la jornada de trabajo.
>
> En nuestro concepto la tesis anterior es infundada porque rompe con la idea de que en la jornada discontinua el trabajador es dueño absoluto del tiempo intermedio, lo que evidentemente no ocurre cuando no puede salir del perímetro empresarial.
>
> En ocasiones se intenta superar este escollo autorizando formalmente al trabajador para que salga de la empresa, si bien el tiempo que se le concede –generalmente de media hora– no le permite ir y volver a su domicilio o a un lugar donde se sirvan alimentos, lo que determina que permanezca, de hecho, en el lugar de trabajo. En este caso debe de tenerse en cuenta la realidad de la permanencia del trabajador y no la autorización formal y considerar que ese tiempo sí constituye parte de la jornada de trabajo, de acuerdo con lo que se ordena en el art. 64.

V. El descanso semanal

Dice, con razón, Guillermo Cabanellas,[10] que el descanso semanal ofrece muchas modalidades y que una cautela definidora debe limitarse a señalar que comprende un reposo mínimo de 24 horas en cada lapso de 7 días consecutivos, pues existen descansos semanales de un día, de día y medio y de dos días: el primero es el habitual; el segundo

[10] *Ibidem*, pp. 543 y ss.

encuadra en el denominado sábado inglés; el tercero resulta de la semana de cinco días, consecuencia de ser otros tantos los de trabajo por la considerable disminución horaria en las prestaciones o por recargo de una hora o algo más en cada una de las fechas laborales.

Opina que *descanso semanal*, es más propio que *descanso dominical*, expresión que se usó hasta entrado el siglo XX y que podría significar la parálisis de los pueblos. Tampoco acepta *descanso hebdomadario* por ser un galicismo técnico, debido a que el francés carece de adjetivos para "semaine" (de ahí "hebdomadaire"), lo que no es español.

Como muchos autores, se remonta al Génesis de la Biblia. Precisamente en ésta, según la versión de Casiodoro de Reyna (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), con sucesivas revisiones hasta 1990,[11] se lee: Génesis, Capítulo 2, versículo 2:

> Y acabó Dios en el día séptimo de toda la obra que hizo, y reposó el día séptimo de toda la obra que hizo. Versículo 3: Y bendijo Dios al día séptimo, y lo santificó, porque en él reposó de toda la obra que había hecho en la creación.

Pero también el libro de Éxodo (Capítulo 20, versículos del 8 al 11), hace mención al descanso:[12]

> Acuérdate del día de reposo para santificarlo. 9: Seis días trabajarás, y harás toda tu obra. 10: mas el séptimo día es reposo para jehová tu Dios; no hagas en él obra alguna, tú, ni tu bestia, ni tu extranjero que está dentro de tus puertas.

Historiadores, como Saint-León,[13] pintan magníficamente las etapas anteriores al maquinismo, en las que se llegaban a descansar hasta 85 días al año, y se reducía la jornada del sábado y las vísperas de las fiestas religiosas. Pero la producción ininterrumpida exigió otro cuadro de comportamiento hasta nuestros días.

[11] Sociedades Bíblicas Unidas, Nueva York, 1993.
[12] *Idem*.
[13] *Historia de las corporaciones de oficios*, Buenos Aires, 1944, pp. 134 y ss.

Así sea como un dato curioso, en Hispanoamérica las Leyes de Indias dispusieron desde 1606, que los indios no trabajaran en día domingo ni en las fiestas de guardar.

Como quiera que sea, desde la Ley Federal del Trabajo de 1931, en México, se dispuso:

> Art. 78. Por cada seis días de trabajo, disfrutará el trabajador de un día de descanso, cuando menos, con goce de salario integro.
>
> Los gobernadores de los estados de los territorios y el jefe del Departamento del Distrito Federal, reglamentarán este artículo, procurando que el día de descanso semanal sea el domingo. En aquellas industrias en que la aplicación de esta Ley, corresponde a las autoridades federales, la reglamentación se hará por el Ejecutivo de la Unión.[14]

Actualmente, la Ley Federal del Trabajo de 1970 dispone lo siguiente:

> Art. 69. Por cada seis días de trabajo disfrutará el trabajador de un día de descanso, por lo menos, con goce de salario íntegro.
>
> Art. 70. En los trabajos que requieran una labor continua, los trabajadores y el patrón fijarán de común acuerdo los días en que los trabajadores deban disfrutar de los de descanso semanal.
>
> Art. 71. En los reglamentos de esta Ley se procurará que el día de descanso semanal sea el domingo.
>
> Todos los trabajadores que presten servicio en día domingo tendrán derecho a una prima adicional de un veinticinco por ciento, por lo menos sobre el salario de los días ordinarios de trabajo.
>
> Art. 72. Cuando el trabajador no preste sus servicios todos los días de trabajo de la semana, o cuando en el mismo día o en la misma semana preste servicios a varios patrones, tendrá derecho a que se le pague la parte proporcional del salario de los días en que hubiese trabajado o sobre el que hubiese percibido de cada patrón.
>
> Art. 73. Los trabajadores no están obligados a prestar servicios en sus días de descanso. Si se quebranta esta disposición, el patrón pagará al trabajador, independientemente del salario que la corresponda por el descanso, un salario doble por el servicio prestado.

[14] *Ley Federal del Trabajo, reformada, y adicionada*, Alberto Trueba Urbina, y Jorge Trueba Barrera, Porrúa, México, 1963, p. 27.

Sobre el particular, ya se había hecho notar las diversas clases de descanso semanal,[15] tales como un día legal semanal de descanso, así como el contractual, convencional, o el de descanso complementario. Veamos algo sobre la connotación de cada uno de esos descansos.

Habida cuenta de la tradición, y de la conceptuación en los diversos convenios internacionales del trabajo de la OIT (los números 1, 30, 43, 44, 45, 49, 63, 90, 106, 109, 110, 116, aprobados por México, salvo el 70 y el 47), y de la Recomendación 116, también de la OIT, que entre otras ideas contiene la generalización por vía legislativa de la semana de 40 horas, el descanso semanal legal debe abarcar 24 horas.

El descanso semanal legal da la estructura a los demás. Así, el contractual, que generalmente está contenido en un contrato colectivo de trabajo o en un contrato-ley, y rara vez en un contrato individual, añade horas anteriores o posteriores a ese descanso semanal legal.

Los instrumentos jurídicos referidos en el párrafo anterior, generalmente también contienen el descanso convencional semanal, o puede contemplarse éste en convenios y acuerdos colectivos de trabajo, que son figuras paralelas aunque de la misma naturaleza jurídica que esas otras colectivas, o que provienen de una precisión en el Reglamento Interior de Trabajo, otro instrumento jurídico colectivo. La característica fundamental de este descanso convencional semanal, es que usualmente es anterior y se extiende por un día, ciertamente anterior al semanal legal.

Pero a veces se pacta, como formando parte del descanso semanal, un descanso complementario que rodea a aquellos otros de manera que va de la hora de salida de la última jornada trabajada en la semana, hasta las 24 horas de ese día, y de las 24 horas del día de descanso semanal, hasta la hora de entrada de su siguiente jornada. El número de horas del descanso complementario puede ser fijo, o variar, de donde tiene diversos efectos jurídicos para considerar ausencia justificada o no, pago de tiempos extraordinarios, cambios de turnos en las empresas que tienen este sistema, las licencias o permisos respectivos, constancias y pagos a Seguro Social, etcétera.

Por otra parte, y también considerando la costumbre, hay ejecutorias en amparos directos de la Suprema Corte Justicia de la Nación,

[15] Ramos Álvarez, Óscar Gabriel, *op. cit.*, p. 60.

que establecen las reglas para considerar pagado el día de descanso semanal legal, cuando el salario se fija por semana, o por mes, o se pacta que en la tarifa del trabajo a destajo esté incluida la parte proporcional (D.8935/44, D-3279/44, D.8103/44, D.196/1960).

Desde el punto de vista lógico jurídico, el salario del descanso semanal legal es salario, aunque parezca tautológico, pero no se agrega a los demás días para aumentar el salario de estos, lo que, en la terminología más usual, quiere decir que no integra el salario de estos días.

VI. El descanso por ciclos

Si tomamos en cuenta que ciclo es un periodo de tiempo, acabado el cual se vuelve a contar de nuevo, es importante remarcar los descansos por ciclos, para diferenciarlos particularmente de los semanales y de los anuales.

En efecto, aun cuando en la Ley mexicana no se señalen, existen en el derecho mexicano del trabajo, y existen en otros derechos extranjeros, especialmente europeos, que fueron los que sirvieron de ejemplo o de modelos y existen en los convenios internacionales del trabajo de la OIT.

La duración del tiempo de esos ciclos es muy variado y, por consecuencia, la forma de computarlos, también.

En México es posible encontrarlos en la práctica, o en la contratación colectiva, de ciertas actividades económicas cuyo tipo de trabajo requiere un modo de consideración *ad hoc*, sea porque la actividad se presenta por ciclos, por temporadas, o porque la exigencia de la labor es tanta que amerita ciertos descansos adicionales.

Por eso, algunas se prestan en los trabajos agrícolas, forestales o de pesca, o en industrias de alto riesgo, de gran tensión emocional o de mayor desgaste.

Sirvan de ejemplo las plataformas petroleras, donde después de 14 días de trabajo en plataforma, se otorgan 14 días de descanso en tierra firme; o en la industria eléctrica, del tipo de trabajo de turnos continuos, que involucran una alteración mayor de la vida personal y familiar.

Así, por ejemplo, hay ciclos de 26 semanas (el año tiene 52), las que cumplidas, se otorgan algunos días u horas adicionales de des-

canso, o se cuentan por días trabajados, en el curso de los cuales deben haber un número determinado de horas de descanso, por lo menos, y si no se alcanza ese número, vencido el ciclo se otorgan descansos por horas o días faltantes.

Estas situaciones, que en otros países dan origen a "jornadas promedio" y a "descansos promedio" en esos ciclos, y que la normativa internacional permite, no se registran en México como tales "promedio", como tampoco se autorizan las reposiciones de "horas perdidas", a manera de trabajo ordinario, que también acompañan a aquellos conceptos.

VII. Los descansos anuales

Lo que sí considera expresamente la Ley Federal del Trabajo mexicana, son los descansos anuales.

Nosotros los dividimos en dos grandes clases: 1) las vacaciones, y 2) los días feriados. Dice el artículo 76 de dicha Ley:

> Los trabajadores que tengan más de un año de servicios disfrutarán de un periodo anual de vacaciones pagadas, que en ningún caso podrá ser inferior a *seis días laborales*, y que aumentará en dos días laborables, hasta llegar a doce, por cada año subsecuente de servicio.

El artículo 77 dispone:

> Los trabajadores que presten servicios discontinuos y los de temporada tendrán derecho a un periodo anual de vacaciones, en proporción al número de días trabajados en el año.

En el disfrute, dispone el artículo 78, que los trabajadores deberán hacerlo en seis días en forma continua, por lo menos; que no podrán compensarse con una remuneración, dice el artículo 79, y que si la relación de trabajo termina antes de que se cumpla el año de servicios proporcionado al tiempo de servicios prestados. Además, el trabajador tendrá derecho a una remuneración o una prima no menor del 25% del salario del periodo de vacaciones (art. 80), y asimismo, que deberán concedérseles las vacaciones dentro de los seis meses siguientes al aniversario de su ingreso (art. 81), y que recibirán de los patrones

una constancia de su antigüedad, de la duración de sus vacaciones y la fecha en que deberán disfrutarlas.

De esas disposiciones podemos desprender algunos elementos importantes para su aplicación.

Lo primero que se antoja definir es cuántos días de vacaciones corresponden a cada periodo. Ese asunto provocó serias discusiones, que al final pretendieron ser resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de Jurisprudencia 6/96, del diez de noviembre de 1995, por contradicción de Tesis 25/95, entre las sostenidas por el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito y Segundo Tribunales Colegiados del Sexto y Octavo Circuitos, de 10 de noviembre de 1995. La Tesis dice así:

> Vacaciones. Regla para cómputo. De conformidad con el artículo 76 de la Ley Federal del Trabajo, el derecho al disfrute de vacaciones se genera por el tiempo de prestación de los servicios, y así se obtiene que por el primer año, el trabajador se hará acreedor a cuando menos seis días laborables, y aumentará en dos días laborables hasta llegar a doce, por cada año subsecuente de servicios, es decir, al segundo año serán ocho, al tercero diez; y al cuarto doce. Después del cuarto año, el periodo de vacaciones se aumentará en dos días por cada cinco de servicios, que empezarán a contar desde el inicio de la relación contractual, porque la antigüedad genérica se obtiene a partir de ese momento y se produce día con día y, de forma acumulativa, mientras aquel vínculo esté vigente; por tanto, una vez que el trabajador cumple cinco años de servicios operará el incremento aludido y, entonces, disfrutará hasta los nueve años de catorce días de asueto; luego, del décimo al décimo cuarto años, de dieciséis y así sucesivamente.

El concepto de "días laborales" sólo abarca los días en que el trabajador esté obligado a trabajar, de donde no se computarán los días de descanso semanal o feriado, e incluso los que haya estado enfermo.

A este propósito, es ilustrativa la ejecutoria de la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Amparo Directo 8356/66, Textiles Monterrey, S. A. de 11 de septiembre de 1967:

> Vacaciones del trabajador que ha estado enfermo. Afirmar que los trabajadores que faltaron por enfermedad únicamente tienen derecho a vacaciones proporcionales al tiempo en que prestaron sus servicios, iría en contra de lo admitido por la legislación, que no contempla una situación de tal índole y que

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

no permite más descuentos que los expresamente señalados. En tales condiciones, cuando el trabajador esté impedido de laborar por un acontecimiento ajeno a su voluntad, procede que se le pague en la forma contractual.

Lo que, como era de esperarse, se refleja en un Informe de la Corte, el de 1971, Cuarta Sala; p. 31, que entiende que las faltas justificadas por el Seguro Social, no pueden deducirse del periodo de vacaciones correspondientes.

Nótese el doble aspecto que estamos apuntando: no sólo para el cómputo de los días a que se tiene derecho, sino también durante el tiempo de vacaciones.

Por otro lado, conviene señalar que de existir prestación similar, a la prima de vacaciones, que incluso sea superior en su monto, no procede dicha prima, criterio que se ha sostenido con otras prestaciones, a menos que expresamente se haya pactado su independencia.

Para el caso de no ser concedido el periodo de vacaciones, se vuelve exigible al día siguiente de cumplirse los seis meses siguientes al periodo anual que se reclame a tenor del artículo 81. Si, en cambio, el trabajador tenía señalada la fecha de inicio de sus vacaciones, entonces es esta fecha a partir de la cual corre la prescripción, según el artículo 516 de la Ley en cita, pues la obligación está determinada y es exigible.

Una cuestión derivada de la reclamación del trabajador por despido injustificado, es si el rubro "vacaciones" implica un pago diferente de "los salarios caídos" o si éstos la incluyen. Sobre lo anterior, la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció jurisprudencia al resolver la contradicción de tesis 14/93, entre el Primero y Tercer Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito, aprobada el 15 de noviembre de 1993, en los siguientes términos:

> Vacaciones. Su pago no es procedente durante el periodo en que se interrumpió la relación de trabajo. De conformidad con el artículo 76 de la Ley Federal del Trabajo, el derecho a las vacaciones se genera por el tiempo de prestación de servicios, y si durante el periodo que transcurre desde que se rescinde el contrato de trabajo hasta que se reinstale al trabajador en el empleo, no hay prestación de servicios, es claro que no surge el derecho a vacaciones, aun cuando esa interrupción de la relación de trabajo sea imputable al patrón, por no haber acreditado la causa de rescisión, pues de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el rubro *Salarios Caídos, monto de los, en caso de incrementos salariales durante el juicio*, ello sólo da lugar a que la relación de trabajo se considere como continuada, es decir, como si nunca se hubiere interrumpido, y que se establezca a cargo del patrón la condena al pago de los salarios vencidos, y si con éstos quedan cubiertos los días que por causa imputable al patrón se dejaron de laborar, no procede imponer la condena al pago de las vacaciones correspondientes a ese periodo, ya que ello implicaría que respecto a esos días se estableciera una doble condena, la del pago de salarios vencidos y la de pago de vacaciones.

Ahora bien, los otros descansos anuales son los días de descanso obligatorio. A este respecto, el nuevo artículo 74 de la Ley Federal del Trabajo dispone:

Art. 74. Son días de descanso obligatorio:

I. El 1 de enero.
II. El 5 de febrero.
III. El 21 de marzo.
IV. El 1 de mayo.
V. El 16 de septiembre.
VI. el 20 de noviembre.
VII. El 1 de diciembre de cada seis años, cuando corresponda a la transmisión del Poder Ejecutivo Federal.
VIII. El 25 de diciembre.
IX. El que determinen las Leyes Federales y Locales Electorales en el caso de elecciones ordinarias, para efectuar la jornada electoral.

El art. 75 dispone:

> En los casos del artículo anterior los trabajadores y los patrones determinarán el número de trabajadores que deben de prestar sus servicios. Si no se llega a un convenio, resolverá la Junta de Conciliación Permanente o en su defecto la de Conciliación y Arbitraje.
>
> Los trabajadores *quedarán obligados* a prestar los servicios y tendrán derecho a que se les pague independientemente del salario que les corresponda por el descanso obligatorio un salario doble por el servicio prestado.

Pareciera que hay una contradicción entre el artículo 75 y el 73, que establece claramente que los trabajadores no están obligados a prestar sus servicios en sus días de descanso, aunque el quebranto

de esa disposición obliga a pagar el salario del día de descanso, y uno doble por el servicio prestado, que es lo que se dispone en el segundo párrafo del 75. Además, esto sucede en los trabajos de tipo continuo, usualmente a través de turnos o de equipos. Para que se cumplan regularmente esos turnos, se acuerdan los trabajos en días feriados, y por ello se disponen otros tipos de descanso, como los convencionales, los complementarios y los de ciclo.

La prueba de que se trabajó en días de descanso obligatorio, corresponde a los trabajadores y no al patrón, según estableció la Cuarta Sala de la Suprema Corte al resolver la Contradicción de Tesis 41/91, entre los Tribunales Colegiados Primero del Segundo Circuito y Tercero del Sexto Circuito, Tesis de jurisprudencia 27/93, del 17 de mayo de 1993.

VIII. Los descansos de mujeres y menores

Debemos recordar que la regulación del trabajo de las mujeres tiene el objeto fundamental de la protección de la maternidad, y la del trabajo de los menores, la protección de su desarrollo físico y mental y el aseguramiento en lo posible de su educación básica, indispensables para su desenvolvimiento cabal como persona.

Aparte de dirigir prohibiciones del trabajo de mujeres en estado de gestación o para la lactancia, si se pone en peligro la salud de la mujer o del producto (labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicios después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias), la Ley Federal del Trabajo dispone en su artículo 170, lo siguiente:

> Art. 170. Las madres trabajadores tendrán los siguientes derechos:
> I. Durante el periodo del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar, o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar en pie durante largo tiempo o que actúen o pueden alterar su estado psíquico o nervioso.
> II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto.
> III. Los periodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto.

> IV. En el periodo de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a los hijos, en el lugar adecuado e higiénico que designe la empresa.
> V. Durante los periodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un periodo no mayor de sesenta días.
> VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto.
> VII. A que se computen en su antigüedad los periodos pre y posnatales.

El artículo 171 dice:

> Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

Y en el 172 se dispone:

> En los establecimientos en que trabajen mujeres, el patrón debe mantener un número suficiente de asientos o sillas a disposición de las madres trabajadoras.

A su vez, el trabajo de los mayores de catorce años y menores de dieciséis, que está bajo la vigilancia y protección de la Inspección del Trabajo, también está sometido a prohibiciones que perturben o impidan el objeto jurídico señalado, y exige un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos periódicos que ordene la Inspección del Trabajo. Sobre sus descansos, dispone el art. 177 lo que sigue:

> La jornada de trabajo de los menores de dieciséis años no podrá exceder de seis horas diarias y deberá dividirse en periodos máximos de tres horas. Entre los distintos periodos de la jornada, disfrutarán de reposos de una hora por lo menos.

El art. 178 dice:

> Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de dieciséis años en horas extraordinarias y en los días domingo y de descanso obligatorio. En caso de violación de esta prohibición, las horas extraordinarias se pagarán

> con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a la hora de la jornada, y el salario de los días domingos y de descanso obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 75.

Respecto de sus vacaciones, se dispone un periodo anual de 18 días laborales (art. 179).

Obliga la Ley a los patrones a distribuir el trabajo a fin de que dispongan del tiempo necesario para cumplir sus programas escolares, así como darles capacitación y adiestramiento en los términos de la Ley.

En la política laboral de otros países figura el lineamiento de acercar y correlacionar a los menores con las actividades industriales y comerciales, de modo que en su momento puedan conectarse personal y profesionalmente con una labor productiva.

No deja de llamar la atención, por otra parte, que los instrumentos internacionales señalen como edad mínima para ingresar al trabajo la de quince años.

LA LARGA MARCHA JURÍDICA DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS, POR LA DIGNIDAD Y LA AUTONOMÍA (1808-2010)

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El indio en el derecho de la América Hispánica*. III. *Algunas cuestiones relativas a los derechos indígenas en la transición al México independiente*. IV. *El despojo jurídico de las tierras comunales, con la normatividad individualista liberal*. V. *Leyes indigenistas del Segundo Imperio (1864-1867)*. VI. *El derecho a la tierra*. VII. *La reforma al artículo cuarto de la Constitución mexicana*. VIII. *La Insurrección del EZLN y los Acuerdos de San Andrés*. IX. *Reforma al artículo 2o. constitucional: reconocimiento parcial de derechos indígenas*. X. *Rechazo a la Reforma en materia indígena*. XI. *Cierre*.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de las siguientes líneas, voy a tratar del derecho, de la juridicidad, de cara a pueblos y comunidades indígenas en el México de los últimos dos siglos. Comenzaré el relato desde antes, ya que haré referencia a la situación jurídica de los indígenas en la Nueva España, y se iniciará la descripción jurídica bicentenaria no desde 1810, sino desde 1808 en que aparecen en el esbozo de Independencia de Primo Verdad, de forma muy sugerente y con fuerza. Y desde la transición en el México independiente, se va describiendo la cuestión jurídica relativa a pueblos y comunidades indígenas, hasta llegar a los días que corren, en que conmemoramos doscientos años del inicio del movimiento de Independencia de México.

El derecho objetivo, las leyes, frente a pueblos y comunidades indígenas ha jugado diversos roles a lo largo de nuestra historia. De

protección y sometimiento, en el complejo derecho novohispano; de invisibilización, en la normatividad del México recién independiente; de despojo de las tierras comunales en la Reforma; de reconocimiento y dotación de tierras desde una visión de liberalismo ilustrado en el Segundo Imperio; de restitución de tierras, pero sin reconocer otros derechos, en el derecho derivado de la Revolución política y social de 1910; y de reconocimiento limitado de derechos –ninguneando el fuerte proceso indígena de los últimos años– en la reforma constitucional de 2001.

Esos roles, entonces, que ha jugado el derecho ante los indígenas, han estado lejos del reconocimiento pleno de derechos. A lo más que se ha llegado ha sido a la limitada autonomía reconocida en el artículo 2o. de la Constitución, resultado de la reforma de 2001, pero totalmente insuficiente ante las expectativas de pueblos y comunidades por la rica experiencia política y cultural vivida por éstos en los últimos años. Comencemos, pues, el largo recorrido.

II. El indio en el derecho de la América Hispánica

Para ordenar la vida del mundo recién descubierto por los europeos, las normas dictadas en un principio por los Reyes Católicos, están basadas en principios e instituciones del derecho de Castilla. Pero la realidad de estas tierras pronto hace ver que es difícil que sea reglada, lisa y llanamente, por el derecho castellano. Se van haciendo necesarias normas especiales para el "Nuevo Mundo", las que van dando forma al llamado derecho indiano.

Esa normatividad para las Indias Occidentales tendría que dar razón de la diversidad y complejidad geográfica y, sobre todo, de las distintas personas y grupos sociales para la que estaba destinada a regir. Ese derecho objetivo tenía que conjugar tres factores que van íntimamente ligados a lo complejo de la empresa española en América: los intereses de la Corona, como factor de poder tanto económico como político; el fin de lucro y riqueza de los conquistadores; y la evangelización y buen trato a los indios. Toda la historia de la dominación de España en América está tejida por esos tres hilos. El derecho indiano, en ese sentido, tanto en su expresión objetiva como Ley, así como su práctica y aplicación, refleja ese complejo tejido

histórico y busca ese equilibrio entre esos tres factores que marcan el dominio hispano en nuestras tierras.

La normatividad especial, que pronto se hizo necesaria para las Indias, tratando de conjugar los factores arriba mencionados; así como las características propias del derecho de la época, con resabios medievales buscando adaptarse a la modernidad; van a imprimirle su carácter propio al derecho indiano. "En él se ve a la Edad Media esforzándose por vivir en un mundo nuevo y al derecho medieval por ordenar una sociedad en la que la prehistoria convive con el Renacimiento; como pocas veces en la historia, la elasticidad de un sistema jurídico se pone a prueba".[1]

Dos de las características más sobresalientes del derecho indiano, las constituyen el ser producto de políticas de ensayo y su casuismo.

La normatividad indiana, sobre todo la dictada en el siglo XVI, está caracterizada por un frecuente cambio de normas, en virtud de que la Corona ensaya diversas políticas, en la búsqueda de la regulación jurídica más adecuada de acuerdo con los diversos intereses que debe tomar en cuenta para sostener su hegemonía política en Indias. Quizás el ejemplo más claro de esto, lo constituye la institución de la Encomienda.

Esa política de ensayo, generadora de buena parte del derecho objetivo para las Indias, da pie no sólo a un constante cambio de las normas, sino también al casuismo. Como escribe Tau Anzoátegui, el derecho indiano "se nos presenta, no como una estructura sistemática de leyes, sino como un conjunto de normas individuales, de origen casuista, muchas de ellas contrapuestas, que formaban una tupida trama y que se hacían jugar, de acuerdo con las personas, territorio y circunstancias, para resolver determinadas situaciones. Es ésta otra de las características destacadas de nuestro derecho indiano: su casuismo, ya como postura mental del jurista, ya como origen de las normas. Esto se explica tanto por el arraigo medieval que aquél tenía como por la recordada especialidad de nuestro derecho".[2] La misma

[1] Alfonso García Gallo, "Génesis y desarrollo del derecho indiano", en *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias. Estudios histórico-jurídicos*, Francisco de Icaza (coord.), Escuela Libre de Derecho, México, 1987, p. XXXIII.

[2] Tau Anzoategui, *¿Qué fue el derecho indiano?*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 43.

Recopilación de Leyes de Indias de 1680 constituye, en palabras de Tau, una "reunión de leyes casuistas, moderadamente generalizadas".[3]

Para el objeto de nuestro trabajo es importante hacer notar algunos rasgos del derecho indiano respecto de los indios, nos ayudará a entender la lucha que hoy libran las comunidades indígenas por su conservación, pues, precisamente, aunque parezca paradójico, es por la compleja normatividad del derecho español en América, vigente durante más de tres siglos, que las comunidades se conservaron como tales. Esto en virtud de que la juridicidad indiana conservaba las características del derecho antiguo. El derecho español en Indias fue un derecho que trataba desigual a los desiguales y fue, sin duda alguna, altamente proteccionista de los derechos de los indios y de las comunidades indígenas como tales. El derecho indiano protegió las propiedades, la libertad y la autonomía de los grupos indígenas.

Por supuesto que, visto el derecho indiano de una manera integral, juega respecto de los indios un doble papel: de protección, por un lado, y de sometimiento, por otro. Pero tanto los aspectos protectores y en beneficio del indio, como los de sometimiento –jurídicamente hablando–, tienen respecto de las comunidades indias un mismo efecto: su conservación.

Entre la serie de disposiciones jurídicas que colocan a los naturales en un franco sometimiento está la de pagar tributo a la Corona; y esta obligación deriva en la institución de la *encomienda,* que en muchas ocasiones convierte al indio en una especie de esclavo de hecho.

Pero las normas proteccionistas también son muchas. Veamos algunas. A partir de la Junta de Burgos (1512), se hace la reiteración, debido a la presión de los frailes dominicos inspirados en su antecesor Tomás de Aquino, de que *el indio es un ser libre con plenitud de derechos*.[4]

Se prohíbe la esclavitud para los indios. El rey Carlos I, en cédula de 9 de noviembre de 1526, ordena que por ningún motivo "sea osado de cautivar indios naturales de nuestras Indias... ni tenerlos por esclavos" (Ley 1a. del Título 2, Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias). Esta disposición será reiterada por diversos cuerpos

[3] *Ibidem*, p. 45.

[4] *Cfr*. Alfonso García Gallo, *Manual de historia del derecho español*, t. II, Madrid, 1982, p. 655.

normativos, como las *Leyes Nuevas*[5] de 20 de noviembre de 1542, del propio emperador Carlos, que establecen que no "se pueda hacer esclavo indio alguno: y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, pues lo son".[6]

Por otro lado, desde las Leyes de Burgos de 1512, se dictan normas de protección para los indios, tratando de contrarrestar la violencia y la ambición de los conquistadores.[7] Este derecho proteccionista se basa en el principio de que, en justicia, se debe tratar desigual a los desiguales. Las *Leyes Nuevas* (1542) disponían:

> Porque una de las cosas más principales que las audiencias han de servirnos es en tener especial cuidado del buen tratamiento de los indios y conservación dellos: mandamos que se informen siempre de los excesos y malos tratamientos que les son o fueren hechos por los gobernadores y personas particulares, y como han guardado las ordenanzas e instrucciones que les han sido dadas y para el buen tratamiento dellos están hechas. Y en lo que hubiere excedido o excediere de aquí adelante, tenga cuidado de lo remediar castigando los culpados con todo rigor conforme justicia; y que no den lugar a que en los pleitos de entre indios, o con ellos se fagan procesos ordinarios ni haya alargas como suele acontecer por la malicia de algunas abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos. Y que tengan las dichas audiencias cuidado que así se guarde por los otros jueces inferiores.

Una de las fuentes materiales más importantes de la formación del derecho español aplicado en Indias, la constituye la posición que guardó la Iglesia en los primeros años de la conquista, fundamentalmente con sus concilios y sínodos hispanoamericanos, con los conceptos de sus teólogos juristas como Francisco de Vitoria y con las denuncias de sus profetas como Antonio de Montesinos, Bartolomé de las Casas, Alonso de la Veracruz, Antonio de Valdivieso o Juan del Valle. Y en forma muy especial constituye fuente del derecho indiano la actitud

[5] Su nombre oficial es *Leyes y Ordenanzas nuevamente hechas por su Magestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios*.

[6] Texto en Antonio de Remesal, *Historia general de las Indias Occidentales y particular de la gobernación de Chiapa y Guatemala*, t. I, Porrúa, México, 1988, pp. 296-305.

[7] El texto desde este cuerpo normativo y comentarios al mismo en Guillermo López de Lara, *Ideas tempranas de la política social en Indias*, Ed. Jus, México, 1977, pp. 65-72.

de la Iglesia, en todo lo que respecta a la relación del conquistador con los indígenas.

La legislación española para América siguió las directrices de la Iglesia en lo referente a los indios: fue una legislación proteccionista. Sin embargo, la historia todos la conocemos: la legislación proteccionista del indio fue en muchos casos letra muerta. Como escribe Dussel: "América Latina quedará marcada por este legalismo perfecto en teoría, y la injusticia y la inadecuación de la ley en los hechos".[8]

Toribio Esquivel Obregón explica la contradicción entre las leyes "inspiradas en los más elevados propósitos" y la aplicación de las mismas, diciendo que el español en América se convirtió en el deformador de su propio derecho, por tres factores: a) la esperanza de hacerse ricos pronto despertó su avaricia, saliéndose de los cauces de la ley y oprimiendo al indio; b) la lejanía de la autoridad reguladora hacía dudoso el castigo de excesos y fácil el engaño; y c) "la mansedumbre y obediencia incondicional del indio, que si era bravo en la lucha armada, no oponía resistencia en la vida civil, y aun ofrecía su cooperación para frustrar los intentos de las leyes hechas para beneficiarlo".[9]

Empero, a pesar de las violaciones continuas al derecho proteccionista del indio, esa juridicidad que trataba desigual a los desiguales llegó a tener trascendencia porque en muchos casos fue también de aplicación real. Fueron tres siglos de derecho proteccionista de los pueblos de indios y sus propiedades, y esto, por muchas violaciones que hubiera, también en muchos casos se respetó ese derecho. Y además, no olvidemos, que la instancia jurídica cuenta con todo un bagaje ideológico que va predisponiendo las mentes de aquellos que apelan a esa misma juridicidad, de tal manera que por muy ineficaz que fuera estaba en la mente tanto del español como del indio.

En una de sus obras Dussel dice: "América Latina no es España gracias a los Bartolomé". Es decir que, a pesar de la contravención práctica a las leyes que protegían las personas, las instituciones y la cultura indígena inspirada por la defensa de la Iglesia, la huella

[8] Enrique Dussel, *Historia de la Iglesia en América Latina*, Ed. Nova Terra, Barcelona, 1972, p. 82.

[9] Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho en México*, t. II, Trabajos jurídicos de homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario, Ed. Polis, México, 1938, p. 13.

quedó y la legislación no fue del todo inútil. Sin esas leyes seguramente el mejor indio hubiera sido el muerto, y América Latina sería sólo un trasplante de España. Difícilmente, ahora, podríamos estar hablando de rescate de los derechos de las comunidades indias de nuestras tierras, si el derecho indiano no se hubiera orientado en el sentido que lo hizo.

El derecho español en Indias reconocía la existencia de los indios como tales, como distinta social y jurídicamente a la que formaban el resto de la sociedad. Hagamos ahora un análisis de las instituciones de derecho para las comunidades indígenas.

1. Instituciones jurídicas para los pueblos de indios

Vamos primero a referirnos a algunas características jurídicas de la organización de los pueblos indígenas en la Nueva España.

Toribio Esquivel Obregón señala cuatro diversas clases de pueblos de indios existentes en la América española:

a) Pueblos que existían antes de la Conquista, con instituciones, costumbres y territorio propio. Respecto de estos pueblos se mandaba que sus usos y costumbres fueran conservados, siempre que no fueran contra la religión cristiana. Las tierras también les habían de ser respetadas.
b) Pueblos que tenían vida civil y costumbres definidas y compatibles con la cultura española, pero que carecían de tierra suficiente para sus menesteres. A estos pueblos de indios se les conservaban sus costumbres y la tierra que poseían, además se les acrecentaba ésta y se les debía devolver aquello que se les hubiere usurpado.
c) Pueblos que tenían territorios suficientes, pero no estaban reducidos a la vida civil y sedentaria, sino que vivían de la caza, sin asiento bien definido. A éstos se les conservaban sus tierras y sus costumbres, pero se les organizaba conforme a las reglas de la vida municipal castellana.
d) Pueblos nuevos de indios ya familiarizados con la cultura española, de carácter pacífico, que se formaban en lugares de avanzada, como medio de introducir las nuevas instituciones e ir, por medio del ejemplo, sometiendo a las tribus salvajes.

Para formar estos pueblos nuevos, generalmente eran escogidos indios tlaxcaltecas. Estos pueblos debían ser dotados de tierras, agua y montes.

Cualquiera de estos pueblos se regían del modo siguiente: si los pueblos de indios tenían menos de ochenta casas, nombraban cada año un alcalde y un regidor, y dos alcaldes y dos regidores si tenían más de ese número de casas. La elección anual debía hacerse en presencia del cura, y debían ser indios los ocupantes de los cargos.

Algo que resulta de mucho interés, es resaltar lo relativo a la institución de las "Cajas de Comunidad", que existían en los pueblos de indios, organizadas en beneficio de éstos para hacer frente a gastos normales e imprevistos. La institución de las "Cajas de Comunidad", vino a ser el equivalente a los pósitos de las ciudades españolas. Además se nota el propósito de conservar las costumbres e inclinaciones naturales de los indígenas, pues la organización de las Cajas presuponía la tendencia innata de los indios hacia la comunidad.

Estas "Cajas de Comunidad" se deben a Antonio de Mendoza, que fuera primer virrey de la Nueva España y después también virrey del Perú; y se inspiró para ello, precisamente, en la organización social de los incas, que reservaban una porción de la tierra cultivable para el socorro de ancianos, enfermos, huérfanos y viudas.[10]

Los ingresos de las Cajas procedían principalmente de ciertas tierras que, en beneficio de la comunidad, cultivaban por rotación las diversas familias y de la renta de aquellas otras que eran "sobrantes". Otros pueblos obtenían también fondos por su industria con obrajes de paños explotados comunalmente.

Es importante destacar también lo que escribió don Efraín González Luna: "Fue más bien en las poblaciones puramente indígenas donde la institución municipal tuvo rasgos más pronunciados de autenticidad democrática. Todavía puede observarse en algunas regiones, dentro de provincias, que quedaron comprendidas en el centro organizado de la Nueva España, la conmovedora subsistencia de costumbres y ceremonias que no han podido borrar las leyes ni la prostitución política ahora vigentes y que sólo se explican como restos de una vida municipal robusta y genuina".[11]

[10] *Cfr.* Esquivel Obregón, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

2. El calpulli

Ya hemos visto como el derecho indiano contiene gran número de disposiciones que tienen como objeto la preservación de los pueblos de indios existentes y la formación de nuevas comunidades tratando de congregar a los indios dispersos y de reducir a la vida sedentaria a los nómadas. Esta cuestión viene a constituir un lugar común, una reiteración, en las diversas disposiciones jurídicas del derecho español en Indias. Esto desde las Instrucciones, dadas para el gobierno de La Española a Nicolás de Ovando, por parte de Isabel de Castilla en 1503, pasando por las *Leyes de Burgos* de 1512, y otra serie de disposiciones dadas en tiempos diversos, tales como las *Leyes Nuevas* de Carlos V de 1542, las *Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación* dadas por Felipe II en 1573, hasta la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680.

De tal modo que, dentro del marco jurídico indiano, la experiencia comunal indígena no sólo se va a conservar donde ya existía sino que se va a fomentar y a inducir en donde era inexistente. Es importante, en este contexto, hablar del *calpulli*, base de la tradición comunitaria de los pueblos indios de la meseta central de México, que constituye una experiencia comunal muy anterior a la llegada de los conquistadores y que se conservó con vida durante la hegemonía de España.

El *calpulli* es la institución prehispánica que constituye la base de la organización política, jurídica, social y económica del pueblo mexica o azteca que dominaba gran parte de lo que hoy es la República Mexicana a la llegada de los españoles en la segunda década del siglo XVI.[12]

El *calpulli* es un clan dentro del sistema tribal de los pueblos náhuatls. Se trata de un grupo humano vinculado por el parentesco y,

[11] Efraín González Luna, *La condición política de los católicos mexicanos*, Temas de Estudio núm. 1 de la revista *Solidarismo*, Guadalajara, p. 10 (este ensayo fue escrito en 1954).

[12] J. A. Ortiz Pinchetti, "La difícil historia del *Calpulli* o cómo defenderse con éxito de la civilización y la modernidad", en *Jurídica* núm. 4, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1972, p. 327.

al mismo tiempo, es un sistema de tenencia de la tierra, la cual pertenecía al *calpulli* de manera comunitaria. Sin embargo, a pesar de que la totalidad de la tierra del *calpulli* era comunitaria, se dividía, para su explotación, en parcelas que se entregaban a cada jefe de familia que la tenía en usufructo de por vida, y esa tenencia y usufructo, por regla general, pasaba a sus hijos cuando moría. Los poseedores de la tierra del *calpulli* no sólo tienen el derecho de explotarla y vivir de sus frutos, sino también la obligación de hacerlo, pues si la abandonaban o durante dos años la dejaban de cultivar, perdían la tenencia y usufructo.

La organización interna del *calpulli* era democrática, en el sentido de que el poder y la riqueza "no sólo estaban creados y distribuidos equitativamente", sino que la fuente misma del poder y de la riqueza era la población o sea todos y cada uno de los jefes de familia productores".[13] Aunque la propiedad de la tierra pertenece al *tlatoani* en cuanto que representa al Estado.

Pues bien, esta organización primitiva de los pueblos náhuatls pudo sobrevivir al dominio hispano, a pesar de las modificaciones que sufrió y de los ataques, jurídicos algunos, y antijurídicos los más, que tuvo que soportar.

3. El papel de la encomienda

Tal vez parezca una afirmación polémica: la encomienda, por su organización jurídica, coadyuvó a la preservación de los *calpullis* y de las comunidades indígenas en general.

Al respecto nos dice Ortiz Pinchetti: "Las tierras de los *Calpullis* fueron asaltadas literalmente por los capitanes españoles y por sus descendientes inmediatos, sin embargo, en cierta medida el sistema comunal y el particular de los *Calpullis* lograron sobrevivir gracias al sistema de la encomienda".[14]

No vamos a entrar aquí al gran debate acerca de la maldad o bondad, ventajas y desventajas de esta discutidísima institución social, económica y jurídica de la política del Estado español en América. Pero tampoco queremos pasar de largo sin afirmar los muchos y terribles

[13] *Ibidem*, p. 335.
[14] *Ibidem*, p. 338.

abusos de los encomenderos "apropiándose de tierras que pertenecían a los pueblos para cultivarlas como posesiones personales, exigiendo servicios o frutos excesivos a los indígenas, convirtiendo a los hijos de los vecinos en siervos y a sus hijas en concubinas",[15] etc. Lo que nos importa destacar es que la encomienda, por su misma estructura jurídica, no sólo permite sino que requiere de la organización comunal indígena para ella misma funcionar.

La encomienda, más que ninguna otra institución jurídica indiana, cumple con el doble papel de la juridicidad del derecho español en América, de sometimiento, por un lado, y protección, por otro.

La encomienda es un derecho concedido por merced real a los conquistadores destacados –"beneméritos de las Indias"– para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren; el indio encomendado, como hombre libre pero vasallo, paga ese tributo debido al Estado, al encomendero que, por merced real, recibe ese beneficio en compensación de los servicios que ha prestado a la Corona. El tributo se paga en especie –con el producto de sus tierras–, o en servicios personales o trabajo en los predios o minas de los encomenderos. La encomienda implica también obligaciones para los encomenderos, tanto en relación con la Corona, como con los indios encomendados; respecto de estos últimos son atender a su cristianización y a protegerlos en sus personas y bienes.

Un sistema así requiere de la subsistencia de la comunidad indígena. Sin ella es impensable. El sistema de encomienda, pues, no destruyó la comunidad indígena pese a todos los abusos de los encomenderos, pues de haber sido así, la encomienda hubiera también desaparecido. De tal modo que, paradójicamente, gracias en parte al sistema de encomienda, la comunidad indígena en general y los *calpullis* en especial sobrevivieron en la Nueva España.

La regla general es que todos los indios pueden ser sujetos de encomienda, salvo los que expresamente son exceptuados de ello. Constituyen caso de excepción los tlaxcaltecas debido a la alianza con Cortés y sus servicios a la conquista,[16] los de los hospitales-pueblos fundados por don Vasco de Quiroga, en Nueva España

[15] *Ibidem*, p. 339.
[16] *Cfr.* Leyes XXXIX, XXXX y XXXXIV del Libro VI, Título I de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*.

y los de las reducciones guaraníes de los jesuitas en el Paraguay, entre otros.

III. Algunas cuestiones relativas a los derechos indígenas en la transición al México independiente

El 16 de septiembre de 1810, día que dio inicio la insurrección del cura de Dolores, Miguel Hidalgo y Costilla, se tiene como la fecha en que comenzó el movimiento de la Independencia de México, de España. Sin embargo, dos años antes del inicio de ese movimiento insurgente, precisamente el 15 de septiembre de 1808, se ponía fin, violentamente, a un primer intento de independencia de México (Reino de la Nueva España), encabezado por el Ayuntamiento de la Ciudad de México, siendo uno de los líderes el Síndico Procurador, el abogado Francisco Primo de Verdad y Ramos.

El año de 1808 fue clave para la independencia no sólo de México, sino de toda Iberoamérica. Es el año en que comienzan a generarse, tanto en las ideas como en los hechos, los acontecimientos que culminaron con la independencia de nuestros países.

En 1808 las tropas de Napoleón invaden España, y obligan a las claudicaciones y cesiones de derechos de Carlos IV y Fernando VII a favor del propio Napoleón, y el ascenso al trono español de José Bonaparte.

El inicio propiamente de nuestro movimiento de Independencia, es la sesión de cabildo celebrada por el Ayuntamiento de la Ciudad de México del 19 de julio de 1808. Motivó la sesión el hecho de la llegada a la Nueva España de la noticia referente a la abdicación forzada de Fernando VII en Bayona.

Ante esta situación, el Ayuntamiento de la Ciudad de México, encabezado por el síndico Francisco Primo de Verdad, maneja esta tesis: desconoce cualquier autoridad impuesta, considera nulas las abdicaciones de sus reyes, y ausente el monarca, la autoridad y su ejercicio no subsisten ni en el virrey ni en la Real Audiencia, sino en el conjunto de la nación novohispánica y proponen al virrey Iturrigaray que gobierne por la comisión del mismo Ayuntamiento.

En Primo de Verdad, está presente la tradición jurídica castellana de democracia y libertad del municipio, y maneja, como sus compañeros

de cabildo, las doctrinas que consideran que la fuente y el origen de la soberanía están en el pueblo y que los reyes son simples depositarios del poder, según lo habían establecido los grandes teólogos juristas españoles Francisco Suárez y Juan de Mariana, los cuales a su vez, al escribir, no están ajenos a la tradición jurídica castellana, sino que sus principios de filosofía política estaban nutridos, precisamente, en la tradición popular de los fueros comunales.[17]

Las decisiones del 19 de julio fueron comunicadas oficialmente al virrey, quien las aceptó, pero la Audiencia las consideró escandalosas y peligrosas al Imperio español, alegando que no estaban de acuerdo con las leyes, al derecho. Es un caso claro de oposición entre el derecho natural y el derecho positivo; de conflicto entre un derecho insurgente, basado en el principio de la soberanía popular y un derecho establecido y que fundamenta el ejercicio del poder constituido.

Para Lucas Alamán no hay duda: "Tanto el virrey como los licenciados Azcárate y Verdad que dirigen al ayuntamiento, estaban en la persuasión de que España no podría resistir a los franceses. Era, pues, el plan de los individuos influyentes en la municipalidad, aprovechar las circunstancias en que España se hallaba para hacer la independencia".[18]

De hecho el proyecto de independencia debía culminar con la aceptación de la misma por un congreso de ayuntamientos al que Iturrigaray y el Ayuntamiento de México estaban convocando. Las acciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de la Ciudad de México, provocan toda una movilización social encabezada por cabildos y ayuntamientos de las ciudades, villas y lugares de la Nueva España, en los que no sólo participan criollos de alto rango, sino sectores "del pueblo y de los bajos estratos sociales", dice Guadalupe Nava, "ya que en 1808 se efectuaron cabildos abiertos y a éstos concurrieron todos los vecinos del lugar".[19]

La posición del Ayuntamiento de la Ciudad de México en 1808 prendió la mecha, con la idea independentista de los criollos.

[17] *Cfr.* Francisco de Icaza Dufour, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2008, pp. 409-415.

[18] Lucas Alamán, *Historia de Méjico*, t. I, Ed. Jus, México, 1968, p. 121.

[19] Guadalupe Nava Oteo, *Cabildos de la Nueva España en 1808*, Sepsetentas, México, 1973.

1. La soberanía: distintas posturas

En las disputas y controversias suscitadas por los acontecimientos políticos de 1808, las posturas políticas se basaban en distintos modos de entender la soberanía, es decir, la radicación del origen del poder. Dussel nos hace ver que hubo tres maneras de fundamentar la soberanía:

> Una, cuyo origen era el pueblo, pero como la comunidad de los criollos organizada en torno a los ayuntamientos (excluyendo la población indígena o esclava). La segunda cuyo origen era Dios que otorgaba dicha soberanía al rey de España, aunque estuviera preso –posición asumida por los españoles en Indias–. La tercera, que pensaba que la soberanía era popular, incluyendo indígenas y esclavos, además de los criollos y mestizos".[20]

El primer concepto de soberanía es el de los líderes criollos, miembros de los cabildos de los ayuntamientos. Muy claramente en el pensamiento de Juan Francisco de Azcárate y el mercedario limeño Fray Mechor de Talamantes; sin embargo, Primo de Verdad va más allá, según lo veremos.

La segunda concepción de soberanía la sostenían los españoles, especialmente los miembros de la Audiencia (oidores) y los que formaban el Tribunal de la Inquisición. Esta última autoridad "declaró heréticas y condenadas por la iglesia, las especies que se iban difundiendo y que se habían manifestado… sobre la soberanía del pueblo".[21]

La tercera concepción de soberanía, que entiende en el sentido más amplio la palabra "pueblo", sería defendida poco más tarde, ya de 1810 en adelante, por los insurgentes, especialmente Miguel Hidalgo y José María Morelos.

A. Primo Verdad y su concepto de soberanía: los indios presentes

Ya vimos el papel que jugó Francisco Primo de Verdad y Ramos en la sesión del Cabildo del Ayuntamiento de la Ciudad de México,

[20] Enrique Dussel, *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 416.

[21] Alamán, *op. cit.*, p. 140.

en su carácter de síndico procurador, del 19 de julio de 1808. Pues bien, en una junta celebrada el 9 de agosto, en la que participaron los miembros del Cabildo, los jueces de la Audiencia, los miembros del Tribunal de la Inquisición y otros notables, Primo de Verdad sostuvo que "en la falta del monarca la soberanía había vuelto al pueblo, y apoyó la necesidad de formar un gobierno provisional", aplicando por analogía una ley de las Siete Partidas, "que previene que en caso de quedar el rey en edad pupilar, sin haberle su padre nombrado tutor o regente, se le nombra la nación junta en cortes".[22] El oidor Aguirre lo cuestionó preguntándole "¿cuál era el pueblo en quien había recaído la soberanía?" Verdad y Ramos le contestó que las autoridades constituidas, esto es los ayuntamientos; el oidor le replicó que esas autoridades no eran el pueblo; sino que era el "pueblo originario" en que, supuestos los principios del síndico, debía recaer la soberanía, esto es, el pueblo indígena. Bien dice Luis Villoro, lo que inquietaba a los españoles no era la proposición del Ayuntamiento, "sino la que ella enuncia", esto es un sentido amplio de pueblo que implicaba a los propios indígenas como principales.[23]

En realidad, Primo de Verdad tenía un concepto de soberanía más amplio que el de los criollos ligados a los cabildos; y muy cercano al de los insurgentes. El abogado escribió:

> Será por tanto muy justo que ellos (los indios) tengan igualmente su representación en las juntas generales, y si los diputados se proporcionan en razón de las personas que representan, y de su número, formando una muy crecida parte el de los indios, es claro que debe triplicarse, respecto a la de los demás cuerpos (…) Entonces se olvidarían los odiosos nombres de los indios, mestizos, ladinos que no son tan funestos.[24]

Primo de Verdad puede escribir esto, porque es fiel seguidor del pensamiento de Francisco Suárez, para quien la soberanía no perte-

[22] Alamán, *op. cit.*, p. 130.

[23] *Cfr.* Luis Villoro, *El proceso ideológico de la Revolución de independencia*, Conaculta, México, 1999, p. 62.

[24] "Memoria póstuma del Síndico del Ayuntamiento de México, Lic. Francisco Primo Verdad y Ramos, 12 de septiembre de 1808", en Genaro García, *Documentos históricos mexicanos*, t. II, edición facsimilar de la de 1910, Comisión Nacional para las Celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, México, 1985, p. 162.

...LA LIBRE DE DERECHO

nece a una persona, ni es de un grupo –en este caso los criollos–, sino de la comunidad nacional toda.

2. Los Bandos de Hidalgo, de diciembre de 1810

La posición del Ayuntamiento de la Ciudad de México en 1808 prendió la mecha de la independencia de México. La ruptura del orden jurídico por la acción de Yermo, hace cambiar el propósito juridicista de los criollos. Al verse sin posibilidades de lograr la independencia por medio de un congreso nacional, preparan movimientos armados. Se dieron dos conspiraciones principales, una en Valladolid en 1809 –que fracasó–, y la de Querétaro de 1810, que tiene como consecuencia el levantamiento del cura párroco de Dolores, don Miguel Hidalgo y Costilla, el 16 de septiembre de 1810. Estas conspiraciones tuvieron como rasgos comunes con el proyecto de 1808 el que estuvieran dirigidas por criollos e invocaran al nombre de Fernando VII; su gran diferencia es que la conspiración queretana culmina con un levantamiento de masas de mestizos e indios, dándole al movimiento un carácter popular.

Hidalgo no llegó a formular un programa de organización política, pero esbozó un programa social, que plasmó normativamente concretándolo en tres decretos que publicó por bando en la ciudad de Guadalajara, en donde había entrado con su tropa el 26 de noviembre de 1810. Como "ley inviolable", Hidalgo mandó: 1) Que todos los dueños de esclavos deberán declararlos libres so pena de muerte. 2) Cesar todos los tributos y toda exacción que a los indios se les pedía. 3) Que todos los negocios judiciales, papeles y escrituras se hagan en papel común, dejando el sellado. 4) Que todo aquel que tenga instrucción sobre el beneficio de la pólvora lo haga para el movimiento insurgente. Lo anterior lo norma en dos decretos: el primero de 29 de noviembre (más amplio) y el segundo el 6 de diciembre (más sintético, a manera de ratificación). Además, en un tercer Decreto publicado por bando, de fecha 5 de diciembre, ordena la restitución de tierras comunales a los pueblos indios. A continuación transcribimos los de 6 y 5 de diciembre de 1810:

> Don Miguel Hidalgo y Costilla, Generalísimo de América desde el feliz momento en que la valerosa Nación Americana tomó las armas para sacudir el pesado yugo que por espacio de tres siglos la tenía oprimida, uno de sus principales objetos fue extinguir tantas gabelas que no podía adelantar en fortuna; mas como en las críticas circunstancias del día no se puede dictar las providencias adecuadas a aquel fin, por la necesidad de reales que tiene el reino para costos de la guerra, se atienda por ahora a poner el remedio en lo mas urgente por las declaraciones siguientes:
>
> 1o. Que todos lo dueños de esclavos deberán darles libertad, dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se les aplicará por transgresión de este artículo.
> 2o. Que cese para lo sucesivo la contribución de tributos, respecto de las castas que lo pagaban y toda exacción que a los indios se exija.
> 3o. Que en todos los negocios judiciales, documentos, escrituras y actuaciones, se haga uso de papel común, quedando abolido el del sellado.
> 4o. Que todo aquel que tenga instrucción en el beneficio de la pólvora que pueda labrarla sin mas obligación que la de preferir al gobierno en las ventas para uso de sus ejércitos, quedado igualmente libres todos los simples de que se compone.
>
> Y para que llegue a noticia de todos y tenga su debido cumplimiento, mando que se publique por bando en esa capital y demás villas y lugares conquistados, remitiéndose el componente número de ejemplares a los tribunales, jueces y demás personas a quienes corresponda su cumplimiento y observancia.
>
> Dado en la ciudad de Guadalajara, a 6 de diciembre de 1810, Miguel Hidalgo, Generalísimo de América, por mandato de S. A. Lic. Ignacio Rayón, secretario.[25]
>
> BANDO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS COMUNALES
>
> Don Miguel Hidalgo y Costilla, generalísimo de América.
>
> Por el presente mando a los jueces y justicias del distrito de esta capital, que inmediatamente procedan a la recaudación de las rentas vencidas hasta el día por los arrendatarios de las tierras pertenecientes a las comunidades

[25] Así aparece publicado en *Bandos de abolición de la esclavitud promulgados por Miguel Hidalgo y Costilla, Generalísimo de América, en Guadalajara (1810)*, Ed. Academia Jalisciense de Derechos Humanos, Unión de Pueblos Indios de Manantlán, Red Jalisciense de Derechos Humanos, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco y Universidad de Guadalajara, 1997; *Cfr.* Felipe Tena Ramírez. *Leyes Fundamentales de México 1808-1978*, Porrúa, México, 1978. pp. 21 y 22.

de los naturales, para que enterándolas en la caja nacional, se entreguen a los naturales las tierras para su cultivo, para que en lo sucesivo (no) puedan arrendarse, pues es mi voluntad que su goce sea únicamente de los naturales en sus respectivos pueblos.

Dado en mi cuartel general de Guadalajara, a 5 de diciembre de 1810.
Miguel Hidalgo.[26]

3. Disposiciones normativas de Morelos

A la muerte de Hidalgo, José María Morelos y Pavón tomó la dirección del movimiento insurgente debido a sus éxitos militares. A partir de entonces se constituye en el Capitán General de los Ejércitos Americanos, en impulsor de las instituciones políticas y jurídicas del movimiento que pretendía consolidarse al mando de la nación, y en ideólogo muy claro de los objetivos de la Independencia.[27]

A continuación nos vamos a referir a diversas disposiciones normativas, a derecho objetivo, proveniente del cura Morelos y su diversa actuación en el movimiento insurgente mexicano.

Así, el 17 de noviembre de 1810 dio un "Bando aboliendo las castas y la esclavitud" en su carácter de teniente del "Capitán General de América", don Miguel Hidalgo. El texto es como sigue:

Bando aboliendo las castas y la esclavitud entre los mexicanos. El Bachiller don José María Morelos cura y juez eclesiástico de Carácuaro, Teniente del Excelentísimo señor don Miguel Hidalgo, Capitán General de la América (17 de noviembre de 1810).

Por el presente y a nombre de su excelencia hago público y notorio a todos los moradores de esta América el establecimiento del nuevo gobierno por el cual, a excepción de los europeos todos los demás avisamos, no se nombran en calidades de indios, mulatos, ni castas, sino todos generalmente americanos. Nadie pagará tributo, ni habrá esclavos en lo sucesivo, y todos los que los tengan, sus amos serán castigados. No hay cajas de comunidad, y los percibirán las rentas de sus tierras como suyas propias en lo que son las tierras. Todo americano que deba cualquiera cantidad a los europeos no está obligado a pagársela; pero si al contrario debe el europeo, pagará con todo rigor lo que deba al americano.

[26] *Bandos de Abolición*, *op. cit.*
[27] *Cfr.* Carlos Herrejón Peredo, *Morelos*, Ed. Clío, México, 1996.

Todo reo se pondrá en libertad con apercibimiento que el que delinquiere en el mismo delito, o en otro cualquiera que desdiga a la honradez de un hombre será castigado.

La pólvora no es contrabando, y podrá labrarla el que quiera. El estanco del tabaco y alcabalas seguirá por ahora para sostener tropas y otras muchas gracias que considera su excelencia y concede para descanso de los americanos. Que las plazas y empleos están entre nosotros, y no los pueden obtener los ultramarinos aunque estén indultados.

Cuartel general del Aguacatillo, 17 de noviembre de 1810.
José María Morelos[28]

El 29 de enero de 1813, en Oaxaca, ya en su carácter de Capitán General de los Ejércitos Americanos y siendo Vocal de la Suprema Junta Nacional Gubernativa, da normas de carácter social en beneficio de las más pobres, "deseoso de aliviar a su nación, oprimida por el intruso gobierno, y queriéndola hacer feliz". Las que tienen que ver con materia indígena son del tenor siguiente:

Don José María Morelos, Vocal de la Suprema Junta Nacional Gubernativa de estos dominios y Capitán General de los Ejércitos Americanos, etcétera…

Este americano Congreso, deseoso de aliviar a su nación, oprimida por el intruso gobierno, y queriéndola hacer feliz, en uso de sus facultades ocurrió inmediatamente a las primeras necesidades del reino que se le presentaron, dictando las providencias siguientes:

Que quede abolida la hermosísima jerigonza de calidades *indio, mulato* o *mestizo, tente en el aire*, etcétera, y sólo se distinga la regional, nombrándolos todos generalmente americanos, con cuyo epíteto nos distinguimos del *inglés*, *francés*, o más bien del *europeo* que nos perjudica, del *africano* y del *asiático* que ocupan las otras partes del mundo.

Que, a consecuencia, nadie pagase tributo, como uno de los predicados en santa libertad.

Que los naturales de los pueblos sean dueños de sus tierras (y) rentas, sin el fraude de entrada en las cajas.

Que éstos puedan entrar en constitución, los que sean aptos para ellos.

Que estos puedan comerciar lo mismo que los demás, y que por esta igualdad y rebaja de pensiones, entren como los demás a la contribución de

[28] Ernesto de la Torre Villar, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, Sección Documental, Documento 62, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

alcabalas, pues que por ellos se bajó al cuatro por ciento, por aliviarlos en cuanto sea posible.

A consecuencia de ser libre toda la América, no debe haber esclavos, y los amos que los tengan los deben dar por libres sin exigirles dinero por su libertad; y ninguno en adelante podrá venderse por esclavo, ni persona alguna podrá hacer esta compra, so pena de ser castigados severamente. Y de esta igualdad en calidades y libertades es consiguiente el problema divino y natural, y es que sólo la virtud ha de distinguir al hombre y lo ha de hacer útil a la Iglesia y al Estado.

Dado en el Cuartel General de Oaxaca, a 29 de enero de 1813.[29]

4. Decreto de Las Cortes, del gobierno español en resistencia

Las Cortes de Cádiz, como órgano de gobierno de España en resistencia al régimen napoleónico, con fecha 9 de noviembre de 1812, dieron un Decreto aboliendo las mitas y el servicio personal y ordenando repartición de tierras a favor de los indios. En lo conducente dice:

> Las cortes generales y extraordinarias, deseando remover todos los obstáculos que impidan el uso y ejercicio de la libertad civil de los españoles de ultramar; y queriendo asimismo promover todos los medios de fomentar la agricultura, la industria y la población de aquellas vastas provincias, han venido a decretar y decretan:
>
> I. Quedan abolidas las mitas, o mandamientos, o repartimientos de indios, y todo servicio personal que bajo de aquellos u otros nombres presten a los particulares, sin que por motivo o pretexto alguno puedan los jueces o gobernadores destinar o compeler a aquellos naturales al expresado servicio.
>
> II. Se declara comprendida en el anterior artículo la mita que con el nombre de faltriquera se conoce en el Perú, y por consiguiente la contribución real anexa a esta práctica.
>
> III. Quedan también eximidos los indios de todo servicio personal o cualesquiera corporaciones o funcionarios públicos o curas párrocos, a quienes satisfarán los derechos parroquiales como las demás clases.
>
> IV. Las cargas públicas, como reedificación de casa municipales, composición de caminos, puentes y demás semejantes se distribuirán entre los vecinos de los pueblos, de cualquier clase que sean.

[29] José María Morelos, *Textos por la independencia*, Cuadernos de Causa I, Centro de Documentación Política, México, 1977, pp. 25-27.

> V. Se repartirán tierras a indios que sean casados, o mayores de veinticinco años fuera de la patria potestad, de las inmediatas a los pueblos, que no sean de dominio particular o de comunidades; mas si las tierras de comunidades fuesen muy cuantiosas con respecto a la población del pueblo a que pertenecen, se repartirá, cuando más, hasta la mitad de dichas tierras, debiendo entender en todos estos repartimientos las diputaciones provinciales, las que designarán la porción de terreno que corresponde a cada individuo, según las circunstancias particulares de éste y de cada pueblo.[30]

IV. El despojo jurídico de las tierras comunales, con la normatividad individualista liberal

1. Primeras ofensivas y contraofensivas jurídicas

En el estado de Chihuahua, desde el 26 de mayo de 1825, una Ley autorizó la reducción de los bienes comunales de los pueblos indios a propiedad particular.[31] Así se inicia la ofensiva en contra de la propiedad de la tierra de los pueblos y comunidades, dando fundamento jurídico al despojo.

En el estado de Michoacán se dio una normatividad similar en diciembre de 1851; y el régimen de la *Dictadura Pactada*, encabezado por Antonio López de Santa-Anna, derogó ese decreto, protegiendo los bienes de las comunidades:

> Decreto de 18 de julio de 1853.
> Sobre los bienes de las comunidades de indígenas.
> Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública. Exmo. Sr. El Exmo. Sr. Presidente de la República de ha servido dirigirme el decreto que sigue:
>
> Antonio López de Santa-Anna, benemérito de la patria, general de división, caballero gran cruz de la real y distinguida orden española de Carlos III, y presidente de la república mexicana, a los habitantes de ella sabed: Que en uso de sus facultades que la nación se ha servido conferirme, ha tenido a bien decretar lo siguiente:
>
> Se deroga el decreto del Estado de Michoacán de 13 de diciembre de1851, que mandaba repartir los bienes de las comunidades de indígenas.

[30] *Legislación Indigenista de México*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1958, pp. 27-28.

[31] *Cfr. Planeación 1980*, Vicariato Apostólico de la Tarahumara, Sisoguichi, Chihuahua.

Por tanto mando, se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Palacio Nacional de Tacubaya, julio 18 de 1853. *Antonio López de Santa-Anna*. A. D. Teodosio Lares.

Y lo comunico a V. E. para su inteligencia y fines consiguientes.

Dios y Libertad. México, julio 18 de 1853. *Lares*.[32]

El despojo de las tierras comunales iba en aumento, con fundamento jurídico algunas veces y las más de ellas sin respaldo normativo alguno. El gobierno de López de Santa-Anna estaba empeñado en poner freno al despojo, y que se hiciera el pago o la restitución de tierras ya usurpadas; para ello expide el Decreto del 31 de julio de 1854:

Antonio López de Santa-Anna, benemérito de la patria, general de división, gran maestro de la nacional y distinguida orden de Guadalupe, caballero gran Cruz de la real y distinguida orden española de Carlos III, y presidente de la República Mejicana, a los habitantes de ella, sabed: Que en uso de sus facultades que la nación se ha servido conferirme, ha tenido a bien decretar lo siguiente:

Art. 1o. Los gobernadores de los Departamentos y jefes políticos de los territorios, por sí y por medio de los prefectos, sub-prefectos, ayuntamientos y comisarios municipales, se ocuparían inmediatamente en investigar y reconocer los terrenos usurpados a las ciudades, villas, pueblos o lugares de demarcación, así como cualesquiera otros bienes de origen comunal que actualmente disfruten los particulares, cuya ocupación no se funde en ningún acto legítimo o traslativo de dominio a que hayan precedido los requisitos y licencias necesarias, y mediante el cual haya sido el común privado de su propiedad en favor de los detentadores.

Art. 2o. Estos están obligados a hacer dentro del término de cuatro meses, contados desde la publicación del presente decreto, en cabecera del distrito o partido de su residencia, una declaración escrita de los bienes comunales o municipales de que disfrutan sin autorización ni derecho. En dicha declaración dirigida por los conductos correspondientes al gobernador respectivo, se indicara el origen y fecha de la usurpación, la extensión, calidad, situación y límites de los terrenos; y en general, la naturaleza de los bienes de que se trate, en la época en que pasaron a su poder, del mismo modo que las mejoras que hayan recibido a expensas o por la industria y trabajo del declarante.

Art. 6o. Los detentadores que cumplan con el deber de que habla el art. 2o., podrán entrar en las solemnidades prevenidas por las leyes, en la posesión

[32] *Legislación Indigenista*..., p. 32.

definitiva de los bienes que declaren conforme a él, previa la expedición de nuevos títulos o revalidación de los antiguos, siempre que se comprometa cada uno de por sí, mediante escritura pública y satisfacción del gobernador, a pagar al común o municipio propietario de las dos terceras partes del valor de los bienes; perdonándoseles el de los frutos y aprovechamientos que en caso contrario se les deben exigir conforme a derecho. Del valor actual de los bienes se deducirá para calcular esas dos terceras partes, el que tengan las mejoras necesarias que se justifique haber hecho en ellos.

Art. 8o. Los detentadores que dentro del término de que habla el art. 1o., no hubieren cumplido con las obligaciones y condiciones que se establecen en ese decreto, serán demandados por el respectivo común a que pertenezca el terreno usurpado, y con entera sujeción a las leyes.

Art. 11. En ningún caso podrá consumarse la enajenación definitiva de los bienes comunales usurpados, sino después que hayan llenado todos los requisitos propios de tales actos, y previa autorización expresa del supremo gobierno, a quien para este fin remitirán los gobernadores todos los expedientes instruidos a consecuencia de este decreto.

Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento. Dado en el Palacio del Gobierno Nacional en México, a 31 de julio de 1854. *Antonio López de Santa-Anna*. Al ministro de Gobernación.

Y lo comunico a V. E. para su inteligencia y fines consiguientes.

Dios y Libertad. México, julio 31 de 1854. El Ministro de Gobernación, *Ignacio Aguilar*.[33]

2. La legislación individualista liberal y sus consecuencias sociales

El individualismo liberal penetró en México en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente a la tenencia de la tierra.

Ya desde la dominación española contrasta la gran propiedad de los españoles con respecto a la propiedad de los pueblos de indios que era mucho más pequeña. Y, poco a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de las propiedades de

[33] *Ibidem*, pp. 32-35.

las comunidades. Mendieta y Núñez apunta: "Sobre esta base de desigualdad, la propiedad privada de los españoles evolucionó en una forma absorbente, con detrimentos de las pequeñas comunidades indígenas. Puede decirse que la época colonial en cuestión agraria se caracteriza por una lucha entre los grandes y pequeños propietarios, en la cual aquellos tendían a extenderse invadiendo los dominios de los indígenas y arrojando a éstos de los terrenos que poseían, hasta hacer que como último refugio se encerrasen en los límites del fundo legal".[34]

Y el propio Mendieta agrega: "Esta lucha sorda, pacífica, lucha que se traducía en litigios interminables, fue lenta pero constante; empezó en los primeros años de la Colonia y se prolongó hasta fines del siglo XIX, época en la cual la pequeña propiedad indígena quedó definitivamente vencida".[35]

Esta absorción del latifundio privado hecha sobre la propiedad comunal, durante la dominación española, se hizo en contravención a lo establecido por el derecho indiano que protegía las propiedades comunales de los pueblos; en este periodo el despojo es antijurídico. Pero a partir de la independencia, y más concretamente desde el triunfo del liberalismo, el despojo es jurídico, es decir, de acuerdo a normas de derecho positivo.

El liberalismo jurídico trajo en México: las leyes de desamortización; la Constitución de 1857 y aparejada a ésta una interpretación individualista del derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos. Este derecho privatizó la propiedad agraria, siendo de funestas consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres.

El 25 de junio de 1856 se promulga la llamada Ley de Desamortización, conocida como Ley Lerdo, cuyos principales fines, según sintetiza Genaro Ma. González, son:

> Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad de los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculado como rédito al seis por ciento anual... La misma adjudicación se hará a los que hoy tienen en censo enfitéutico fincas rústicas o urbanas de corporación... Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general, todo establecimiento o función que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida... Tanto las urbanas como las rústicas que no estén arrendadas a la fecha de la publicación de esta ley, se adjudicarán el mejor postor, en almoneda que se celebrará ante la primera autoridad política del Partido. Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción que expresa el artículo 8o. respecto de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.[36]

[34] Lucio Mendieta y Núñez, *El problema agrario en México*, Porrúa, México, 1974, p. 84.
[35] *Ibidem*, p. 85.

La Ley de Desamortización, como su nombre lo indica, pretendía sacar de "manos muertas" la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la propiedad, sobre todo por parte de las comunidades eclesiásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia, sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 elevó a carácter de Ley Fundamental los principales postulados de la Ley de Desamortización. Mendieta y Núñez apunta que "una de las más funestas consecuencias de las leyes de desamortización y del artículo 27 de la Constitución de 1857, fue, sin duda alguna, la interpretación que se les dio en el sentido de que, por virtud de sus disposiciones quedaban extinguidas las comunidades indígenas y, por consiguiente, privadas de personalidad jurídica. Desde entonces los pueblos de indios se vieron imposibilitados para defender sus derechos territoriales y seguramente que fue ésta una nueva causa del problema agrario en México, puesto que favoreció al despojo en forma definitiva".[37]

[36] Genaro María González, *Catolicismo y Revolución*, Imprenta Murguía, México, 1960, pp. 143 y 144. El texto de la Ley, en *Legislación Indigenista..., op. cit.*, pp. 39-44.
[37] Mendieta, *op. cit.*, p. 130.

Como claro ejemplo de que la Suprema Corte de Justicia interpretó que las comunidades indígenas quedaban extinguidas por la Ley de Desamortización de 25 de junio de 1856, tenemos el siguiente razonamiento del ilustre ministro Vallarta; el jurista jalisciense se pregunta si "¿las *Leyes de Reforma* privaron a los indígenas de la propiedad en los terrenos que antes tenían sus hoy extinguidas comunidades, o conservan éstos algún derecho en ellos, una vez que esos bienes hayan sido desamortizados?" Y después de razonar y argumentar su voto con relación a un amparo solicitado por una comunidad, concluye:

> ...no cabe el amparo para proteger una propiedad amortizada: no pueden los indígenas que formaron la comunidad de Chicontepec, ni aun llamándose *sociedad de agricultores y ganaderos*, intentar ese recurso, contrariando todas las leyes que extinguieron la corporación perpetua, en que aun quieren permanecer...[38]

La Corte, en su resolutivo 2, sostiene que la comunidad, como tal, no puede conservar la posesión permanente de las tierras conforme a la *Constitución*, debiéndose repartir el terreno a los particulares que les corresponda conforme a las leyes.[39]

La igualdad, la generalidad y la abstracción del derecho moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.

Por último las Leyes de colonización y sobre baldíos de la época porfiriana, entre 1883 y 1910, vendrían a dar el paso final en la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Sobre esto último volveremos más adelante.

Todo esto tiene íntima relación con el gran problema agrario en México, que fue uno de los detonantes de la Revolución de 1910 y que todavía tiene enormes repercusiones hasta nuestros días, como lo demuestra la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) del 1 de enero de 1994.

[38] Amparo pedido por el apoderado de los indígenas de Chicontepec contra el acto del gobierno de Veracruz, en Ignacio Luis Vallarta Ogazón, *Votos. Cuestiones Constitucionales*, vol. 4, Oxford, México, 2002, p. 12. (El voto completo: pp. 1-25).

[39] *Ibidem*, pp. 24-25.

V. Leyes indigenistas del Segundo Imperio (1864-1867)

Dentro de la legislación imperial destaca lo que se refiere a la normatividad indigenista, compuesta por una serie de leyes y decretos proteccionistas en cierto sentido análogos al derecho novohispano, y que son producto de la preocupación de Maximiliano por el mejoramiento del estatus jurídico y económico del indígena.

Ya hemos visto que el liberalismo mexicano del siglo XIX parte del planteamiento de igualdad de todos los miembros de la sociedad y propicia la libertad irrestricta. Establece, jurídicamente, la igualdad formal, dentro de una desigualdad real; lo que provoca grandes injusticias.

> El Emperador, advenedizo, fuereño y usurpador, capta más ampliamente este aspecto del contexto nacional (con una perspicacia de que careció para vislumbrar otras situaciones), no tarda en reparar en las evidentes desigualdades que separan a los indios del resto de la población, y ante este estado de cosas, adopta una actitud de simpatía y proteccionismo hacia esos sectores aún marginados. Su política rebasa los límites del liberalismo, para entrar en posturas de eminente contenido social en donde el interés de la comunidad prepondera sobre el interés individual".[40]

La legislación[41] dada en materia agraria por Maximiliano es la siguiente:

a) *Ley para dirimir las diferencias sobre tierras y aguas entre los pueblos* del 1 de noviembre de 1865. Tiene como objeto, como su nombre lo indica, terminar con los conflictos ancestrales sobre tierras y aguas.
b) *Ley sobre terrenos de comunidad y repartimiento.*
El objeto de esta ley es lograr una gran clase media de terratenientes, esto es de pequeños propietarios privados. En esta ley aparece el Maximiliano proteccionista, pero liberal.

[40] Ángel Barroso Díaz, "El indigenismo legislativo de Maximiliano", en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 13, t. I, México, 1981. p. 258.

[41] *Cfr. Legislación indigenista...*, *op. cit.*, pp. 69-77.

> En virtud de este ordenamiento, todas las tierras de comunidad y repartimiento propiedad de los pueblos, eran cedidas por el Emperador de manera plena a los habitantes de esas poblaciones. Es decir, que los poseedores de estos bienes adquirían el dominio pleno sobre esos terrenos en virtud de esta cesión gratuita del Emperador. Al efecto, los terrenos comunales debían fraccionarse, quedando adjudicados en propiedad a los vecinos de las comunidades propietarias de esas tierras; además, se establecía un orden de preferencia para poder ser acreedor a esta adjudicación, mencionándose en orden de prelación los pobres casados y con familia, los pobres casados y sin familia, los pobres solteros, y finalmente los ricos, prefiriéndose en este caso a los casados y con familia, sobre los solteros o sin familia.[42]

Dentro de estos bienes que serían cedidos se incluyen los nacionalizados a la Iglesia. El emperador de México, Maximiliano de Habsburgo, lejos de lo que podría pensarse, no mantuvo buenas relaciones con la jerarquía eclesiástica mexicana, pues ratificó la nacionalización de los bienes del clero decretada por Juárez, esto con el propósito de vencerla como poder civil.

En realidad el gobierno imperial constituyó una tercera Reforma. Y por esa razón nunca logró tampoco el Patronato ni firmar concordato alguno con al Iglesia, esto a pesar de sus gestiones con el Papa Pío IX.

Volviendo a la ley agraria que comentamos, debemos decir que en el reparto de tierras no debían estar implicadas las de uso común del pueblo.

Como quería evitarse el latifundio, no podía enajenarse la tierra a quien ya tuviera.

c) *Decreto sobre el fundo legal,* de 16 de septiembre de 1866. Es un texto bilingüe en español y náhuatl.

Su objeto es dotar a las comunidades que carecían de fundo legal o ejido. La dotación podía ser de tierra cercana a la propia comunidad o donde hubiere.

d) Se van a dar, además, dos *decretos expropiatorios* de tierras ociosas para fraccionar y colonizar.

[42] Barroso, *op. cit.*, p. 271.

VI. El derecho a la tierra

Los campesinos mexicanos, muchos de ellos indígenas, pagando una alta cuota de sangre, constituyeron el elemento de masas más importante de la Revolución Mexicana. Su lucha reivindicativa por la tierra usurpada, se plasmó jurídicamente en las disposiciones del artículo 27 de la Constitución de 1917. Éste, desde su redacción original, garantiza el derecho de las comunidades indígenas a sus tierras, reivindicando aquellas de que han sido despojadas, tanto jurídicamente con las Leyes de Reforma como antijurídicamente, así como dotando a los núcleos de población que carezcan de ellas.

Este derecho agrario mexicano original, derivado de la Revolución, que reconoce un derecho a la tierra ancestral, al mismo tiempo cuestiona al derecho de la modernidad, pues en lo relativo a la tenencia de la tierra proclama la existencia de la comunidad indígena como titular de derechos y no sólo a los individuos.

A partir de entonces, la lucha jurídico-política por hacer efectivo este derecho a la tierra ha sido tenaz, pero larga y penosa y, ciertamente, no logrando todos los frutos deseados.

VII. La reforma al artículo cuarto de la Constitución mexicana

El 7 de abril de 1989 fue instalada por el presidente Carlos Salinas de Gortari, la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México del Instituto Nacional Indigenista, a la que se le encomendó, como tarea principal, "la pertinencia de una reforma constitucional encaminada a crear los instrumentos jurídicos necesarios para superar la injusticia que afecta a los pueblos indígenas".[43]

La iniciativa de Reforma Constitucional, sometida al Constituyente Permanente, y que fue aprobada íntegramente, fue dada en estos términos:

[43] Carlos Salinas de Gortari, *Iniciativa de decreto que adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas*, México, Palacio Nacional, 7 de diciembre de 1990, p. V.

Decreto que adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo único. Se adiciona un primer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales párrafos primero a quinto, para pasar a ser segundo a sexto respectivamente, en los siguientes términos:

Artículo 4o. La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Transitorio

Artículo único. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

VIII. La Insurrección del EZLN y los Acuerdos de San Andrés

La insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), del 1 de enero de 1994, ha dejado al descubierto muchas deficiencias de nuestro sistema social, político y económico, e incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el *otro,* con el indio. Desde el punto de vista jurídico, podemos decir que el movimiento insurreccional chiapaneco, al cuestionar el conjunto de la organización de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte remezón de toda la juridicidad.

Esa incapacidad ética para reconocer al *otro* como *otro,* nos impide ver, también, por un lado la violación sistemática –por sistema– de que son objeto los derechos de los indios, y por otro lado, su capacidad para cuestionar nuestro modo de vida, aun cuando sea con el muy cuestionable camino de las armas. Nos ha tomado por sorpresa aquello que no supimos ver a tiempo; pues las condiciones de hambre y miseria de las comunidades indias a la par de su toma de conciencia en cuanto a sus derechos más elementales, tenían que producir una insurrección.[44]

[44] Según una nota firmada por J. Jesús Rangel M., aparecida en *El Financiero* del 15 de marzo de 1994, desde 1983 Banamex tuvo una investigación en la que se advertía los peligros de una rebelión indígena en la zona de Los Altos de Chiapas por los graves problemas políticos, económicos y sociales. Por otro lado, el obispo de San Cristóbal de Las Casas, Samuel Ruiz, en entrevista concedida en ese mismo 1983, hablaba de la gran conciencia que iban adquiriendo algunas comunidades indias de Chiapas, y anunciaba que cuando la resistencia fuera mayor "posiblemente surja de aquí el aporte que estas comunidades puedan dar a la construcción de una sociedad mejor", *Brecha* 18/19, México, 6o. bimestre de 1983, 1er. bimestre de 1984. p. 1.

Las luchas de los campesinos en América Latina, y en especial de los indios, por el respeto de sus derechos comunitarios, constituyen, en el fondo, una lucha por la conservación de su identidad frente a la "civilización" de la modernidad que ferozmente trata de despojarlos de todo. El conservar su identidad, su derecho a ser ellos mismos, implica que conserven los dos elementos que requieren para ello: la tierra y la comunidad.

El 16 de diciembre de 1990, en el programa de televisión *Nexos*, se comentó la entonces iniciativa de adición al artículo 4o. de la Constitución que reconocía algunos derechos de las comunidades indígenas. En una de sus intervenciones durante ese programa, Guillermo Bonfil Batalla planteó, con justa razón, esta cuestión, que hoy empieza a ser despejada: ¿Cómo compaginar –dijo– el proyecto modernizador del país, pregonando e impulsando por la presente administración, con la reforma constitucional que reconoce a las comunidades indígenas?

Hoy podemos decir que son incompatibles; como lo fueron el liberalismo jurídico y los derechos de los indios el siglo pasado. Y es incompatible, precisamente, por el proyecto de los últimos gobiernos con relación a la tenencia de la tierra y la explotación económica del campo. Ese proyecto se plasmó, jurídicamente, con las reformas al artículo 27 constitucional y la expedición de la nueva Ley Agraria.

Ciertamente eran necesarias varias reformas al artículo 27 de la Constitución, sobre todo aquellas que permitieran la desvinculación política del ejido al Estado, pero creemos que la nueva legislación agraria debió tener en cuenta la enorme complejidad y heterogeneidad del país y dar cuenta que no es lo mismo el campesino del norte y el del centro con formas individualistas de tenencia y explotación de la tierra, al campesino del sur de México, en donde predominan las comunidades indígenas que presentan, en su esencia, una socialidad comunitaria y que por lo demás existe un enorme rezago en materia de justicia agraria. Como ha escrito Néstor de Buen, cuando

las reformas se llevan a la práctica, "cuando el derecho se tiene que convertir en conducta... el 27 se dobla ante una realidad de acreedores sociales que repudian su nuevo texto".[45]

El subcomandante *Marcos,* en una entrevista concedida a *La Jornada,* explicó que el EZLN había nacido como un grupo de *autodefensa* para enfrentar a las guardias blancas de los finqueros "que les quitan la tierra y los maltratan, y limita el desarrollo social y político de los indígenas". Y expresa que lo que decidió el levantamiento armado, apoyado por las comunidades, fue la reforma al artículo 27 constitucional: Esas reformas cancelaron toda posibilidad legal de tener tierra, que era lo que finalmente los mantenía como grupo paramilitar de autodefensa.[46]

Las reformas al artículo 27 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1992. La fracción VII, en su segundo párrafo, dice textualmente: "La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas". Sin embargo, se derogan las fracciones de la X a la XIV, que son precisamente aquellas que establecían el derecho a la restitución y dotación de tierras y el procedimiento para lograrlo por parte de los núcleos de población ejidal o comunal. Ciertamente, la posibilidad legal de obtener tierras, quedó cancelada.

En Chiapas no hubo reforma agraria, y con las reformas legales de 1992 ya no podía haberla.

En la demanda octava del EZLN ante el Estado, en las negociaciones de paz, estaba implícito el reclamo del respeto del derecho a la tierra. Su formulación completa es así:

> El artículo 27 de la Carta Magna debe respetar el espíritu original de Emiliano Zapata: la tierra es para los indígenas y campesinos que la trabajan, no para los latifundistas.[47]

[45] Néstor de Buen, "27 + 130 = EZLN", en *La Jornada*, México, 20 de febrero de 1994, p. 7.

[46] *La Jornada*, México, 6 de febrero de 1994, p. 7.

[47] "Las demandas zapatistas", *El Financiero*, México, 3 de marzo de 1994, p. 46. Ver también sobre la postura del EZLN con relación a la tierra las opiniones de algunos de sus integrantes, en *Proceso*, México, 28 de febrero de 1994, p. 15; y la entrevista al CCRI-EZLN en *La Jornada*, México, 4 de febrero de 1994, pp. 6 y 7.

1. Los Acuerdos de San Andrés

Con fundamento en la *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, que tiene por objeto precisamente lo que enuncia su título, comenzaron a desarrollarse las mesas de diálogo de San Andrés *Sacamch'en* entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el gobierno federal. Y si bien el diálogo se interrumpió, la primera mesa, sobre Derechos y Cultura Indígena, sí se concluyó y produjo varios documentos suscritos el 16 de febrero de 1996. En primer lugar, un Informe por medio del cual las partes comunican conjuntamente que han concluido las negociaciones en materia de derechos y cultura indígena, y señalan el acuerdo a que han llegado sobre diversos documentos y acciones que llevaran a cabo. El segundo documento lo denominan *Acuerdo* y en él se manifiesta la aceptación de tres documentos por las partes: un *Pronunciamiento*, unas *Propuestas* y unos *Compromisos*.[48] Veamos los aspectos más importantes de estos documentos de *Acuerdo* o *Acuerdos*.

El primer documento acordado, convenido por las partes, es entonces el *Pronunciamiento conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional.* Su primera parte se denomina "Contexto de la nueva relación"; en la misma se reconoce "a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho",[49] basándose en su origen histórico, en sus demandas, en la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y en lo mandado por el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por el Estado mexicano, y por lo tanto normatividad obligatoria de acuerdo con lo mandado por el artículo 133 constitucional. Este acuerdo es muy importante por sus alcances jurídicos, pues como señala Cossío: "El sujeto histórico, social y político de las reivindicaciones indígenas pasó de ser un ente individual a uno colectivo y, por ende, a partir del último es como deben entenderse las negociaciones de San Andrés, sus resultados y las soluciones jurídicas".[50]

[48] *Cfr. Acuerdos sobre derechos y cultura indígena*, Ed. Frente Zapatista de Liberación Nacional, México, marzo de 1997, pp. 1-3.

[49] *Ibidem*, p. 5.

[50] José Ramón Cossío D., "Análisis jurídico de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar", en *Folios de Este País, Este País. Tendencias y Opiniones*, núm. 86, México, mayo, 1998, p. 5.

La segunda parte de este documento se titula "Compromisos del Gobierno Federal con los Pueblos Indígenas", y comienza diciendo: "Las responsabilidades que el gobierno federal asume como compromisos que el Estado mexicano debe cumplir con los pueblos indígenas en su nueva relación son", y a continuación enuncia y establece el claro contenido de esas obligaciones gubernamentales. Son en número de ocho y están constituidas del tenor siguiente:

1. *Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución General.* Se trata de un compromiso que implica que "El Estado debe promover el reconocimiento, como garantía constitucional, del derecho a al libre determinación de los pueblos indígenas", el cual "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente".[51]
2. *Ampliar participación y representación políticas.* El Estado cumplirá con esta obligación impulsando "cambios jurídicos y legislativos que amplíen la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas" y esto, entre otras cosas, debe llevar "al reconocimiento de derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas..."[52]

El compromiso 3 lo transcribimos completo, por tratarse de una materia estrictamente jurídica:

> 3. *Garantizar acceso pleno a la justicia.* El Estado debe garantizar el acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del Estado mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, y que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sea convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.[53]

[51] *Acuerdos*, *op. cit.*, p. 6.
[52] *Idem.*

De los cinco compromisos restantes establecemos los enunciados solamente: 4. *Promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas*; 5. *Asegurar educación y capacitación*; 6. *Garantizar la satisfacción de necesidades básicas*; 7. *Impulsar la producción y el empleo*; y 8. *Proteger a los indígenas migrantes*.

La tercera parte trata de los "Principios de la nueva Relación", en donde el gobierno federal hace el compromiso de asumir y acatar los Principios que deben normar la acción del Estado en su nueva relación con los pueblos indígenas. Estos Principios son:

> 1. *Pluralismo*, que implica "el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental", por lo que "será necesario avanzar hacia la conformación de un orden jurídico nutrido por la pluriculturalidad, que relaje el diálogo intercultural, con normas comunes para todos los mexicanos y respeto a los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas".[54]
> 2. *Sustentabilidad*, que implica asegurar "la perduración de la naturaleza y la cultura".[55] En este punto hay remisión a lo normado por el *Convenio 169* de la OIT, que implica, dado el caso, el derecho de los pueblos y comunidades indígenas "a recibir la indemnización correspondiente cuando la explotación de los recursos naturales que el Estado realice ocasione daños en su hábitat que vulneren su reproducción cultural".[56]

El tercer principio textualmente se establece así:

> 3. *Integridad*, El Estado debe impulsar la acción integral y concurrente de las instituciones y niveles de gobierno que inciden en la vida de los pueblos indígenas, evitando las prácticas parciales que reaccionen las políticas públicas. Debe, asimismo, propiciar el manejo honesto y transparente de los recursos públicos destinados al desarrollo de los pueblos indígenas, a través de una mayor participación indígena en la toma de decisiones y en la contraloría social del gasto público.[57]

[53] *Idem.*
[54] *Ibidem*, p. 8.
[55] *Idem.*
[56] *Idem.*
[57] *Idem.*

La primera parte del cuarto principio se establece de este modo:

> 4. *Participación*, El Estado debe favorecer que la acción institucional impulse la participación de los pueblos y comunidades indígenas y respete sus formas de organización interna, para alcanzar el propósito de fortalecer su capacidad de ser los actores decisivos de su propio desarrollo.[58]

Por último, el quinto principio, de *Libre determinación* lo transcribimos íntegramente por ser el más directamente relacionado con el reclamo del derecho a la autonomía:

> 5. *Libre determinación*, El Estado respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que harán valer y practicarán su autonomía diferenciada, sin menoscabo de la soberanía nacional y dentro del nuevo marco normativo para los pueblos indígenas. Esto implica respetar sus identidades, culturas y formas de organización social. Respetará, asimismo, las capacidades de los pueblos y comunidades indígenas para determinar sus propios desarrollos. Y en tanto se respeten el interés nacional y público, los distintos niveles de gobierno e instituciones del Estado mexicano no intervendrán unilateralmente en los asuntos y decisiones de los pueblos y comunidades indígenas, en sus organizaciones y formas de representación, y en sus estrategias vigentes de aprovechamiento de los recursos naturales.[59]

La cuarta parte se refiere al "nuevo marco jurídico", que se hace necesario por el establecimiento de la nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado que debe implicar a la federación (ámbito nacional) y a las entidades federativas; por lo que el gobierno federal se compromete a diversas acciones.

La número 1: "El reconocimiento en la Constitución Política nacional de demandas indígenas que deben quedar consagradas como derechos legítimos".[60] Y son:

> a) *Derechos políticos*. Para fortalecer su representación política y su participación en las legislaturas y en el gobierno, con respeto a sus tradiciones y para garantizar la vigencia de sus formas propias de gobierno interno.

[58] *Idem*.
[59] *Ibidem*, p. 9.
[60] *Idem*.

> b) *Derechos de jurisdicción*. Para que se acepten sus propios procedimientos para designar sus autoridades y sus sistemas normativos para la resolución de conflictos internos, con respeto a los derechos humanos.
> c) *Derechos sociales*. Para que garanticen sus formas de organización social, la satisfacción de sus necesidades humanas fundamentales y sus instituciones internas.
> d) *Derechos económicos*. Para que se desarrollen sus esquemas y alternativas de organización para el trabajo y de mejora de la eficiencia de la producción.
> e) *Derechos culturales*. Para que desarrollen su creatividad y diversidad cultural y la persistencia de sus identidades.[61]

La número 2 de las acciones es muy importante, pues implica: "El reconocimiento en la legislación nacional de las comunidades como entidades de derecho público, el derecho a asociarse libremente en municipios con población mayoritariamente indígena, así como el derecho de varios municipios para asociarse, a fin de coordinar sus acciones como pueblos indígenas".[62] Su importancia radica en que está haciendo un total reconocimiento de comunidades y pueblos como sujetos plenos de derecho y de derechos, y permite la posibilidad de que a partir del ejercicio jurídico de las comunidades, como *entidades de derecho público*, los pueblos puedan irse reconstituyendo y fortaleciendo.

La tercera acción se formula así:

> 3. El reconocimiento de que en las legislaciones de los estados de la República deben quedar establecidas las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones diversas y legítimas de los pueblos indígenas.
>
> En la determinación del marco jurídico y en la definición de las particularidades de la nueva relación del Estado con los indígenas, el Poder legislativo será decisivo. El gobierno federal propondrá al Congreso de la Unión que establezca un nuevo marco jurídico nacional para los pueblos indígenas, y a los Congresos de los estados que consagren legalmente las especificidades que mejor reflejen las diversas situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas del país.[63]

[61] *Ibidem*, pp. 9 y 10.
[62] *Ibidem*, p. 10.
[63] *Idem*.

La acción 4 establece cuáles artículos de la Constitución de la República deben reformarse; la acción 5 se refiere a otras disposiciones jurídicas normativas que deben adoptarse; y la 6 establece los elementos que las legislaturas de los estados deben tomar en cuenta al reformarse adoptando la nueva relación con los pueblos indígenas. El documento de *Compromisos* termina con esta

Conclusión

1. El conflicto que se inició el 1 de enero de 1994 en Chiapas produjo en la sociedad mexicana el sentimiento de que es necesario una nueva relación del Estado y la sociedad con los pueblos indígenas del país.
2. El gobierno federal asume el compromiso de construir, con los diferentes sectores de la sociedad y en un nuevo federalismo, un nuevo pacto social que modifique de raíz las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales con los pueblos indígenas. El pacto debe erradicar las formas cotidianas y de vida pública que generan y reproducen la subordinación, desigualdad y discriminación, y debe hacer efectivos los derechos y garantías que les corresponden: derecho a su diferencia cultural, derecho a su hábitat; uso y disfrute del territorio conforme al artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, derecho a su autogestión política comunitaria; derecho al desarrollo de su cultura, derecho a sus sistemas de producción tradicionales, derecho a la gestión y ejecución de sus propios proyectos de desarrollo.
3. La nueva relación entre el Estado mexicano y los pueblos indígenas se basa en el respeto a la diferencia, en el reconocimiento de las identidades indígenas como componentes intrínsecos de nuestra nacionalidad, y en la aceptación de sus particularidades como elementos básicos consustanciales a nuestro orden jurídico, basado en la pluriculturalidad.

La nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado mexicano debe garantizar inclusión, dialogo permanente y consensos para el desarrollo de todos sus aspectos. No serán, ni la unilateralidad ni la subestimación sobre las capacidades indígenas para construir su futuro las que definas las políticas del Estado. Todo lo contrario, serán los indígenas quienes dentro del marco constitucional y en el ejercicio pleno de sus derechos, decidan los medios y formas en que habrán de conducir sus propios procesos de transformación.[64]

[64] *Ibidem*, pp. 11 y 12.

IX. Reforma al artículo 2o. constitucional: reconocimiento parcial de derechos indígenas

La Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), creada por la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, integrada por miembros del Congreso de la Unión, presentó a fines de 1996 a la consideración del Ejecutivo un proyecto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se traducían legalmente los acuerdos que sobre autonomía de los pueblos indígenas se había llegado en la primera mesa de San Andrés. El Ejecutivo, a cargo del presidente Ernesto Zedillo, respondió a la COCOPA haciéndole modificaciones a su proyecto, mismo que el EZLN consideró inaceptables por contravenir a lo acordado, no estando apegadas a la amplitud de la autonomía convenida para los pueblos indígenas, lo que implica, según el EZLN, un incumplimiento del gobierno federal.

1. Aspectos generales y comentarios a la Iniciativa de Reforma Constitucional de la COCOPA

Fue hasta principios de diciembre de 2000, que el presidente Vicente Fox Quesada sometió al Constituyente Permanente la postergada Iniciativa de Reforma Constitucional de la COCOPA, sobre los derechos de los pueblos indígenas. La propuesta incluye la modificación de varios artículos de la Constitución, de manera especial el 4o. y el 115. En la Iniciativa aparece un nuevo *sujeto jurídico* llamado *pueblo indígena* y dice:

> Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía como parte del Estado mexicano...

No se trata, como tanto se ha dicho, de separación del Estado o independencia plena de los pueblos indígenas. Sino de un espacio propio dentro de la complejidad del Estado mexicano.

La *autonomía* de los pueblos, de acuerdo con la propia Iniciativa que comentamos, se manifiesta con el ejercicio de varios derechos, que a continuación referimos:

a) Decidir sus formas de organización social, económica, política y cultural.
b) La aplicación de sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos.

Esta es una de las cuestiones más debatidas, porque se alega que, en muchas ocasiones, la normatividad de los pueblos es opresora y violatoria de derechos. Sin embargo, la Iniciativa establece que la aplicación de esos "sistemas normativos" deberá hacerse "respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, la dignidad e integridad de las mujeres".

c) La jurisdicción del Estado convalidará los juicios de la jurisdicción indígena. Y en su caso accederán de mejor manera a la jurisdicción del Estado.
d) Elección de sus autoridades y ejercer sus formas de gobierno interno, en los ámbitos de su autonomía, debiendo garantizar la participación de las mujeres en condiciones de equidad.
e) Fortalecer su participación y representación políticas de acuerdo con sus especificidades culturales.
f) Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio corresponda a la nación.
g) Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que configuran su cultura e identidad.
h) Adquirir, operar y administrar sus propios medios de comunicación.
i) El Estado deberá establecer las instituciones políticas que garanticen la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con dichos pueblos.

La propuesta de reforma al artículo 4o. se cierra de este modo:

> Las constituciones y las leyes de los estados de la República, conforme a sus particulares características, establecerán las modalidades pertinentes para la aplicación de los principios señalados, garantizando los derechos que esta Constitución reconoce a los pueblos indígenas.

Completando lo anterior, son de especial relevancia las propuestas de reforma que contiene la Iniciativa respecto del artículo 115 que se refiere a la organización municipal. En las mismas se refleja la complejidad del Estado mexicano con diversas jurisdicciones y ámbitos de gobierno: federación, estados, municipios; y ahora un espacio para los pueblos indígenas, que deben encajar y tener empatía, precisamente, con los ámbitos federal, estatal y municipal. Cito las propuestas más importantes en ese sentido:

> IX. Se respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones. Las autoridades competentes realizarán la transferencia ordenada y paulatina de recursos, para que ellos mismos administren los fondos públicos que se les asignen. Corresponderá a las Legislaturas estatales determinar, en su caso, las funciones y facultades que pudieran transferírseles, y
> X. En los municipios, comunidades, organismos auxiliares del ayuntamiento e instancias afines que asuman su pertenencia a un pueblo indígena, se reconocerá a sus habitantes el derecho para que definan, de acuerdo con las prácticas políticas propias de la tradición de cada uno de ellos, los procedimientos para la elección de sus autoridades o representantes y para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, en un marco que asegure la unidad del Estado nacional. La legislación local establecerá las bases y modalidades para asegurar el ejercicio pleno de este derecho.
> Las Legislaturas de los estados podrán proceder a la remunicipalización de los territorios en que estén asentados los pueblos indígenas, la cual deberá realizarse en consulta con las poblaciones involucradas.

La Iniciativa propone reformar otros artículos constitucionales, tales como el 18 para que los indígenas compurguen sus penas preferentemente en los establecimientos más cercanos a sus domicilios; el 26, para que en los planes y programas de desarrollo se tome en cuenta a las comunidades y pueblos indígenas, en sus necesidades y especificidades culturales; el 53, para que al establecerse la demarcación territorial de los distritos uninominales, y las circunscripciones

plurinominales, en materia electoral, se tome en cuenta la ubicación de los pueblos indígenas, con el objeto de asegurar su participación y mejor representación política; el 73, para facultar al Congreso de la Unión a expedir leyes de concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus competencias, respecto de los pueblos y comunidades indígenas, con el objeto de que se cumpla con lo previsto en los artículos 4o. y 115; y el 116, para que en los estados se garantice la representación de los pueblos indígenas en sus legislaturas.

2. Sentido de la Reforma Constitucional

El Constituyente Permanente conoció de la Iniciativa presidencial, y aprobó unas reformas a la Constitución en materia indígena, distintas a las de la propuesta de la COCOPA. Formalmente, en lugar de modificar y añadir sustancialmente el artículo 4o., adicionar el 18 y reformar el 26, el 53, el 73, el 115 y el 116; adicionó dos párrafos al artículo 1o., reformó el 2o., derogó el párrafo primero del 4o. y adicionó un párrafo al 18 y otro al 115 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

La Reforma constitucional se publicó en el *Diario Oficial* en su edición de 14 de agosto de 2001.

A. Análisis de la reforma constitucional en materia indígena

A continuación vamos a analizar las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2001, que establecen las bases jurídicas para el ejercicio por parte de los pueblos indígenas de sus derechos. Éstas se encuentran principalmente en el artículo 2o. de nuestra ley fundamental.

El artículo comienza con la reafirmación de la unidad nacional y reconociendo, sin embargo, la pluralidad de culturas que forman México.

> Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.
> La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Este modo de reconocimiento de los pueblos indígenas es de acuerdo con lo mandado por el *Convenio 169* de la OIT, en su artículo 1.[65] Continúa el artículo 2o.:

> La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

El propio artículo, parágrafo 2, del *Convenio 169* de la OIT señala que la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un *criterio fundamental* para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones destinadas a los propios pueblos indígenas. José Ramón Cossío dice que esta disposición cumple dos funciones: "primera, fijar un criterio de pertenencia o adscripción de los individuos como indígenas; segunda, avanza la idea de que existen disposiciones sobre pueblos indígenas, lo que significa, necesariamente, la confirmación de los pueblos como sujetos de derecho".[66]

Después de haber establecido lo que debe entenderse por pueblos y a quiénes considerar sus miembros, el artículo 2o. se refiere a las "comunidades" como partes o grupos que pertenecen a un "pueblo":

> Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

Después la norma constitucional se refiere a la facultad de reconocimiento de los pueblos y comunidades como tales, y se la confiere a los órganos de gobierno local por medio de la propia legislación de las entidades federativas:

[65] El *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es de 27 de junio de 1989; México lo ratificó el 5 de septiembre de 1990 y entró en vigor en nuestro país el 5 de septiembre de 1991.

[66] José Ramón Cossío Díaz, *Los problemas del derecho indígena en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002, p. 151.

> El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

El hecho de que se haya remitido el reconocimiento de los pueblos y comunidades a las constituciones y leyes locales, es un punto de objeción por aquellos que no aceptan la reforma, según lo hemos dicho. Se alega que los poderes y cacicazgos locales son frecuentemente contrarios a pueblos y comunidades y que de hecho se está subordinando la libre determinación y la autonomía a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos estatales.

Después el artículo 2o. constitucional se abre en dos apartados A y B. El primero referido a establecer las bases de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades, y el segundo señalando acciones a la federación, los estados y los municipios a favor de los indígenas.

Antes de analizar el apartado A sobre la libre determinación y autonomía de pueblos y comunidades, vamos a referirnos a los *ejes fundamentales* de los derechos de los pueblos indígenas, según los señala uno de los precursores del reconocimiento de esos derechos de los pueblos, el ya fallecido intelectual mixe, Floriberto Díaz Gómez, quien afirma que cinco derechos forman la columna vertebral de la vida de los pueblos como tales:

1. El derecho a territorio, esto es la tierra en sentido integral (todo lo que contiene).
2. A ser pueblo, con su historia, lengua, educación.
3. A la libre determinación, esto es autonomía dentro del Estado.
4. A la cultura propia.
5. A un sistema jurídico propio.[67]

[67] *Cfr.* Floriberto Díaz Gómez. "Derechos humanos y derechos fundamentales de los pueblos indígenas", *La Jornada Semanal*, núm. 314, México, 12 de marzo de 2001, pp. 4-5.

Vamos a ver de qué modo y hasta qué punto esos derechos fundamentales de los pueblos son recogidos por las disposiciones constitucionales.

A continuación transcribiremos íntegro el apartado A y después hacemos los comentarios pertinentes:

> A. Esta constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
> I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
> II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.
> III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.
> IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.
> V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.
> VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.
> VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.
> Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.
> VIII Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

> o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
> Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen la situación y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

El apartado A se abre con una afirmación que contiene un importante reconocimiento y garantía de derechos de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía. Y si bien, como sostienen varios juristas que rechazan la reforma constitucional, esa libre determinación y autonomía están llenas de "candados" que no permiten su pleno desarrollo, el reconocimiento de esos derechos es muy importante y debe ser tenido en cuenta y retomarse a pesar de sus limitaciones.

La fracción I explica cómo la autonomía significa la decisión propia de pueblos y comunidades, en cuanto al modo de su convivencia y organización.

La fracción II refiere la autonomía al reconocimiento del sistema normativo propio de pueblos y comunidades, esto es, les reconoce su sistema de derecho. Esto con la salvedad de que se respeten los principios generales de la Constitución, las garantías individuales, y los derechos humanos, en especial los de las mujeres. En cuanto a la primera cuestión de respetar los principios constitucionales es un despliegue lógico de mantener la unidad dentro de la pluralidad, y de que la autonomía se ejerce no como Estado independiente sino como parte integrante de un todo que es el Estado mexicano. La salvedad en cuanto a que el sistema jurídico de pueblos y comunidades debe respetar las garantías individuales y los derechos humanos, aparece en la propia propuesta de la COCOPA y en el Convenio 169 de la OIT de este modo:

> Artículo 8. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
> 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
> 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

La fracción III, al referirse a la elección de las autoridades de pueblos y comunidades, reafirma la autonomía como un ámbito dentro de la organización del Estado mexicano, pues señala que esas elecciones deben respetar el pacto federal y la soberanía de los estados. Por otro lado, vuelve a destacar derechos de las mujeres, buscando equilibrar su participación con la de los varones.

La fracción IV reconoce el ámbito de la autonomía en el desarrollo de aquellos aspectos que tienen que ver con la identidad como pueblo y desarrollo de su propia cultura.

Las fracciones V y VII, que tienen que ver con el hábitat y la tenencia de la tierra de pueblos y comunidades, se consideran no sólo insuficientes, sino contrarias al desarrollo de la autonomía de esos pueblos y comunidades. En este punto sí existe una diferencia sustancial con la propuesta de la COCOPA, que implicaba un reconocimiento expreso a los pueblos de tierras y territorios "entendidas como la totalidad de su hábitat...". Y esto conforme a lo dispuesto por los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT:

> Artículo 13. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
> 2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.
> Artículo 14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente

> acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
> 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
> 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

La fracción VII es una norma encaminada a que los pueblos y comunidades tengan representación política en aquellos municipios en donde existe población indígena, sin que sea propiamente municipio indígena.

La fracción VIII se refiere al derecho de individuos indígenas y/o pueblos indígenas de tener acceso a la jurisdicción del Estado y de qué modo ese derecho se garantiza.

El último párrafo del apartado A reafirma que serán las constituciones y leyes de las entidades federativas las que establezcan las características de libre determinación y autonomía "que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad" y agrega "así como de las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público".

En cuanto a la primera parte de este último párrafo, ya hemos visto como se ha repudiado, porque se deja a los congresos locales la reglamentación jurídica de la libre determinación y de la autonomía. Puede ser que tengan razón aquellos que se oponen a esta determinación constitucional. Sin embargo, debe tenerse en cuenta esta importante observación que hace Cossío en el sentido de que los órganos locales, al determinar la forma de organización de los pueblos indígenas, no pueden disponer, no pueden contrariar los contenidos plasmados en el apartado A: "Los contenidos constitucionales deben servir como mínimo a garantizar por los estados al momento en que elijan la forma de organización de los pueblos".[68]

Por lo que ve a la parte final del párrafo, que dice que las constituciones y leyes locales pondrán las normas de reconocimiento a las comunidades indígenas como entidades de "interés público", es

[68] Cossío, *Los problemas..., op. cit.*, p. 156.

necesario hacer algunos comentarios. En primer lugar hacer notar que este punto de reconocimiento como "entidad de interés público" sólo es referido a las comunidades y no a los pueblos, y ya vimos, como la propia Constitución considera a las comunidades como parte de los pueblos. De tal modo que la parte puede tener reconocimiento de "entidad de interés público", pero no el todo.

En segundo término, el reconocimiento a las comunidades como "entidades de interés público", en lugar de reconocer a comunidades (y pueblos) como *entidades de derecho público,* constituye una limitación a su capacidad jurídica, a su ámbito de ejercicio legal. La *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca* y la *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas* de ese mismo estado, reconocen a pueblos y comunidades *personalidad jurídica de derecho público,* al establecer el artículo 16 de la Constitución que "pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales". Esto es muy importante para la relación que pueblos y comunidades tengan con los gobiernos federal, estatal y municipal, así como con terceras personas. Sin esta personalidad jurídica de derecho público se encuentran muy limitados en el ejercicio de su autonomía.

A continuación trascribimos el apartado B del artículo 2o. constitucional, en el cual no se otorgan derechos a favor de los sujetos indígenas (pueblos, comunidades, individuos), sino obligaciones a cargo de las autoridades federales, estatales y municipales a favor de esos sujetos indígenas.

> B. La Federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.
> Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:
>
> I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales deter-

minarán equitativamente las asignaciones presupuéstales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.
II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.
III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechado debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.
IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.
V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.
VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.
VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.
VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.
IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y los procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.
Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquellos tendrán en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Este apartado B ha sido muy cuestionado por aquellos que sostienen que la reforma constitucional está en contra de los intereses de pueblos y comunidades, pues consideran que se cambia "indigenismo por autonomía, tutela por capacidad de decisión"; programas sociales y asistencia pública por libre determinación. Y llevan razón las críticas al decir esto.

Sin embargo, sin restar importancia a los anteriores cuestionamientos, es importante resaltar algunos comentarios de Cossío a este apartado B, pues pueden servirnos para pensar, si es posible utilizar favorablemente a los intereses autonómicos de pueblos y comunidades, las obligaciones que tienen para con los indígenas los distintos ámbitos de gobierno, a pesar de su carácter asistencial. Así Cossío destaca que, contrario a otros reconocimientos de derechos en la Constitución como "derechos programáticos", esto es como "programas de trabajo a desarrollar por el propio legislador en la medida que las condiciones económicas lo fueran permitiendo", en este caso "no se deja al legislador la determinación de contenidos, y se le impone la realización de acciones concretas", tales como que el Congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y los ayuntamientos deben establecer las partidas específicas destinadas al cumplimiento de obligaciones a favor de los sujetos indígenas, en los presupuestos de egresos que aprueben, "así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas".[69]

La reforma directamente relacionada con la materia indígena se completa con un último párrafo al artículo 115 que dice:

[69] *Cfr.* Cossío, *Los problemas...*, *op. cit.*, pp. 166 y ss.

> Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

Al estar redactada así, se considera que limita el derecho de asociación de las comunidades.

Tenemos también la adición al artículo 18 constitucional, que, sin mencionar a los sujetos indígenas, los beneficia preferentemente, aunque no sólo a ellos:

> Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

X. Rechazo a la Reforma en materia indígena

Los voceros y asesores del EZLN y del Congreso Nacional Indígena han repudiado la Reforma Constitucional por considerarla no sólo insuficiente, sino incluso, en algunos aspectos, contraria a los intereses de los pueblos indígenas. De manera general, la Reforma a la Constitución ha sido rechazada por lo siguiente:

1. Se considera que aunque se establece formalmente el reconocimiento y garantía de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía, está de tal modo normado que se trata de una contrarreforma, en donde lo que se ofrece a los indígenas es "indigenismo" por autonomía, tutela por capacidad de decisión. Programas sociales y asistencia, en lugar de libre determinación.
2. A las comunidades se les designa como "entidades de interés público", en vez de reconocerlas como "entidades de derecho público", quedando así limitadas en sus acciones y haciéndose más difícil la reconstrucción de los pueblos.
3. La sustitución de las nociones de *tierra* y *territorios* por el de "los lugares que habitan u ocupan", *desterritorializa* a pueblos y comunidades y les quita su base material de vida y desarrollo.
4. Se considera que la libre determinación y autonomía queda subordinada a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos locales, de cada entidad federativa, por la remisión de la reforma constitucional, a su reglamentación por leyes estatales.
5. Se limita el derecho de las comunidades a asociarse.
6. Se limita la posibilidad de que los pueblos indígenas adquieran sus propios medios de comunicación.

Se ha impugnado también la *forma*, el *cómo* se procedió a hacer esta legislación para los pueblos indígenas, sin consultarlos como parte interesada, como "pueblos interesados", violándose el artículo 6, 1 a) del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que manda que, en aplicación del propio Convenio que reconoce derechos de los pueblos indígenas, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El rechazo que han hecho los pueblos indígenas a la reforma constitucional, los llevó a emprender acciones políticas y jurídicas. Las segundas consistieron en amparos ante jueces de distrito y controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia; estos recursos legales fueron declarados improcedentes por el Poder Judicial Federal.

XI. Cierre

La larga marcha de pueblos y comunidades indígenas mexicanos, por el reconocimiento de su dignidad y sus derechos, continúa.

Después de la Reforma Constitucional emitida por el Congreso de la Unión actuando como órgano revisor de la Constitución y de la confirmación implícita de la Reforma por la Suprema Corte de Justicia, los pueblos indígenas mexicanos no se han dado por vencidos. Dos hechos lo demuestran: uno, el ejercicio de la autonomía en los hechos; y dos, el reconocimiento de los Acuerdos de San Andrés como su ley suprema.

Existen varias experiencias de ejercicio de autonomía, de las cuales destacan los municipios autónomos de las comunidades zapatistas[70]

[70] *Cfr.* Gloria Muñoz Ramírez, "EZLN: 20 y 10 el fuego y la palabra", Revista *Rebeldía* y Jornada Ediciones, México, 2003.

y el sistema de seguridad, administración de justicia y reeducación de La Montaña y Costa Chica de Guerrero.[71]

Por lo que ve a la vigencia, en pueblos y comunidades indígenas, de los Acuerdos de San Andrés, lo hemos tratado ya en otro trabajo.[72] Para confirmar lo sostenido en ese lugar, damos noticia del *Manifiesto de Ostula*, sin duda el documento más importante producido en 2009 por la lucha de los pueblos indígenas mexicanos. El *Manifiesto de Ostula* es fruto de la XXV Asamblea plenaria del Congreso Nacional Indígena, Región Centro-Pacífico, realizada en el territorio indígena de la costa Nahua de Michoacán; fue dado el 14 de junio de 2009 en la comunidad de Santa María de Ostula, Aquila; los y las representantes de los pueblos Nahua, Wixárika, Purepecha, Binniza, Hñahñuu, Coca, Tzeltal, Ñu Sabi y Rarámuri, expresaron:

> Reafirmamos nuestro reconocimiento a los Acuerdos de San Andrés, como Ley Suprema y Constitución de los Pueblos Indígenas de México.[73]

[71] *Cfr.* Jesús Antonio de la Torre Rangel, "Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde el sistema comunitario de La Montaña y Costa Chica de Guerrero", en *Pluralismo Jurídico*, J. A. de la Torre (coord.), Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007, pp. 263-292; y Medardo Reyes Salinas y Homero Castro Guzmán (coords.), *Sistema de Seguridad de Impartición de Justicia comunitaria Costa Montaña de Guerrero*, Plaza y Valdés, México, 2008.

[72] *Cfr.* Jesús Antonio de la Torre Rangel, "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 30, Escuela Libre de Derecho, México, 2006, pp. 537-577.

[73] *Manifiesto de Ostula*, en *Rebeldía*, núm. 66, 2009, pp. 46-48.

DERECHO Y SEGURIDAD NACIONAL EN MÉXICO

José Julián DOMÍNGUEZ ARROYO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación jurídica al concepto de seguridad nacional*. III. *Funciones de la seguridad nacional en el derecho mexicano*. IV. *Seguridad nacional y seguridad pública: elementos para un análisis jurídico*. V. *Estado de Derecho y control sobre la inteligencia para la seguridad nacional en México*.

I. INTRODUCCIÓN

Derecho y seguridad nacional son expresiones que comparten las dificultades propias del lenguaje natural.[1] Ello responde a la pluralidad de significados que pueden enunciar –ambigüedad–; a la indeterminación de su campo de aplicación –vaguedad–; y a la reacción que pueden generar frente a auditorios específicos –emotividad–. Lo anterior ha provocado un desacuerdo conceptual acerca del objeto que describe cada una de esas expresiones. Se trata, pues, de un verdadero problema de definición.[2]

Ambos casos son ejemplos de conceptos controvertidos, susceptibles de adoptar los más diversos sentidos, en función del contexto –temporal, político, ideológico– en el que sean empleados. Son

[1] Es el lenguaje hablado o escrito para propósitos generales y ordinarios de comunicación; se distingue de los lenguajes formalizados –propios, por ejemplo, de la lógica simbólica y del pensamiento matemático–, que se caracterizan por su precisión, esto es, por la ausencia de problemas de ambigüedad, de vaguedad y de emotividad.

[2] Eliminar ambigüedades, reducir la vaguedad de las expresiones lingüísticas e influir en las actitudes o emociones de los destinatarios de dichas expresiones, constituyen justamente tres de los propósitos básicos de las definiciones. *Cfr.* Copi, Irving M., *Introducción a la lógica,* Buenos Aires, Eudeba, 1999, pp. 124-128.

expresiones, pues, que carecen de una significación universalmente válida. El desacuerdo conceptual responde entonces a los diferentes contextos operativos en los que cada una de dichas expresiones es utilizada. No es igual, por ejemplo, describir la seguridad nacional en un entorno de guerra fría que en uno de guerra contra el terrorismo.

Sin ánimo de proveer soluciones al problema de la definición de seguridad nacional, importa señalar, sin embargo, que en el país existe un consenso legal básico en torno al significado de esa expresión. En efecto, el Legislador mexicano estipuló en el artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional (LSN), en vigor desde febrero de 2005,[3] una noción operativa que le proporciona a esa expresión un umbral de significado.

Más allá de la pertinencia de analizar el acierto o no de la definición legal de seguridad nacional –tarea que supera el objeto de este estudio–, lo cierto es que en México existe una definición formalmente válida, obligatoria desde el punto de vista jurídico. Se trata de una aportación fundamental del derecho mexicano, que le provee a la seguridad nacional de una definición instrumental y operativa que permite procesarla en la práctica.[4]

La regulación de la seguridad nacional en México no es patrimonio exclusivo de la ley especial de la materia. Existen en el orden jurídico nacional diversas disposiciones que prevén funciones jurídicas específicas sobre el particular. La existencia de una definición normativa en la materia contribuye a dar claridad y operatividad a dichas funciones jurídicas, al menos desde un punto de vista aproximativo, pues, como se verá, la definición contenida en la LSN limita su ámbito material de validez normativa a ese ordenamiento jurídico.

Resulta igualmente relevante analizar las nociones de seguridad pública y de seguridad nacional a la luz de consideraciones estrictamente jurídicas. Para ello se analizarán las normas constitucionales y legales que regulan el ejercicio de esas funciones del Estado, a fin de identificar los elementos conceptuales que las caracterizan, que permiten delimitar la frontera entre ambas y definir sus puntos de contacto. Dicho análisis jurídico tendrá un propósito eminentemente práctico, pues de él se desprenderá la identificación de la inteligencia como uno de los principales instrumentos de actuación de la seguridad nacional.

Finalmente, se abordará el instrumento de la inteligencia para la seguridad nacional en el entorno de un Estado de Derecho. Ello permitirá entender el alcance del principio de legalidad como base de legitimidad en la materia[5] e identificar los controles jurídicos y democráticos establecidos por la Constitución y por la legislación mexicana al ejercicio de las atribuciones del Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN) y de otras instancias de seguridad nacional. De lo anterior será posible concebir que la misión de los servicios de inteligencia y de seguridad en un Estado democrático de derecho, se encuentra estrechamente vinculada con el mantenimiento de la constitucionalidad del Estado, es decir, con la vigencia de los derechos fundamentales y con la funcionalidad de los poderes y de las instituciones públicas.

II. Aproximación jurídica al concepto de seguridad nacional

La regulación especializada de la seguridad nacional y de sus instrumentos de actuación en México constituye un evento reciente.[6] Hasta

[3] La LSN vigente tiene su origen en la iniciativa presentada por los entonces senadores Enrique Jackson Ramírez y Antonio García Torres durante la LIX Legislatura, en la sesión de fecha 30 de octubre de 2003; fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005.

[4] "La seguridad es un valor fundante. Forma parte de los cimientos de la edificación del Estado de Derecho democrático. La seguridad instalada en las instancias de la filosofía política ha exigido al derecho –a través de las normas– la provisión de definiciones instrumentales y operativas para llegar al terreno de la praxis y de la eficacia". Parejo Alfonso, Luciano y Roberto Dromi, *Seguridad pública y derecho administrativo,* Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 9.

[5] "El Estado de Derecho es un elemento fundamental e indispensable de la democracia. Los servicios de seguridad y de inteligencia sólo pueden considerarse legítimos si son establecidos por ley y sus poderes provienen del régimen legal". Born, Hans e Ian Leigh, *Hacia un control democrático de las actividades de inteligencia: estándares legales y métodos de supervisión*, Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas y Comité de Supervisión de Inteligencia del Parlamento Noruego, traducción a cargo de la Comisión Bicameral de Fiscalización de los organismos y actividades de inteligencia de Argentina, 2005, p. 18.

[6] En Estados Unidos, por ejemplo, la primera regulación especializada en materia de seguridad nacional (*National Security Act*) se expidió al término de la Segunda Guerra Mundial, el 26 de julio de 1947. En otros países, sin embargo, la regulación es mucho más reciente. Es el caso de Argentina, cuya Ley de Inteligencia Nacional fue promulgada el 3 de diciembre de 2001; de España, cuya Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia es

antes de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de abril de 2004, que otorga facultades expresas al Congreso de la Unión para legislarla, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones (artículo 73, fracción XXXIX-M), y al Presidente de la República para preservarla (artículo 89, fracción VI),[7] no existían las bases constitucionales para expedir una legislación federal especial.[8]

Antes de la reforma constitucional en comento la regulación de la seguridad nacional se encontraba, tal y como se describirá en el apartado siguiente, dispersa en diversos ordenamientos jurídicos. En todo caso, se trataba de una regulación difusa, relativa a una pluralidad de materias y propósitos que asignaban también funciones diversas a la invocación de la seguridad nacional.

En ninguno de los casos se proveía una definición de seguridad nacional que diera elementos conceptuales para hacer operativas las funciones que le asignaban las normas del orden jurídico nacional. La única excepción, sólo aplicable para los efectos de ese ordenamiento jurídico, era la definición de seguridad nacional contemplada en el artículo 3, fracción XII de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG).[9]

La necesidad de dar significado jurídico a la seguridad nacional aparece como una de las principales motivaciones manifestadas por los autores de las iniciativas de reforma constitucional y de LSN. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma

del 6 de mayo de 2002; y de Colombia, cuya Ley 1288 (de Inteligencia y Contrainteligencia) fue publicada apenas el 5 de marzo de 2009.

[7] Dicha reforma constitucional tuvo como origen la iniciativa presentada por el entonces diputado Omar Fayad Meneses, durante la LVIII Legislatura, en la sesión de fecha 8 de noviembre de 2001; fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de abril de 2004.

[8] A pesar de la ausencia de un marco regulatorio especial en la materia lo cierto es que en la literatura nacional ya existía el planteamiento de regular las actividades de inteligencia para la seguridad nacional. *Cfr.* Alegre Rabiela, Alejandro, "Hacia una Ley de Inteligencia para la seguridad nacional" en *Revista de Administración Pública,* México, INAP, núm. 101, agosto de 1999, pp. 1-4.

[9] La LFTAIPG fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 de junio de 2002. En su artículo 3, fracción XII se define a la seguridad nacional como las "acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la federación, orientadas al bienestar general de la sociedad, que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional".

a los artículos 73 y 89 constitucionales, presentada el día 8 de noviembre de 2001, se decía que "la ausencia de un concepto definido y de una adecuada y suficiente legislación y de un marco normativo en esta materia amplia, abre la posibilidad de que se presente un alto grado de riesgo y un alto grado de discrecionalidad..."[10]

Similar preocupación estaba presente en la exposición de motivos de la iniciativa de la nueva LSN, de fecha 30 de octubre de 2003:

> En el artículo 3 la iniciativa de ley introduce un concepto de seguridad nacional. Su inclusión obedece a la necesidad de contar con parámetros objetivos para delimitar la materia de seguridad nacional, a fin de otorgar seguridad jurídica a los particulares y, a la vez, eficacia y claridad a la autoridad. Aun cuando el concepto es ambicioso en su esencia, la definición de lo que es materia de seguridad nacional se impone como una de las piedras angulares de la iniciativa de ley, más con el afán de otorgar una base sólida y concreta de apoyo al esquema jurídico, con la pretensión de validez universal.[11]

Como resultado de lo anterior, el artículo 3 del texto vigente de la LSN establece que, para efectos de ese ordenamiento jurídico, "...por seguridad nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano...", que contribuyan al cumplimiento de determinados fines.[12] La definición legal descrita constituye una novedad y un esfuerzo encomiables –aun cuando existe ya un antecedente de definición legal en el texto de la LFTAIPG–, por proveer a la expresión seguridad nacional de un marco de referencia semántica que goce de validez normativa, esto es, de obligatoriedad.

[10] *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, Porrúa y Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LIX Legislatura, t. XIV, 2006, p. 553.

[11] *Gaceta del Senado la República*, LIX Legislatura, núm. 18, año 2003, jueves 30 de octubre, p. 4.

[12] "I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país. II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio. III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno. IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. La defensa legítima del Estado mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional. VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes".

La propuesta, sin embargo, tal y como ocurre con cualquier definición operativa a nivel legislativo, no está exenta de problemas jurídicos. En primer lugar destaca, contrario a la "pretensión de validez universal" atribuida por los autores de la iniciativa de LSN al concepto de seguridad nacional en la exposición de motivos, la restricción del campo de aplicación de la definición, pues la ley vigente establece que la definición de seguridad nacional vale únicamente para efectos de ese ordenamiento jurídico. ¿Cuál es entonces el significado que debe atribuirse a la expresión seguridad nacional en las más de treinta leyes federales mexicanas –distintas de la LSN– que contienen dicha mención?

Sobre el particular se advierte que el Titular del Ejecutivo Federal, con fecha 21 de abril de 2009, presentó al Senado de la República una iniciativa de reformas y adiciones a la LSN que, entre sus múltiples propósitos, busca rectificar la autorrestricción en comento. Con tal fin, el artículo quinto transitorio del proyecto de decreto dice que "las referencias hechas a la seguridad nacional y a la seguridad interior en otras leyes administrativas de carácter federal, se entenderán en los términos de las disposiciones previstas en la presente ley". El efecto de esta norma, en caso de aprobarse en sus términos por el Congreso de la Unión, será el de dotar de un significado uniforme a la expresión seguridad nacional, haciéndolo conforme a la definición estipulada por la ley especial en la materia.

Un segundo problema tiene que ver con la forma en la que se describe a la seguridad nacional en la definición legal. Concebir a la seguridad nacional como una serie o un conjunto de "acciones", respecto de las cuales se omite descripción alguna, le imprime una textura abierta, una indeterminación tal que puede generar confusiones al momento de aplicar la definición normativa, pues ésta no ofrece propiedades mínimas de concreción –¿qué clase o qué tipo de acciones deben ser calificadas como de seguridad nacional?–.[13]

[13] Existen opiniones contrarias respecto al tipo de acciones que configuran las propiedades de concreción del concepto normativo de seguridad nacional. Por ejemplo, Carla Huerta considera: "...la Ley de Seguridad Nacional recurre a la enunciación de acciones que pueden ser consideradas como de seguridad nacional (artículo 3o.), y al emitir una lista complementaria de los hechos que pueden legalmente ser calificados como amenazas a la seguridad nacional *sic* (artículo 5o.), pretende cerrar el margen de la discrecionalidad al no incluir algún concepto jurídico indeterminado como podrían ser el de paz o interés públicos". A pesar de lo anterior, la propia autora concluye calificando la definición normativa de seguridad nacional como un concepto jurídico indeterminado en sí mismo: "Considero, finalmente, que es posible sostener que el concepto de interés público subyace al de seguridad nacional en el artículo 3o. de la Ley, lo cual hace a este concepto dos veces indeterminado a pesar de la enumeración de casos que justifican la acción hecha por la *sic* Ley de Seguridad Nacional". Huerta Ochoa, Carla, "El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional", en Cisneros Farías, Germán, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), *Seguridad Pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo,* México, UNAM, 2007, p. 141.

Este último problema no reside propiamente en la vaguedad conceptual, pues todo concepto, en la medida en la que es expresado mediante un lenguaje natural, presenta problemas de indeterminación. La vaguedad, pues, no es por sí misma un defecto normativo. Es más, en el derecho mexicano, el Poder Judicial de la Federación ha admitido la existencia de conceptos jurídicos indeterminados[14] y ha identificado su funcionalidad en el sistema normativo, particularmente cuando dichos conceptos entrañan ejercicios de valoración, por parte de la autoridad administrativa, por los fines que tutelan –la seguridad nacional calificaría justamente como un concepto jurídico indeterminado a la luz de diversos criterios jurisprudenciales–.[15]

[14] "Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer los recursos de reposición o de alzada es de un mes (...) la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (...) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...) La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación". García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 465.

[15] "Conceptos jurídicos indeterminados. La forma de actualizarlos al caso concreto exige un proceso argumentativo que debe reducir la discrecionalidad y las apreciaciones subjetivas, eliminando la arbitrariedad". Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre

Para superar el problema de textura abierta que dificulta hacer determinable la definición normativa de seguridad nacional, esto es, para identificar las propiedades que permitirían concretar el conjunto de "acciones" destinadas a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la iniciativa presidencial de reformas y adiciones a la LSN, presentada el 21 de abril de 2009 al Senado de La República, propone en el artículo 3, fracción I, una nueva definición de seguridad nacional, a saber:

> La condición de integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, que se preserva a través de políticas, acciones, recursos y medios dirigidos a hacer frente a riesgos y amenazas que atenten en contra de los objetivos del proyecto nacional.

A fin de hacer operativa la definición anterior, la propia iniciativa presidencial propone en su artículo 4, párrafo cuarto, una serie de supuestos que configuran los objetivos del proyecto nacional,[16] mis-

decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectiva y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender –intención y propósito del sistema normativo–. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento". Registro núm. 177342. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, septiembre de 2005, p. 1431. Tesis: I.4o.A.59 K. Tesis aislada. Materia(s): Común.

[16] "Los objetivos del proyecto nacional orientarán las políticas, acciones, recursos y medios del Sistema, y comprenderán: I. La preservación de la soberanía e independencia

mos que se identifican con principios consagrados por la Constitución mexicana, identificados por un sector de la teoría constitucional como decisiones políticas fundamentales,[17] esto es, como determinaciones sobre la existencia y la forma de ser del Estado, adoptadas por el Poder Constituyente originario.[18]

nacionales; II. El mantenimiento del orden constitucional y la gobernabilidad democrática, respetando las garantías individuales y los derechos humanos; III. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; IV. La preservación del régimen democrático, republicano, federal y representativo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fundado en el constante mejoramiento y desarrollo económico, social y cultural de la población; V. La defensa legítima del Estado mexicano respecto de otros estados, de otros sujetos de derecho internacional y de agentes no estatales, y VI. Los que determine el Titular del Ejecutivo Federal en el Plan Nacional de Desarrollo conforme a la ley de la materia y al artículo 7 de esta Ley". De alguna manera, el artículo 3 del Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en Materia de Seguridad Nacional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de noviembre de 2006, incorpora ya una noción similar a la de los objetivos del proyecto nacional al establecer que las acciones previstas en el artículo 3 de la LSN constituyen los "intereses permanentes de la seguridad nacional".

[17] "...la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica (...) Estas decisiones políticas fundamentales (...) son más que leyes o normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo (...) y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones (...) su singularidad externa se caracteriza en el hecho de que sólo pueden ser reformadas o suprimidas mediante el procedimiento dificultado de reforma". Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, pp. 47-49.

[18] Sobre el particular, y conforme al proceso legislativo correspondiente, en sesión del 22 de abril de 2010, el Pleno del Senado de la República, como Cámara de origen, aprobó el dictamen a la iniciativa presidencial en mención. No modifica de manera sustancial la propuesta de reforma al concepto de seguridad nacional, ni los supuestos que configuran los objetivos del proyecto nacional; únicamente los vincula en un sólo artículo de la forma siguiente:

"Artículo 3. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

I. Seguridad Nacional: La condición de integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, cuya preservación es una función a cargo del Poder Ejecutivo Federal, a través de políticas, acciones, recursos y medios dirigidos a hacer frente a Riesgos y Amenazas que atenten en contra de:

a. La soberanía e independencia nacionales;

b. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

c. La unidad de las partes integrantes de la federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

d. La preservación del régimen democrático, republicano, federal y representativo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Esta última novedad funda una conexión importante entre la legislación especial en materia de seguridad nacional y la Constitución mexicana. En efecto, la Constitución se asume a sí misma como un proyecto nacional; el artículo 26 constitucional, segundo párrafo, determina claramente que los fines del proyecto nacional contenidos en la Constitución determinarán los objetivos de la planeación.

De lo anterior se desprende que los fines del proyecto nacional contenidos en el texto constitucional califican como objetivos nacionales permanentes. Dichos fines constitucionales –identificados como decisiones políticas fundamentales– constituyen determinaciones sobre la existencia y la forma de ser del Estado mexicano, tales como la aceptación de los principios de soberanía popular, división de poderes y respeto a las garantías individuales y los derechos humanos; la adopción de una forma de Estado federal y de una forma de gobierno republicana, representativa y democrática; entre otros.

A esos fines constitucionales que configuran el proyecto nacional, a esos objetivos nacionales permanentes, deben alinearse, lo dice el artículo 26, segundo párrafo de la ley fundamental, los objetivos de la planeación. Estos últimos calificarían, desde el punto de vista de la teoría de la seguridad nacional, como objetivos nacionales contingentes o variables, respecto de los cuales el Presidente de la República en turno tiene prerrogativas de definición a través del Plan Nacional de Desarrollo.[19]

La viabilidad del proyecto nacional, de los objetivos nacionales permanentes, viene dada por una serie de instrumentos que la Constitución otorga a los poderes públicos a través de facultades específicas. En este sentido, el artículo 25 constitucional, párrafo primero, establece que la Constitución protege la seguridad de individuos, grupos y clases sociales, y que corresponde al Estado mexicano proveer el

e. La defensa legítima del Estado mexicano respecto de otros Estados, de otros sujetos de derecho internacional y de agentes no estatales; y

f. La preservación del territorio nacional y de su población considerando su afectación general por factores de orden ambiental, climático, químico o físico, o bien por acciones que expongan a éstos a siniestros de carácter colectivo".

[19] En el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de mayo de 2007, el Presidente de la República definió como primer objetivo nacional "garantizar la seguridad nacional, salvaguardar la paz, la integridad, la independencia y la soberanía del país, y asegurar la viabilidad del Estado y de la democracia".

pleno ejercicio de la libertad y de la dignidad de esos individuos, grupos y clases sociales, esto es, brindar seguridad.

Dentro de los instrumentos constitucionales con los que cuenta el Estado mexicano para asegurar la viabilidad del proyecto nacional destacan numerosas facultades del Poder Ejecutivo Federal, tales como:

- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, en apego a los lineamientos establecidos por el artículo 89 constitucional, fracción X.
- Habilitar puertos y establecer aduanas marítimas y fronterizas, de conformidad con el artículo 89, fracción XIII de la Constitución mexicana.
- Previa habilitación por parte del Congreso de la Unión, restringir y prohibir importaciones, exportaciones y tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, o la estabilidad de la producción nacional, en los términos de lo establecido por el artículo 131 constitucional, párrafo segundo.
- Previa aprobación del Congreso de la Unión, suspender las garantías individuales en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, de acuerdo con los lineamientos especificados en el artículo 29 constitucional y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano.
- Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89, fracción VII de la Constitución mexicana.
- Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada Permanente para la seguridad interior y la defensa exterior del país, en los términos de lo dispuesto por el artículo 89 constitucional, fracción VI.

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que las definiciones normativas y vigentes de seguridad nacional, tanto la contenida en la

LSN como la estipulada por la LFTAIPG, comparten una aproximación conceptual de corte práctico, pues ambas buscan una finalidad común, esto es, mantener la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano. Hay, pues, una asociación clara entre la seguridad nacional y la seguridad del Estado. Ello, lejos de constituir un problema o un déficit –entendidos como una restricción indebida del concepto–, conlleva en realidad una serie de implicaciones relevantes.

En efecto, si el Estado aparece como el actor protagónico de la seguridad nacional, entonces resulta necesario estipular una noción operativa de Estado. Al efecto, sin ánimo de incurrir en especulaciones teóricas o filosóficas sobre el particular, importa destacar que para la teoría estándar del Estado éste se identifica como una entidad, como una organización social constituida, al menos, por los siguientes tres elementos: población, territorio y gobierno.[20]

Una vez identificados los elementos constitutivos del Estado es posible entonces leer que la finalidad práctica buscada por las definiciones normativas vigentes de seguridad nacional es la de mantener la integridad, la estabilidad y la permanencia de la población, del territorio y del gobierno en México. Ello, indudablemente, da una dimensión mucho mayor a la seguridad nacional de la que aparenta su identificación con la seguridad del Estado –en el caso de que esta última se reduzca, como ocurre frecuentemente, a la integridad, estabilidad y permanencia de uno solo de sus elementos constitutivos: el gobierno–.

De acuerdo con lo anterior, la definición normativa de seguridad nacional en México va más allá de una simple agenda de gobernabilidad y de ejercicio del poder de *imperium* –lo cual podría limitarse al gobierno y al territorio como dos de los elementos constitutivos del Estado–; incorpora también una agenda de desarrollo que se relaciona con el bienestar de la sociedad, esto es, con el desarrollo de la población como elemento humano del Estado. Ese es precisamente el sentido expansivo que la LSN atribuye a la seguridad nacional, en sus artículos 3, fracción VI y 4, al establecer como uno de sus fines posibles la preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico, social y político de los habitantes del país, y al estipular

[20] *Cfr.* Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Facultad de Derecho, UNAM y Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 21-28.

como uno de los principios de la seguridad nacional la protección a la persona humana.

III. Funciones de la seguridad nacional en el derecho mexicano

En el derecho mexicano se emplea la expresión "seguridad nacional", "seguridad de la nación" y otras menciones equivalentes en más de treinta leyes federales distintas de la LSN. Diversos tratados internacionales y actos administrativos de carácter general contienen disposiciones relacionadas con dichas expresiones. Los ordenamientos jurídicos referidos regulan materias distintas y variadas.

La pluralidad de funciones asignadas por los diversos ordenamientos jurídicos a la expresión seguridad nacional, responde a la vocación multidisciplinaria y transversal de la materia. En todo caso, dichas funciones activan herramientas e instrumentos importantes que contribuyen a preservarla con bases de legalidad. Como lo ha señalado con razón en Estados Unidos el juez James E. Baker: en derecho, la invocación de la expresión seguridad nacional conlleva importantes efectos jurídicos tanto a nivel sustantivo como procesal, que proveen de diversas herramientas e instrumentos legales al Poder Ejecutivo Federal.[21]

A pesar de la dispersión normativa que prevalece en México respecto a la invocación de la seguridad nacional, es posible identificar ciertas funciones jurídicas, atendiendo al criterio de sus efectos o resultados, y agruparlas en las siguientes categorías: seguridad nacional como justificación para el ejercicio de poderes especiales; seguridad nacional como justificación para sancionar conductas y para determinar consecuencias jurídicas desfavorables; seguridad nacional como cláusula de excepción al cumplimiento de regímenes generales; seguridad nacional como justificación para restringir el

[21] "There is no more important assertion of policy validation than an assertion of national security. Within the law, invocation of the phrase carries important substantive and procedural implications (…) Invocation of national security also increases the statutory instruments available to the president. National security is the substantive threshold for many, if not most, of the statutorily authorized national security tools". Baker, James E., *In the common defense: National Security Law for Perilous Times*, Cambridge University Press, 2007, p. 13.

ejercicio de derechos; y, finalmente, seguridad nacional como criterio de valoración y calificación de actividades estratégicas y prioritarias. A continuación se desarrollará el análisis de cada una de las categorías funcionales identificadas:

1. Seguridad nacional como justificación para el ejercicio de poderes especiales

Algunas disposiciones jurídicas asignan a la seguridad nacional la función de autorizar la procedencia de poderes especiales al gobierno federal para enfrentar y responder a amenazas, riesgos o algún otro tipo de antagonismo para la integridad, estabilidad o permanencia del Estado mexicano. Por poderes especiales, para efectos de esta categoría, se entiende el ejercicio de potestades intrusivas por parte de la autoridad, cuya afectación a los derechos humanos o fundamentales es procedente con carácter extraordinario por el orden jurídico.

El artículo 19, fracción I, de la LSN otorga al CISEN la atribución de operar tareas de inteligencia.[22] Para la operación de dichas tareas, siempre que se esté frente a alguno de los supuestos de amenaza previstos en el artículo 5 de la LSN, los artículos 33, 34 y 35 de la propia ley, autorizan al CISEN para hacer uso de información anónima y para solicitar a la autoridad judicial federal la intervención de comunicaciones privadas, esto es, la toma, escucha, monitoreo, grabación o registro de esas comunicaciones.[23]

Se trata de una autorización extraordinaria, de un poder especial que únicamente puede ejercerse en los casos y bajo las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico. Lo extraordinario de la medida deriva de lo dispuesto en el artículo 16, párrafos décimo segundo y décimo tercero, de la Constitución mexicana, precepto que tutela el derecho a la privacidad de las comunicaciones y que establece su

[22] La inteligencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 29 de la LSN, es el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información para la toma de decisiones en materia de seguridad nacional.

[23] Es importante advertir que la autorización judicial para intervenir comunicaciones privadas puede también incluir la habilitación para que el CISEN pueda instalar o remover cualquier instrumento o medio de intervención, en aquellos casos en los que el órgano de inteligencia por sí, sin el apoyo de concesionarios de telecomunicaciones, realice la intervención. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por los artículos 40, fracción IV, y 41, párrafo primero, de la LSN.

inviolabilidad, salvo que la intervención sea autorizada por la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley, el CISEN.[24]

Al tratarse de una excepción al principio constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el poder especial conferido al CISEN es de aplicación estricta.[25] De ahí que, en los términos de lo establecido en el artículo 35 de la LSN, la autorización para intervenir comunicaciones privadas únicamente proceda en alguno de los supuestos de amenaza, previstos en el listado cerrado *–numerus clausus–* que contiene el artículo 5 de la misma ley.

Otro ejemplo de medidas intrusivas se refiere a figuras de derecho administrativo que autorizan al Estado, de manera extraordinaria, la adquisición de la propiedad o el dominio, de manera transitoria y previa indemnización, sobre determinados bienes en poder de particulares, con el fin de mantener la continuidad en la prestación de servicios públicos, así como de emplear al personal al servicio de la empresa –pública o privada– de que se trate para los mismos propósitos.

Es el caso de la requisa[26] de instalaciones y de personal por causas de seguridad nacional prevista en diversas leyes administrativas sectoriales, a saber: Ley de Aeropuertos (artículo 77), Ley de Aviación Civil (artículo 83), Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (ar-

[24] En materia de seguridad nacional únicamente el CISEN está facultado para solicitar a la autoridad judicial federal la intervención de comunicaciones privadas. Existen otras autoridades federales facultadas para intervenir comunicaciones privadas, por motivos distintos a la seguridad nacional: la Procuraduría General de la República y la Policía Federal. La primera con motivo de investigaciones sobre delincuencia organizada, en los términos de lo previsto por el artículo 16 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y de investigaciones sobre la comisión de delitos graves, en los términos de lo dispuesto por el artículo 278 Ter del Código Federal de Procedimientos Penales. La segunda con motivo de la operación de tareas de inteligencia preventiva de conformidad con lo señalado en los artículos 8, fracción XXIX, y 48 de la Ley de la Policía Federal.

[25] Sobre el particular es preciso advertir que el artículo 11 del Código Civil federal determina que las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

[26] "La requisa, *lato sensu*, es el acto administrativo por medio del cual el Estado, basado en ley y mediante indemnización, priva a un particular de la propiedad o del goce temporal de un bien, sea mueble o inmueble, o lo obliga a prestar un servicio personal, originado por situaciones urgentes, apremiantes o peligrosas, con el objeto de satisfacer necesidades de interés general". Hamdán Amad, Fauzi, *Ensayos jurídicos de derecho constitucional y administrativo*, México, Senado de la República, LVIII Legislatura, 2002, p. 119.

tículo 62), Ley Federal de Telecomunicaciones (artículo 66), y Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (artículo 56).

En todos esos casos el legislador autoriza a las autoridades administrativas a requisar las instalaciones y el personal adscrito a las empresas que prestan servicios públicos o de interés general, a fin de evitar la suspensión o interrupción del servicio. Los supuestos que autorizan la ejecución del acto administrativo en comento denotan situaciones extraordinarias, tienen que ver con peligros inminentes para la seguridad nacional, tales como desastres naturales, graves alteraciones del orden público o un estado de guerra.

2. Seguridad nacional como justificación para sancionar conductas y para determinar consecuencias jurídicas desfavorables

Existen otras disposiciones jurídicas que sancionan desde el punto de vista penal o administrativo determinadas conductas que atentan contra la seguridad de la nación. En el primer caso el Código Penal Federal (CPF) sanciona como delitos contra la seguridad nacional diversas conductas tipificadas bajo las siguientes figuras: Traición a la patria (artículos 123 a 126), Espionaje (artículos 127 a 129), Sedición (artículo 130), Motín (artículo 131), Rebelión (artículos 132 a 138), Terrorismo (artículos 139 a 139 ter), Sabotaje (artículo 140), y Conspiración (artículo 141).

Las conductas tipificadas en los delitos enunciados constituyen también –con excepción de la sedición, el motín y la rebelión– amenazas a la seguridad nacional, en los términos de lo dispuesto por el artículo 5, fracciones I y XII de la LSN. Sobre el particular, es preciso señalar que no es necesario que se configure el delito para que exista la amenaza a la seguridad nacional,[27] pues en el primer caso se requiere el cumplimiento de determinados requisitos –adecuación de

[27] "...es necesario establecer una difícil distinción entre una amenaza a la seguridad nacional y un hecho delictivo. Para muchos países, el crimen organizado y el tráfico de drogas y de individuos representan graves males sociales y económicos, pero no amenazan la estabilidad o la supervivencia del aparato gubernamental. En un puñado de países, en particular en ciertas democracias en transición, estas cuestiones sí pueden escalar hasta llegar a ese grado de amenaza, por lo que pueden justificadamente considerarse como amenazas a la seguridad nacional". *Op. cit.*, Born, Hans e Ian Leigh, p. 31.

la conducta a un tipo penal específico, así como exigencia probatoria de la comisión delictiva y de la probable comisión o participación del indiciado–,[28] mientras que para la actualización de una amenaza basta con que aparezca un acto tendente a consumar la conducta que se describe en el tipo penal, esto en el caso de que la amenaza sea también calificada como un delito por la ley penal.[29]

Otro delito previsto en el CPF que constituye una conducta que atenta contra la seguridad nacional, en la medida que es susceptible de afectar a un sector de la población del Estado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 149 bis del propio CPF y 5, fracción I de la LSN, es el de genocidio. Dicho delito se califica en el CPF como un delito contra la humanidad porque puede tener como resultado la destrucción de grupos de personas por razones de carácter étnico, racial o religioso.

Además de los delitos previstos en el CPF, existen otras disposiciones jurídicas que sancionan penalmente conductas que atentan contra la seguridad nacional. Las actividades reguladas y prohibidas por La Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas (LAQ), publicada recientemente en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de junio de 2009, constituyen también conductas lesivas de la seguridad nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1o., párrafo tercero de dicha ley.

Los artículos 48 a 51 de la LAQ tipifican como delitos diversas conductas relacionadas con transferencias de sustancias químicas de uso dual reguladas por la propia ley. Se trata de conductas que configuran delitos que atentan contra la seguridad de la nación y que actualizan también amenazas a la seguridad nacional, consistentes en el tráfico ilegal de armas químicas de destrucción en masa, en los términos de lo señalado en el artículo 5, fracción VIII, de la LSN.

[28] El artículo 16 constitucional, párrafo tercero, establece como requisitos para que un juez libre una orden de aprehensión, la existencia de una denuncia o querella sobre un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de la libertad y que obren datos que acrediten la comisión del hecho y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

[29] Aunque la LSN no define los términos espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria ni genocidio, es posible acudir supletoriamente, en los términos de lo dispuesto por el artículo 8, fracción IV, de la LSN, a las conductas descritas en los artículos aplicables del CPF.

Desde el punto de vista del derecho administrativo sancionatorio existen también diversas disposiciones jurídicas que sancionan conductas contrarias a la seguridad nacional. Es el caso, por ejemplo, de las atribuciones a cargo de la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, previstas en los artículos 38 y 126 de la Ley General de Población, según las cuales puede suspenderse o prohibirse la admisión de extranjeros cuando lo determine el interés nacional, así como expulsar a extranjeros definitivamente del país cuando incurran en cualquiera de las hipótesis descritas en el artículo 125 de dicha ley, siempre que con la comisión de esas conductas se atente en contra de la seguridad nacional.

Existen otras disposiciones jurídicas, contenidas en leyes administrativas sectoriales, que prevén otro tipo de consecuencias jurídicas, que aunque no constituyen sanciones administrativas en sentido estricto, sí conllevan consecuencias jurídicas desfavorables para los particulares. Es el caso, por ejemplo, de la negación de concesiones, por afectaciones a la seguridad nacional, para la explotación de bienes del dominio directo de la nación, en los términos de lo dispuesto por el artículo 17, fracción V, de la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN); del rescate de concesiones por razones de seguridad nacional, previsto en los artículos 19 de la LGBN y 23, fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y de la extinción de concesiones sobre inmuebles federales por causas de seguridad nacional, de conformidad con el artículo 74, fracción VI, de la propia LGBN.

Otro caso dentro del mismo sector, relativo a consecuencias jurídicas desfavorables para los particulares, es el previsto en el artículo 30 de la Ley de Inversión Extranjera, que otorga atribuciones a la Comisión de Inversiones Extranjeras para impedir adquisiciones –en un porcentaje mayor al 49%– por parte de la inversión extranjera, por razones de seguridad nacional, en cualquiera de las actividades económicas y sociedades con regulación específica previstas en los artículos 8 y 9 de esa ley.

3. Seguridad nacional como cláusula de excepción al cumplimiento de regímenes generales

La legislación federal establece diversas cláusulas de excepción al cumplimiento de regímenes generales por causas de seguridad nacional. En materia de contrataciones públicas, por ejemplo, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en su artículo 41, fracción IV, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 42, fracción IV, establecen como excepción al principio general de licitación pública consagrado en el artículo 134 constitucional, párrafo tercero, los procedimientos de invitación restringida o de adjudicación directa cuando dichas contrataciones sean necesarias para garantizar la seguridad nacional.

Otro caso de excepción al cumplimiento de regímenes generales se presenta en materia presupuestaria. Al efecto, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en su artículo 49, párrafo tercero, determina que el ejercicio de los gastos de seguridad nacional, esto es, las erogaciones destinadas a los programas que realizan las dependencias en cumplimiento de funciones oficiales estratégicas, se sujetarán a reglas específicas, distintas a las previstas para el régimen general del ejercicio del gasto, sin perjuicio de su fiscalización por la Auditoría Superior de la Federación.[30]

Cabe destacar como otro caso de excepción al cumplimiento de regímenes generales el relativo a la materia de servicio profesional de carrera en la Administración Pública Federal. Sobre el particular, el artículo 8 de la ley de la materia establece que dicho servicio profesional de carrera no comprenderá al personal del sistema de seguridad nacional. En consecuencia, esos servidores públicos serán de libre designación y se regirán por las reglas específicas que les resulten aplicables.[31]

Finalmente, es importante mencionar que la Ley Federal de Derechos, en sus artículos 152, fracción II, 233, fracción VI, 239, párrafo quinto, y 292, párrafo segundo, prevé como supuestos excepcionales la exención del pago de diversos derechos en materia aérea y marítima,

[30] En este caso, la existencia de un régimen de excepción implica la afirmación de un régimen especial o específico, distinto al régimen general de ejercicio de gasto, pues las erogaciones de seguridad nacional no están exentas de requisitos de comprobación ni de controles.

[31] En el caso del CISEN el artículo 20 de la LSN establece que los mecanismos y las reglas para la selección, ingreso, nombramiento, capacitación y profesionalización del personal del Centro se regirán conforme al Estatuto Laboral que expida el Presidente de la República. Dicho Estatuto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 29 de noviembre de 2006.

y por uso de bandas de frecuencia de carácter oficial, por motivos de seguridad nacional.

4. Seguridad nacional como justificación para restringir el ejercicio de derechos

A nivel constitucional la ley fundamental contiene diversas normas que establecen restricciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales por motivos de seguridad nacional. Por ejemplo, el artículo 16, párrafo segundo, consagra que el ejercicio del derecho a la protección de los datos personales puede ser restringido en las leyes por razones de seguridad nacional.

Otro caso se advierte en materia procesal penal. De acuerdo con las recientes reformas constitucionales al sistema de justicia penal,[32] la regla general es que los procesos penales se inician con un auto de sujeción a proceso que permite al imputado enfrentar el juicio en libertad. Dicha regla general encuentra excepciones en el artículo 19 constitucional, párrafo segundo. Una de ellas consiste en que el juez podrá, oficiosamente, ordenar la prisión preventiva en los casos de delitos graves contra la seguridad de la nación.[33]

Una más de las excepciones previstas a nivel constitucional tiene que ver con el principio de publicidad de los procesos penales. De acuerdo con el artículo 20, apartado B, fracción V de la Constitución mexicana, las personas imputadas tienen derecho a ser juzgadas en audiencia pública por un juez o tribunal. Se exceptúan de dicha regla los casos que determine la ley, entre otros motivos, por razones de seguridad nacional.

En el ámbito de los tratados internacionales existen diversos instrumentos suscritos por el Estado mexicano que establecen restricciones al ejercicio pleno de diversos derechos humanos por razones de seguridad nacional. Dichas restricciones están previstas tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto Internacional) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

[32] Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

[33] De acuerdo con el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales son delitos graves contra la seguridad de la nación la traición a la patria, el espionaje, el terrorismo, el terrorismo internacional y el sabotaje.

En ambos casos es importante señalar que las restricciones a los derechos humanos, por razones de seguridad nacional, se aceptan como legítimas si se acredita la siguiente prueba: 1. que dichas restricciones se encuentren expresamente previstas en una ley, es decir, que no podrán estar fundadas en decisiones administrativas sino en normas generales, de conocimiento público, y expedidas con anterioridad a la situación excepcional invocada; y 2. que las restricciones constituyan medidas necesarias o indispensables en una sociedad democrática, o sea, que guarden un principio de proporcionalidad a la situación excepcional invocada.

Sobre la excepcionalidad de la situación invocada, es decir, sobre la razón de seguridad nacional que funde la restricción, y sobre la noción de sociedad democrática, no existe una descripción o definición en los tratados internacionales en comento. A pesar de ello sí existen diversas interpretaciones generadas en el ámbito del derecho internacional sobre lo que debe entenderse por sociedad democrática y por seguridad nacional, aun cuando dichas interpretaciones carezcan de fuerza obligatoria para la comunidad internacional.

Es el caso, por ejemplo, de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional (Principios de Siracusa). Se trata de un documento aprobado en el año de 1984, bajo el patrocinio de diversas organizaciones no gubernamentales de carácter internacional, entre ellas, la Comisión Internacional de Juristas y la Organización Internacional del Trabajo.

De acuerdo con los principios interpretativos de dicho documento (Principios de Siracusa): "si bien no existe un modelo único de sociedad democrática, puede considerarse que una sociedad responde a esta definición cuando reconozca, respete y proteja los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos". Con relación a las restricciones de los derechos humanos por razones de seguridad nacional, los principios interpretativos señalan lo siguiente:

> 19. Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

> 20. No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público.
> 21. No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos.
> 22. La violación sistemática de los derechos humanos socava la seguridad nacional y puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Un Estado que sea responsable de una violación de este tipo no podrá invocar la seguridad nacional para justificar las medidas encaminadas a suprimir la oposición a dicha violación o a imponer prácticas represivas contra su población.

Atentos a lo anterior el Pacto Internacional admite restricciones al libre ejercicio de ciertos derechos humanos por razones de seguridad nacional. Tal es el caso del derecho a la libertad de expresión y del derecho de acceso a la información (artículo 19, párrafo tercero, inciso "a"); del derecho de reunión y asociación (artículos 21 y 22, párrafo segundo); y del derecho al libre tránsito de personas (artículo 12, párrafo tercero).

Por su parte, el Pacto de San José prevé también restricciones al ejercicio de ciertos derechos humanos cuando ello sea necesario para la protección de la seguridad nacional. Al igual que el Pacto Internacional, el Pacto de San José establece restricciones al derecho a la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información (artículo 13, párrafo segundo, inciso "b"); al derecho de reunión y asociación (artículos 15 y 16, párrafo segundo); y al derecho al libre tránsito de personas (artículo 22, párrafo tercero).

A nivel legislativo se advierten también restricciones al ejercicio de derechos. En materia de transparencia y acceso a la información, por ejemplo, el artículo 13, fracción I, de la LFTAIPG restringe el ejercicio del derecho de acceso a la información y el principio de máxima publicidad consagrados en el artículo 6o., párrafo segundo, de la Constitución mexicana, al prever la posibilidad de clasificar como reservada, temporalmente, la información que comprometa la seguridad nacional.

En el mismo sentido, el artículo 33 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo restringe al derecho de los interesados en un procedimiento administrativo para conocer, en cualquier momento,

el estado de su tramitación, cuando los expedientes de dichos procedimientos contengan información sobre seguridad nacional.

Un caso relevante y de aplicación reciente a nivel nacional, con motivo de la epidemia de Influenza humana tipo AH1N1 durante los meses de abril y mayo de 2009, tiene que ver con la materia sanitaria, específicamente por lo que se refiere al derecho de explotar patentes médicas. Sobre el particular, el artículo 77 de la Ley de la Propiedad Industrial establece que por causas de seguridad nacional, entre otras, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial podrá determinar que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública.

La razón que subyace a esta medida extraordinaria consiste en evitar el encarecimiento de la producción, prestación o distribución de medicamentos básicos para la población.[34] Se trata, pues, de una medida de excepción a los derechos de exclusividad para la explotación que concede a su titular la patente de una invención.[35]

5. Seguridad nacional como criterio de valoración y calificación de actividades estratégicas y prioritarias

Por último, importa destacar diversas disposiciones jurídicas que cumplen la función de valorar y calificar determinadas actividades como de atención estratégica y prioritaria.[36] Es el caso de la Ley de Aguas Nacionales, que califica la gestión de los recursos hídricos

[34] Con motivo de la reciente epidemia de Influenza humana tipo AH1N1 el Consejo de Salubridad General declaró, mediante Acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de mayo de 2009, que se trataba de una enfermedad grave de atención prioritaria pero que no se daban las condiciones necesarias para que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial declarara la explotación de patentes médicas mediante la concesión de licencias de utilidad pública.

[35] Según el artículo 25 de la Ley de la Propiedad Industrial una invención patentada confiere a su titular el derecho de explotación exclusiva. Cuando la materia objeto de la patente es un producto, como ocurre en el caso de un medicamento, el derecho de exclusividad conlleva el poder para impedir a otras personas que fabriquen, usen, vendan u ofrezcan en venta o importen el producto patentado, sin su consentimiento.

[36] El carácter estratégico y prioritario del que se habla aquí se refiere únicamente a la importancia que el Legislador atribuye a una actividad específica. No se trata, por tanto, del significado que la Constitución mexicana da a las áreas estratégicas y prioritarias en sus artículos 25, párrafos cuarto y quinto, y 28, párrafo cuarto.

como prioridad y asunto de seguridad nacional (artículos 7, fracción I y 14 bis 5, fracciones I y IX).

La Ley General de Pesca y Acuacultura sustentables declara también, en su artículo 17, fracción I, que el Estado mexicano reconoce que la pesca y la acuacultura son asuntos de seguridad nacional, toda vez que constituyen actividades que fortalecen la soberanía alimentaria y territorial de la nación.

En el mismo sentido, el artículo 2, párrafo primero de la Ley Federal de Telecomunicaciones califica a esa materia como asunto de seguridad nacional, al postular como mandato para el Estado mexicano la protección de la seguridad y la soberanía de la nación en la rectoría que ejerza sobre el sector de las telecomunicaciones.

Finalmente, la LAQ declara en su artículo 1o., párrafo tercero, que las actividades reguladas y prohibidas por dicha ley y por la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y su Destrucción –tratado internacional del que el Estado mexicano es parte–, son también materia de seguridad nacional.

IV. Seguridad nacional y seguridad pública: elementos para un análisis jurídico

Con frecuencia, el ámbito de la seguridad pública se vincula con el de la seguridad nacional. Para quienes no están familiarizados con el ejercicio de dichas funciones del Estado, resulta difícil delimitar claramente las fronteras entre ambas. Nuevamente, la confusión conceptual responde, en la mayoría de los casos, al desconocimiento de las bases jurídicas que ordenan cada una de esas funciones.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 21, párrafo noveno de la Constitución mexicana la seguridad pública es concebida como una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas.

Con mayor detalle, la nueva Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 2009, agrega, en su artículo 2o., que los fines de ésta son: "Salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así

como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo".

De lo anterior se desprende, en primer lugar, que la seguridad pública constituye una función del Estado que le corresponde proveer a todos las esferas de gobierno –federación, estados, Distrito Federal y municipios–. Esto significa que se trata de una facultad constitucional de tipo concurrente, esto es, que ejercen cada una de las esferas de gobierno, en diversos grados y medidas, de acuerdo con la distribución de competencias que determina el Congreso de la Unión mediante una ley general que establece bases de coordinación en la materia, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.[37]

He aquí la primera diferencia entre seguridad pública y seguridad nacional, pues esta última se caracteriza por ser una facultad constitucional de competencia exclusivamente federal. En efecto, el artículo 89, fracción VI, de la Constitución mexicana faculta al Presidente de la República para "preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva". Esto significa que el Poder Ejecutivo Federal, con exclusión de cualquier otra esfera de gobierno, es el único órgano competente para realizar acciones de preservación de la seguridad nacional. Lo anterior, sin embargo, no impide, tal y como lo reconoce la LSN en su artículo 1o., que las autoridades locales colaboren con la Federación en dicha tarea.[38]

La distribución y el ejercicio de las competencias en materia de seguridad pública se articula en torno a un sistema específico. De esta suerte, el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno –a través de conferencias nacionales–[39] confor-

[37] El artículo 73, fracción XXIII de la Constitución mexicana le otorga facultades al Congreso de la Unión "para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal".

[38] Existen convenios de colaboración celebrados entre el gobierno federal, a través de la Secretaría de Gobernación, con las 32 entidades federativas del país, en el marco de lo dispuesto por el artículos 25 y 65 de la LSN.

[39] El artículo 10 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública establece que dicho sistema se integra, entre otras instancias, por las conferencias nacionales de Procuración de Justicia; de secretarios de Seguridad Pública; del Sistema Penitenciario; y

man el Sistema Nacional de Seguridad Pública. La instancia superior de coordinación y definición de políticas públicas en dicho sistema es el Consejo Nacional de Seguridad Pública.

La presidencia del Consejo Nacional de Seguridad Pública recae en el Presidente de la República y sus integrantes son, por parte de la Federación, los secretarios de Gobernación –quien suple al presidente en sus ausencias–, de la Defensa Nacional, de Marina, de Seguridad Pública y el Procurador General de la República; por parte de las entidades federativas, los gobernadores de los estados y el jefe de gobierno del Distrito Federal; y, finalmente, el secretario ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, quien depende directamente del Presidente de la República y representa al órgano operativo del sistema.

En el caso de la seguridad nacional, su sistema[40] se articula por un conjunto de instancias, dependientes todas ellas del Titular del Poder Ejecutivo Federal. Dichas instancias se componen por los integrantes del Consejo de Seguridad Nacional –distinto en integración y funciones al Consejo Nacional de Seguridad Pública–, por el CISEN, y por dependencias y unidades administrativas adscritas a diversas dependencias de la Administración Pública Federal, a las que se les ha reconocido el carácter de instancias de seguridad nacional.[41]

de Seguridad Pública Municipal. En dichas conferencias están representadas autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales.

[40] Aunque la LSN hace referencia a un sistema de seguridad nacional, en su artículo 19, fracción I, en realidad no ofrece una definición de dicho sistema. La definición corre a cargo del Programa para la Seguridad Nacional 2009-2012, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 2009, para el cual "el sistema de seguridad nacional es el conjunto de instancias, políticas, capacidades, procesos e instrumentos que la ley de la materia establece con la misión expresa de preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano, mediante la generación de políticas públicas y la ejecución de acciones coordinadas y dirigidas a hacer frente a los riesgos y amenazas que pueden vulnerar los elementos esenciales que le dan existencia".

[41] Dicho reconocimiento tiene como efecto principal la integración de las bases de datos y sistemas informáticos de las instancias a la Red Nacional de Información prevista en el artículo 27 de la LSN, y su formalización se lleva a cabo a través de la celebración de Bases de Colaboración, cuando se trata de dependencias distintas a la Secretaría de Gobernación –es el caso hasta el momento de las secretarías de Hacienda y Crédito Público, de la Función Pública, de Seguridad Pública, de Comunicaciones y Transportes, y de Relaciones Exteriores–, o de acuerdos administrativos dictados por el secretario de Gobernación cuando se trata de unidades administrativas adscritas a esta última dependencia, tal y como ha

El Consejo de Seguridad Nacional opera como una instancia deliberativa cuya finalidad es asesorar al Presidente de la República en el establecimiento y articulación de la política en la materia. Su presidencia recae en el Titular del Ejecutivo Federal y se integra por los secretarios de Gobernación, quien funge como el Secretario Ejecutivo de dicho Consejo, de la Defensa Nacional, de Marina, de Seguridad Pública, de Hacienda y Crédito Público, de la Función Pública, de Relaciones Exteriores, y de Comunicaciones y Transportes; por el Procurador General de la República y por el director general del CISEN. Este Consejo cuenta con un secretario técnico, quien depende directamente del Presidente de la República.

Importa destacar y distinguir el rol que el sistema de seguridad nacional asigna al secretario de Gobernación, en su carácter de secretario ejecutivo del Consejo de Seguridad Nacional, y al secretario técnico del propio Consejo. El secretario ejecutivo tiene el mandato de promover la coordinación efectiva de acciones para la toma de decisiones, sobre amenazas y riesgos a la seguridad nacional, por parte del Presidente de la República, proceso denominado como "decisión política fundamental", en los términos de lo dispuesto por los artículos 14 de la LSN, 9, fracción I, y 10 del Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en Materia de Seguridad Nacional.

El secretario ejecutivo está facultado para formalizar las acciones de coordinación en materia de seguridad nacional, a través de la suscripción de bases de colaboración con las distintas dependencias de la administración pública federal; también mediante la suscripción de convenios de colaboración con entidades de la administración pública federal, y con autoridades estatales y municipales. Lo anterior, de conformidad con lo señalado en los artículos 14 y 25 de la LSN.

Entre otras atribuciones, con el fin también de coordinar las acciones en materia de seguridad nacional, el artículo 13 del Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en Materia de Seguridad Nacional, dispone que al Secretario Ejecutivo corresponde proponer las medidas necesarias para que la información y la inteligencia generada por las instancias de seguridad nacional no se disperse ni se desarticule. La coordinación de dichas acciones, lo dice el artículo 15

sucedido con los casos del Instituto Nacional de Migración y de la Coordinación General de Protección Civil.

del propio Reglamento, debe darse en los niveles estratégico, táctico y operativo.

Aunque el Reglamento no expresa el significado de esos niveles de coordinación, lo cierto es que éstos –entendidos en realidad como niveles de conflicto– pueden asociarse a su vez con tres niveles de acción que se articulan, siguiendo a Robert Clark,[42] en torno a ciertas actividades y plazos de atención específicos, tal y como se explica en la siguiente tabla:

	Nivel de conflicto/coordinación	*Nivel de acción*	*Actividades*	*Tiempo de ejecución*
1	Estratégico	Prevención	Planeación	Largo plazo
2	Operativo	Disuasión	Ejecución de planes	Mediano/ Corto plazo
3	Táctico	Desactivación	Manejo de crisis	Plazo inmediato

Fuente: Clark, Robert M., *Intelligence analysis: A target-centric approach*, CQ Press, 2007, p. 49.

Con relación al secretario técnico del Consejo de Seguridad Nacional, su responsabilidad central, de acuerdo con lo señalado por los artículos 15 de la LSN, 6 y 9, fracción III, del Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en Materia de Seguridad Nacional, es la de conducir el proceso de promoción de políticas públicas en materia de seguridad nacional, el cual se traduce en la ejecución y seguimiento de los acuerdos adoptados por el Presidente de la República en el seno del Consejo de Seguridad Nacional.

Al efecto, las funciones del secretario técnico son, entre otras, proponer al Consejo políticas de seguridad nacional; proponer el

[42] *Cfr.* Clark, Robert M., *Intelligence analysis: A target-centric approach*, CQ Press, 2007, pp. 48-49.

contenido del Programa para la Seguridad Nacional, y presentarle la Agenda Nacional de Riesgos que elabore el CISEN; y fungir, finalmente, como interlocutor del sistema de seguridad nacional frente a la Comisión Bicamaral del Congreso de la Unión,[43] encargada de evaluar las políticas y acciones en materia de seguridad nacional.

Ambas figuras, la del secretario ejecutivo y la del secretario técnico del Consejo de Seguridad Nacional, guardan semejanza con la del Consejero de Seguridad Nacional[44] en Estados Unidos. Las responsabilidades que en ese país desempeña el Consejero de Seguridad Nacional, tienen que ver, primordialmente, con la formulación y promoción de la agenda política de seguridad nacional, rol asignado al secretario técnico en México; con la administración y el control sobre la efectiva coordinación e interacción de las instancias pertenecientes al sistema de seguridad nacional –rol asignado en este país al secretario ejecutivo–; pero también, con la interlocución que el sistema de seguridad nacional debe mantener con el Poder Legislativo –rol

[43] De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58 de la LSN, el secretario técnico del Consejo de Seguridad Nacional debe presentar a la Comisión Bicamaral informes periódicos sobre las políticas y acciones emprendidas por el sistema de seguridad nacional. Más aún, dicho órgano de control parlamentario está facultado por la LSN para ordenar la comparecencia del secretario técnico, a fin de que explique el contenido de dichos informes. Esto último configura una atribución que va más allá de las facultades de control evaluatorio que el artículo 93 constitucional, párrafo segundo, confiere a los órganos parlamentarios. En efecto, de acuerdo con dicha disposición, únicamente pueden ser convocados o citados a comparecer los secretarios de Estado, el Procurador General de la República, los directores y administradores de las entidades paraestatales, y los titulares de órganos autónomos. El secretario técnico del Consejo de Seguridad Nacional no califica en ninguna de las hipótesis mencionadas, es el mismo caso del director general del CISEN, en su carácter de titular de un órgano administrativo desconcentrado.

[44] En nuestro país existió por un tiempo la figura del Consejero Presidencial de Seguridad Nacional, la cual fue creada por Acuerdo del entonces presidente Vicente Fox Quesada, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 2001. Las funciones principales del Consejero Presidencial de Seguridad Nacional tenían que ver con la formulación y promoción de la agenda política de seguridad nacional, y en poco se relacionaban con funciones operativas de coordinación de acciones para la toma de decisiones. La figura estuvo en vigor únicamente por dos años, pues el artículo tercero transitorio del Acuerdo presidencial por el que se crea el Gabinete de Seguridad Nacional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2003, tuvo por abrogado el Acuerdo que creó al Consejero Presidencial de Seguridad Nacional. Es importante señalar que en el Acuerdo presidencial de 2003 se creó la figura de secretario ejecutivo del Gabinete de Seguridad Nacional, la cual recaía en el director general del CISEN, asignándole funciones más operativas.

también asignado al secretario técnico en México– y con los medios de comunicación masiva.[45]

En segundo lugar, la función de seguridad pública se distingue por sus fines: salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos. En esto también la seguridad pública encuentra diferencias con la seguridad nacional, pues los fines de esta última, en los términos de lo dispuesto por el artículo 3 de la LSN, son mantener la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano.

Se trata no solamente de una diferencia en cuanto a grado, sino en cuanto a sujetos de protección. En el caso de la seguridad pública, los sujetos de protección son las personas consideradas individualmente, en sus libertades, en su integridad física y en sus derechos patrimoniales; en el caso de la seguridad nacional, el sujeto de protección es el Estado mexicano, esto es, la entidad constituida y organizada por población –en colectivo–, territorio y gobierno.

Un tercer elemento de distinción entre las funciones de seguridad pública y de seguridad nacional tiene que ver con los instrumentos o herramientas de actuación de los que se vale cada una de ellas, o más exactamente, con la forma y los propósitos a los cuales sirven dichos instrumentos. La función de seguridad pública se instrumenta a través de la sanción de las infracciones administrativas, de la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como de la reinserción social de los delincuentes. Se trata, en todos estos casos, de herramientas de carácter coactivo, es decir, de instrumentos orientados a que prevalezca el monopolio legítimo del uso de la fuerza en la autoridad estatal.

A esas herramientas coactivas, sin embargo, deben sumarse otros instrumentos de actuación regulados también por otras leyes del

[45] "In general, the National Security Advisor's (NSA) primary roles are to advise the President, advance the President's national security policy agenda, and oversee the effective operation of the interagency system (…) The National Security Advisor also has responsibilities beyond national security affairs that affect the President's domestic standing. This involves the NSA's dealings with Congress and the media. The NSA must work alongside other executive branch officials to build trust with Congress in order to facilitate cooperation between the branches to achieve the administration's national security objectives". Whittaker, Alan G. *et al.*, *The National Security Policy Process: The National Security Council and Interagency System,* Washington, D. C., Industrial College of the Armed Forces, National Defense University, U.S. Department of Defense, 2008, pp. 21-22.

sector de seguridad pública. Así, por ejemplo, la investigación para la prevención de los delitos, dice el artículo 5 de la Ley de la Policía Federal: "es el conjunto sistematizado de acciones y procedimientos encaminados a la planeación, obtención, procesamiento y aprovechamiento de la información, con el propósito exclusivo de evitar la comisión de delitos". Dicha actividad tiene vínculos claros con la operación de tareas de inteligencia, esto es, con la generación de conocimiento para la consecución de fines específicos, en este caso, el de prevenir conductas delictivas. La propia Ley de la Policía Federal otorga atribuciones a ese órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública, en su artículo 8, fracción VI, para generar inteligencia preventiva.

En el caso de la seguridad nacional, los instrumentos de actuación, por el contrario, no incluyen el uso de herramientas coactivas como elemento primario. Ello no significa que el uso de herramientas coactivas sea patrimonio exclusivo de la función de seguridad pública, pues diversas disposiciones jurídicas prevén el recurso de la fuerza como uno más de los instrumentos para preservar la seguridad nacional. Así, por ejemplo, para salvaguardar la seguridad interior y la defensa exterior de la Federación, el Presidente de la República puede disponer de las Fuerzas Armadas –Ejército, Marina y Fuerza Aérea–, en los términos de lo previsto por el propio artículo 89 constitucional, en su fracción VI.[46]

En materia de seguridad nacional, el artículo 73, fracción XXIX-M, de la Constitución mexicana prevé la figura de las "investigaciones" como el principal instrumento de actuación para mantener la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano. En el mismo sentido el artículo 27, fracción XXIX, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, refrenda dicho instrumento al

[46] Precisamente la iniciativa de reformas y adiciones a la LSN presentada por el Presidente de la República al Senado de la República el día 21 de abril de 2009, incluye una nueva regulación para que las Fuerzas Armadas contribuyan a la preservación de la seguridad nacional, mediante su intervención en casos de afectación a la seguridad interior, una suerte de concepto intermedio entre la función de seguridad pública y la de seguridad nacional, en los casos en los que las autoridades policiales competentes sean rebasadas en su capacidad ordinaria de atención a problemas de mantenimiento del orden y la paz públicos. Dicha contribución militar puede ser entendida en el marco de la cláusula de protección o garantía federal que el artículo 119 constitucional, párrafo primero, prevé a favor de los estados en casos de trastorno interior.

determinar que a la Secretaría de Gobernación corresponde, por conducto del CISEN,[47] establecer y operar un sistema de investigación, que contribuya a preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano.

La LSN traduce la operación de dicho sistema de investigación en la ejecución de tareas de inteligencia y de contrainteligencia, entendiendo a las primeras como la generación de productos de conocimiento obtenido a partir de acciones de recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información (artículo 29, LSN); las segundas, como medidas de protección en contra de actos lesivos –contrainteligencia pasiva–, así como acciones orientadas a disuadir o contrarrestar su comisión –contrainteligencia activa– (artículo 32, LSN).

Las operaciones de inteligencia para la seguridad nacional –a cargo del CISEN– a diferencia de las operaciones e inteligencia preventiva –a cargo de la Policía Federal–, se distinguen por sus fines, pues están orientadas a generar conocimiento para que el Presidente de la República tome decisiones para preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano, frente a amenazas y riesgos. Los fines de la inteligencia preventiva, en cambio, son los de generar conocimiento para prevenir la comisión de delitos.

Además del ejercicio de atribuciones en materia de inteligencia y de contrainteligencia –investigaciones en materia de seguridad nacional–, la LSN y el Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en materia de Seguridad Nacional, en sus artículos 7 y 5, respectivamente, enriquecen los instrumentos de actuación de la seguridad nacional con la vertiente de políticas públicas, mismas que se formulan a través del Programa para la Seguridad Nacional y de la Agenda Nacional de Riesgos.[48]

[47] De conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la LSN el CISEN es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con autonomía técnica, operativa y de gasto, adscrito directamente al secretario. La misión del CISEN es la de desarrollar y operar un sistema de inteligencia estratégica para la toma de decisiones del Estado que hagan frente a amenazas y riesgos, a fin de preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado, para que el país y los mexicanos puedan tener acceso al desarrollo en un entorno de seguridad, libertad, justicia y prosperidad.

[48] De acuerdo con lo establecido en el Programa para la Seguridad Nacional 2009-2012, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 2009: "La Agenda Nacional de Riesgos es el documento estratégico que orienta las operaciones del Sistema de Seguridad Nacional a partir de la identificación de los fenómenos que pueden vulnerar los intereses permanentes que tutela, focalizando la atención institucional que el Sistema presta a cada uno de ellos".

La actuación de dichos instrumentos o herramientas de la seguridad nacional –inteligencia y políticas públicas– se lleva a cabo en función de dos nociones operativas clave: amenazas y riesgos. Dicha estructura lógica puede reproducirse con los elementos propios de la definición normativa de seguridad pública. En este caso, las nociones operativas que dan lugar a los instrumentos o herramientas de actuación de la seguridad pública –prevención, investigación, persecución, sanción y reinserción social– son también dos: infracciones administrativas y delitos.

A pesar de la importancia operativa que para la seguridad nacional tienen las nociones de amenaza y riesgo, lo cierto es que no existe hasta ahora una definición de dichas nociones en la LSN. Este ordenamiento jurídico se limita, en el caso de las amenazas, a listar en su artículo 5 una serie de supuestos que configuran justamente el universo de dichas amenazas; en el caso de los riesgos, la ley simplemente deja su definición, en los términos de lo dispuesto por el artículo 7, párrafo segundo, en la órbita de la discrecionalidad administrativa a través de la Agenda Nacional de Riesgos.

De lo anterior se desprende una primera distinción básica entre amenazas y riesgos. Existe una reserva legal sobre las primeras, esto es, únicamente pueden ser definidas en ley –en este caso en el artículo 5 de la LSN– mediante un listado cerrado y limitativo –*numerus clausus*– de supuestos, mientras que los riesgos pueden ser definidos libremente por la autoridad administrativa, en este caso, en un instrumento de política pública denominado Agenda Nacional de Riesgos. La Agenda debe alinearse al Programa para la Seguridad Nacional, es de carácter anual, el CISEN es responsable de su elaboración y el secretario técnico de su presentación al Consejo de Seguridad Nacional; corresponde al Presidente de la República su aprobación, en el seno del Consejo, previo conocimiento y opinión del proyecto de Agenda por parte de la Comisión Bicamaral de seguridad nacional del Congreso de la Unión.

La razón de que el universo de amenazas a la seguridad nacional se contemple limitativamente en la LSN responde a la función jurídica que la propia ley le asigna a esa noción operativa. En efecto, de acuerdo

con lo dispuesto por los artículos 34 y 35 de la LSN, la actualización de cualquiera de los supuestos de amenaza previstos en el artículo 5, otorga al CISEN poderes especiales, pues lo facultan para solicitar a la autoridad judicial federal la intervención de comunicaciones privadas.[49] Al tratarse de una excepción al derecho fundamental de privacidad de las comunicaciones, el Congreso de la Unión decidió restringir los supuestos en los que se considera legítimo transgredir dicho derecho en protección de la seguridad nacional.

No sucede lo mismo en el caso de los riesgos, pues dicha noción, a diferencia de la de amenaza, no conlleva efectos de carácter intrusivo, por lo que se ha decidido conferir facultades discrecionales a la autoridad administrativa para definir anualmente el universo de riesgos a la seguridad nacional en la Agenda Nacional de Riesgos.

Con independencia del análisis anterior es preciso mencionar que el Programa para la Seguridad Nacional 2009-2012 (el Programa) sí contiene definiciones normativas de ambas nociones. Aunque dichas definiciones existen únicamente para efectos del Programa, importa destacar que en los términos de lo dispuesto por el artículo segundo del decreto presidencial de su expedición, el contenido de dicho Programa es obligatorio para todas las dependencias de la administración pública federal, incluidas todas las instancias pertenecientes al sistema de seguridad nacional.

Para el Programa, las amenazas y riesgos son una especie de antagonismos a la seguridad nacional. Las amenazas son concebidas como "...un fenómeno intencional generado por el poder de otro Estado, o por agentes no estatales contemplados en el artículo 5 de la Ley, cuya característica es una voluntad hostil y deliberada que pone en peligro de vulneración particularmente grave a los intereses permanentes tutelados por la seguridad nacional, en parte o en todo el país, y cuestionan la existencia del mismo Estado".

[49] En la iniciativa presidencial de reformas y adiciones a la LSN, la función jurídica de las amenazas desaparece. Todos los supuestos que actualmente se agrupan en el artículo 5 de la LSN vigente como amenazas, pasan a integrar los supuestos de un nuevo artículo 33 para el solo efecto de solicitar a la autoridad judicial la autorización para intervenir comunicaciones privadas. De aprobarse en sus términos dicha iniciativa, la definición no sólo de los riesgos, sino también de las amenazas, quedaría en el ámbito exclusivo de la autoridad administrativa en un documento estratégico que se denominaría "Agenda Nacional de Riesgos y Amenazas", en los términos de lo propuesto en el artículo 3, fracción VII, 7, 13, fracción III, y 19, fracción IV de la iniciativa.

Los riesgos por su parte, de acuerdo con el Programa, se definen de manera negativa o residual respecto a las amenazas, pues son una especie de antagonismo "...que no teniendo el carácter de amenaza conforme a la Ley, implica una condición interna o externa generada por situaciones políticas, económicas, sociales o agentes no estatales, así como por desastres naturales, de origen humano o epidemias, cuya presencia pudiera poner en entredicho el desarrollo nacional".

Para concluir, las diferencias y puntos de contacto que existen entre las funciones de seguridad pública y de seguridad nacional, tal y como se ha explicado en este apartado, y de acuerdo con lo que disponen las bases jurídicas en cada caso, se resumen en la siguiente tabla de la siguiente página.

V. Estado de derecho y control sobre la inteligencia para la seguridad nacional en México

La noción de Estado de Derecho descansa en la idea de los límites al ejercicio del poder. El constitucionalismo, entendido justamente como una técnica de control del poder por la vía del derecho, se erige en el principal baluarte del Estado de Derecho. Dichos límites se materializan en el principio de división de poderes, según el cual, en condiciones ordinarias, las funciones del Estado (ejecutiva, legislativa y judicial) no pueden concentrarse en uno solo de los poderes públicos, así como en el principio de los derechos fundamentales y su garantía, que otorga ciertas prerrogativas a favor de los individuos que imponen al Estado obligaciones específicas, de prestación y de abstención.[50]

De lo anterior se desprende el principio de legalidad como base de articulación de la conducta de los agentes del Estado y de los particulares. Así, para las autoridades, la legalidad se expresa mediante un principio de vinculación positiva según el cual los agentes públicos únicamente pueden hacer aquello que les está expresamente facultado, ordenado o permitido. Para los particulares, en cambio,

[50] El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa como resultado de la Revolución de 1789, establece que "toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".

Función estatal	*Competencia constitucional*	*Instancias de coordinación del Sistema*	*Fines*	*Instrumentos de actuación*		*Nociones operativas*
Seguridad Pública	Concurrente	1. Consejo Nacional de Seguridad Pública. 2. Conferencias Nacionales (de Procuración de Justicia, de Seguridad Pública, del Sistema Penitenciario y de Seguridad Pública Municipal). 3. Secretariado Ejecutivo del Sistema.	Salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos.	Coactivos	No coactivos	1. Infracciones administrativas. 2. Delitos.
				1. Sanción de las infracciones administrativas. 2. Prevención, investigación y persecución de los delitos. 3. Reinserción social de los delincuentes.	Inteligencia preventiva	
Seguridad Nacional	Federal	1. Consejo de Seguridad Nacional. 2. Secretario Ejecutivo del Consejo (Secretario de Gobernación). 3. Secretario Técnico del Consejo CISEN 5. Instancias declaradas por el Consejo.	Preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano.	No coactivos	Coactivos	1. Amenazas. 2. Riesgos.
				1. Inteligencia estratégica. 2. Políticas Públicas.	Disposición de las Fuerzas Armadas	

Fuente: Elaboración propia.

la legalidad se manifiesta en un principio de vinculación negativa para el que los agentes privados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido.

El principio de legalidad se erige entonces en el instrumento que proporciona legitimidad a la actuación de los servicios de inteligencia en un Estado de Derecho, y que facilita la rendición de cuentas en un régimen democrático. Esto último resulta de capital importancia, pues contribuye a desvanecer el falso dilema que existe entre eficacia o legitimidad –o más exactamente legalidad– a propósito del ejercicio de tareas de inteligencia para la seguridad nacional, dada la natural cobertura y confidencialidad que sus actividades exigen para ser exitosas.

De esta suerte, el secreto del conocimiento, de la información, constituye, pues, la primera ventaja competitiva que un servicio de inteligencia debe proveer al Estado frente a sus rivales, sean agentes estatales o no estatales. Ello, sin embargo, no se traduce necesariamente en opacidad, en negación de la rendición de cuentas frente a las instancias democráticas.

El papel del derecho en materia de inteligencia para la seguridad nacional es nada más y nada menos que el de minimizar los dilemas o desarticular los falsos dilemas que rodean a esta materia frente al ejercicio de los valores democráticos –libertad, publicidad, rendición de cuentas–. El derecho importa, tiene una función legitimadora que contribuye a fortalecer los resultados globales del sistema de seguridad nacional mediante la conducción de un proceso de toma de decisiones que, a pesar de su carácter reservado, sea susceptible de resistir cualquier ejercicio de fiscalización. Así, el derecho le es esencial a la seguridad nacional porque permite que exista la seguridad y se proteja al mismo tiempo la libertad mediante la provisión de un proceso y de un marco dentro del cual puede evaluarse la eficacia y la legalidad de la toma de decisiones.[51]

La LSN reconoce el valor de la legalidad al incorporarla justamente en su artículo 4 como uno de los principios operativos de la seguridad nacional. Dicho principio, dice también el artículo 61 de la LSN,

[51] "Law is essential to national security in three ways. Law enables our security. It shields our liberty. And it provides the process and framework within which to evaluate the efficacy and legality of our efforts". *Op. cit.*, Baker, James E., p. 23.

debe orientar la conducta de los servidores públicos pertenecientes a las instancias de seguridad nacional. Concretamente, el artículo 5 del Estatuto Laboral del CISEN obliga a los servidores públicos del órgano de inteligencia a cumplir sus funciones con base en el principio de legalidad.

En México la legalidad, como principio rector de las actividades de inteligencia para la seguridad nacional, se traduce en la existencia de diversos controles sobre el órgano que tiene a su cargo la conducción del proceso de integración de inteligencia estratégica: el CISEN.[52] La LSN dispone dos medios de control específico –uno judicial y el otro legislativo– sobre el ejercicio de las atribuciones del CISEN y de otras instancias de seguridad nacional.[53]

Dichos medios de control se instrumentan con independencia de los controles ordinarios que pesan sobre cualquier autoridad administrativa en México, tales como el que ejerce la Auditoría Superior de la Federación para evaluar los resultados de la gestión financiera y verificar el cumplimiento de objetivos programáticos; el que ejercen la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Poder Judicial de la Federación a través de las quejas y los juicios de amparo, respectivamente, para garantizar el respeto a los derechos humanos y fundamentales; y el que ejerce el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública a través de recursos de revisión para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información y el régimen de transparencia.

[52] De conformidad con el artículo 19, fracción I, de la LSN corresponde al CISEN operar tareas de inteligencia que contribuyan a preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano. Por su parte, los artículos 9, fracción II, 28 y 32, del Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en materia de Seguridad Nacional, confieren al CISEN la atribución de coordinar y conducir las acciones para la integración de inteligencia estratégica –la cual constituye, junto con las políticas públicas, una de las vertientes de la seguridad nacional–, es decir, la planeación, recolección, concentración, integración y valoración de los datos necesarios para la generación de productos de inteligencia que sustenten la toma de decisiones en la materia por parte del Presidente de la República.

[53] La previsión legal de controles especiales sobre las actividades de inteligencia para la seguridad nacional constituye una añeja demanda por parte de un sector de la comunidad de inteligencia mexicana. Desde 1999, el entonces director general del CISEN, Alejandro Alegre Rabiela, manifestaba la conveniencia de instituir en una ley especial mecanismos de colaboración institucional entre el sistema de inteligencia para la seguridad nacional y los poderes Legislativo y Judicial. *Cfr.* Alegre Rabiela, Alejandro, "Hacia una Ley de Inteligencia para la seguridad nacional", en *Revista de Administración Pública*, México, INAP, núm. 101, agosto de 1999, pp. 3-4.

Uno de los controles especiales que la LSN prevé sobre las actividades de inteligencia es el que ejerce el Poder Judicial de la Federación, a través de jueces federales penales especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones.[54] La intervención de comunicaciones privadas constituye un poder especial en la medida en la que opera como una excepción al libre ejercicio del derecho fundamental a la privacidad de las comunicaciones. Por ello, la Constitución mexicana, en su artículo 16, párrafo décimo tercero, autoriza en forma extraordinaria a determinadas autoridades federales –el CISEN en materia de seguridad nacional, la Procuraduría General de la República en materia de delincuencia organizada, y la Policía Federal en materia de inteligencia preventiva–, para solicitar autorización judicial con el fin de intervenir comunicaciones privadas.

Es importante señalar que el producto de las intervenciones en materia de seguridad nacional –las constancias procesales resultantes– carece, en los términos de lo dispuesto por el artículo 35, párrafo segundo de la LSN, de valor probatorio alguno para efectos de procedimientos judiciales o administrativos. Ello, a diferencia de lo que ocurre con las intervenciones de comunicaciones privadas reguladas por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y por el Código Federal de Procedimientos Penales, pues el fin que se persigue en cada caso es distinto: en materia de seguridad nacional lo que se busca es la obtención de conocimiento, la generación de inteligencia para la toma de decisiones; en materia criminal, la finalidad es generar evidencia probatoria dentro de la averiguación previa para acreditar en el proceso los extremos de la acción penal y obtener del juez una sentencia condenatoria. Como resultado de lo anterior el estándar y la exigencia argumentativa en el caso de intervenciones en materia de delincuencia organizada y de la comisión de delitos graves, es mayor a las de seguridad nacional.

La intervención de comunicaciones privadas constituye una de las fuentes de inteligencia de las que puede valerse el CISEN para ejercer

[54] La existencia de dichos jueces está prevista en el Acuerdo General 75/2008 del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2008. La propia LSN, en su artículo séptimo transitorio de su decreto de expedición, delegó en el Poder Judicial de la Federación el poder de determinar los juzgados competentes para conocer las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas en materia de seguridad nacional.

sus atribuciones. Es por ello que se encuentra regulada en el Título Tercero de la LSN denominado "de la inteligencia para la seguridad nacional". El artículo 34, párrafo segundo de la LSN entiende por intervención la toma, escucha, monitoreo, registro o grabación de comunicaciones privadas; se trata de un método o disciplina de recolección de información –cerrada o privada– que califica como una fuente de inteligencia técnica (*Techint*), específicamente de inteligencia de comunicaciones (*Comint*)– .[55]

La LSN, sin embargo, contempla otras fuentes de inteligencia, distintas a la intervención de comunicaciones privadas, a las que puede recurrir el CISEN para ejercer sus atribuciones. En concreto, el artículo 33 de la ley establece que en los casos de amenaza a la seguridad nacional el gobierno federal puede hacer uso de los recursos que legalmente se encuentren a su alcance, incluyendo la información anónima. Con mayor detalle, el artículo 31 de la LSN dice que la autonomía técnica –el CISEN goza de dicha autonomía en los términos de lo dispuesto por el artículo 18 de la propia ley– orienta el ejercicio de las atribuciones propias de la producción de inteligencia y comprende la libertad para usar cualquier método de recolección de información, sin afectar en ningún caso las garantías individuales ni los derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior se otorgan facultades –implícitas– en la ley al CISEN para emplear fuentes de inteligencia humana (*Humint*) y fuentes de inteligencia abierta (*Osint*).[56] Las primeras se refieren a

[55] La inteligencia de comunicaciones –*Comino*– es una fuente de inteligencia referida a la intercepción de comunicaciones, por medios técnicos, entre dos partes. Se trata de una subdisciplina de la inteligencia de señales –*Sigint*–, entendida como un método de recolección de información a través de ondas electromagnéticas. *Cfr.* Shulsky, Abraham L., *Silent warfare: understanding the world of intelligence*, Brassey's (US), 1993, pp. 11, 22 y 28 a 32.

[56] En la iniciativa presidencial de reformas y adiciones a la LSN, presentada al Senado de la República el 21 de abril de 2009, se propone dar atribuciones explícitas al CISEN en materia de recolección de información. Así, por ejemplo, el artículo 19, fracción XV, le otorga atribuciones para "constituir personas morales de derecho privado y recurrir al uso de información anónima y a la colaboración de terceros para la operación de tareas de inteligencia". En el mismo sentido, el artículo 32 bis de la iniciativa prevé que el Centro realice operaciones de infiltración bajo cobertura, tal y como hoy día lo admite el artículo 11 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Sobre el particular, dicho precepto preconstituye una excluyente del delito para los servidores públicos del Centro que realicen esas operaciones, siempre que éstos actúen en cumplimiento de un deber jurídico y conforme a los protocolos y las normas aplicables.

métodos de recolección de información –cerrada o privada– a través de oficiales de inteligencia –personas bajo cobertura oficial o no oficial– y de información anónima; las segundas comprenden métodos de recolección de información –abierta o pública– a través de publicaciones o estudios –periódicos, libros, revistas y publicaciones especializadas–, medios de comunicación masiva –televisión, radio, Internet–, y reportes diplomáticos.[57]

Es importante señalar que en los casos descritos, a diferencia de lo que ocurre con la intervención de comunicaciones privadas, la LSN no prevé un control judicial especializado, sino que únicamente exige como restricción para el empleo de dichas fuentes de inteligencia, como se ha dicho anteriormente, que en ningún caso se afecten las garantías individuales ni los derechos humanos, artículo 31 de la LSN.[58]

Por otra parte, la LSN establece otro control especial sobre las actividades de inteligencia, en particular sobre el ejercicio de las atribuciones del CISEN y de otras instancias de seguridad nacional; se trata del control legislativo a cargo de la Comisión Bicamaral de seguridad nacional. Dicha Comisión, dice el artículo 56 de la LSN, debe integrarse por tres senadores y por tres diputados al Congreso de la Unión, y estará presidida de manera rotativa y alternada por un senador y por un diputado.

De acuerdo con las mejores prácticas y estándares legales a nivel internacional la fiscalización parlamentaria constituye un ingrediente esencial del control democrático sobre los servicios de inteligencia en un Estado de Derecho. Dicha fiscalización va más allá de la mera función legislativa, esto es, de la creación de normas jurídicas generales y abstractas que regulen los principios sustantivos y los procedimientos en la materia; se extiende al ejercicio de otras atribuciones de control sobre la ejecución de acciones en materia de inteligencia

[57] Shulsky, Abraham L., *op. cit.*, pp. 11 a 22 y 40 a 43.

[58] No es una cuestión menor. En Estados Unidos, por ejemplo, el reciente escándalo relacionado con la filtración de memorandos del Departamento de Justicia que sustentan la legalidad de determinadas técnicas de interrogación de detenidos en la "guerra contra el terrorismo", ha puesto en tela de juicio la actuación de los servicios de inteligencia, en particular de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), por la práctica de tortura en los métodos de recolección de información –caso de la prisión Abu Ghraib–, misma que está prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. *Cfr.* Sands, Phillippe, *Lawless World*, Penguin Books, 2007, pp. 205-223.

y la formulación de políticas de seguridad nacional por parte del Poder Ejecutivo.

El ejercicio del control parlamentario es una novedad reciente tanto para democracias consolidadas como para democracias en transición. En realidad, la adopción de controles parlamentarios sobre las actividades de inteligencia inició en la segunda parte de la década de los setenta del siglo pasado, como reacción a diversos escándalos que trascendieron a los medios de comunicación. Así, al poder normativo –de creación legislativa– que los sistemas constitucionales otorgan tradicionalmente a los órganos parlamentarios, se sumaron poderes informativos, directivos, presupuestarios y de investigación para que esos órganos especializados fiscalicen las operaciones de inteligencia.

En el caso de México, los poderes conferidos a la Comisión Bicamaral son fundamentalmente informativos. El artículo 57 de la LSN le otorga, por ejemplo, atribuciones para solicitar al CISEN informes concretos cuando se discuta una ley o se estudie un asunto de su competencia; para conocer el proyecto anual de la Agenda Nacional de Riesgos a fin de opinar al respecto; para conocer el informe periódico que debe presentar el Secretario Técnico del Consejo de Seguridad Nacional, en los términos del artículo 58 de la propia ley, y para solicitar su comparecencia con el fin de discutir el informe.[59]

Sobre el particular, es importante señalar que la propia LSN, en su artículo 59, determina que la información que sea dada a la Comisión Bicamaral por parte del CISEN y de otras instancias de seguridad nacional, no podrá revelar datos que comprometan el éxito de investigaciones en curso, por lo que se referirá únicamente a asuntos concluidos o que no contengan información de carácter reservado por motivos de seguridad nacional. Es susceptible de reserva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 de la LSN, la información relacionada con normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología y equipos útiles a la generación de inteligencia, así como aquella que pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza a la seguridad nacional.

Atentos a lo anterior, de nueva cuenta surge la cuestión básica de cómo mantener el control público sobre órganos que deben operar

[59] *Cfr. Supra* nota al pie núm. 46.

bajo condiciones de reserva y confidencialidad de la información, para no comprometer el éxito de sus investigaciones. El tema no es pacífico, como lo han advertido Hans Born e Ian Leigh:

> …la revisión parlamentaria entraña sus peligros. El sector de la seguridad puede verse arrastrado al centro de una controversia entre partidos políticos, cuando los miembros del Congreso adoptan un enfoque inmaduro, la situación puede desembocar en un debate público teñido de sensacionalismo, y en delirantes acusaciones y teorías conspirativas que se ventilan, amparadas por el privilegio parlamentario.[60]

En consecuencia, el control parlamentario sobre los servicios de inteligencia puede ser abordado desde dos perspectivas opuestas. La primera de ellas ve al Congreso como un garante de los servicios de inteligencia; el control que ejerce es de tipo "institucional", y está basado en un juego cooperativo entre el órgano legislativo y la comunidad de inteligencia. El principal objetivo de este tipo de control es el de coadyuvar al mejoramiento, a la eficiencia y la eficacia de los servicios, evitando el conflicto y las diferencias.

La segunda perspectiva puede denominarse como control "inquisitivo" porque ve en la comunidad de inteligencia un adversario del Congreso; los mecanismos parlamentarios de control están orientados por la desconfianza y pretenden revelar irregularidades, problemas, errores o abusos en las operaciones. Su riesgo está en la propensión a la hostilidad y la fricción permanentes, así como la constante invasión del Poder Legislativo en el proceso de formulación y ejecución de políticas públicas que constitucionalmente corresponde al Poder Ejecutivo.

La decantación por uno u otro modelo, depende en mucho de la cultura política prevaleciente en un país. En todo caso, lo que resulta claro es que a mayor profesionalización de los servicios de inteligencia, debe corresponder un mayor compromiso y corresponsabilidad por parte de la fiscalización parlamentaria, que permita construir juegos cooperativos entre los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Como última reflexión sobre el control parlamentario, importa señalar que la Comisión Bicamaral de seguridad nacional, a diferen-

[60] *Op. cit.*, Born, Hans e Ian Leigh, p. 75.

cia de las comisiones ordinarias del Congreso de la Unión, carece de atribuciones para emitir dictámenes legislativos, está impedida, por ejemplo, para conocer y opinar sobre iniciativas de reformas y adiciones a la LSN. Ello, aunado a la ausencia de normas que regulen la organización y la operación de dicha Comisión, los requisitos y perfiles que deben cubrir sus integrantes, y otros aspectos relevantes, va en perjuicio de la profesionalización que es también exigible para el órgano de control parlamentario especializado en materia de seguridad nacional.

No se trata de una agenda de cumplimiento potestativo, pues el artículo segundo transitorio del decreto de reformas a la LSN, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de diciembre de 2005, establece claramente lo siguiente:

> Segundo. Al entrar en vigor el presente Decreto y para los efectos del segundo párrafo del artículo 56 de este Decreto de Reformas, en un plazo de un año, deberán impulsarse las reformas y adiciones a la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos por parte del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos para contar con las atribuciones necesarias para el mejor desempeño de la Comisión Bicamaral.

El plazo señalado ha transcurrido en exceso y aún queda pendiente el impulso para reformar la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que el fortalecimiento de la Comisión Bicamaral de seguridad nacional constituye un tema de agenda legislativa deseable para la nueva LXI Legislatura del Congreso de la Unión.

Se trata, pues, de un reto novedoso, no sólo para los legisladores, sino también para las instancias y servidores públicos del sistema de seguridad nacional, y particularmente también para los juristas de México: construir las bases y las instituciones que permitan dar autonomía jurídica a la seguridad nacional a través de una nueva disciplina de carácter transversal y multidisciplinaria, el *Derecho de la Seguridad Nacional*,[61] en cuyo objeto de estudio graviten las

[61] El Programa para la Seguridad Nacional 2009-2012 establece como primer objetivo "fortalecer estructuralmente el sistema de seguridad nacional"; una de las líneas estratégicas de dicho objetivo, la 1.4., es justamente la de "promover el desarrollo del marco jurídico para la seguridad nacional". Para ello se proponen las siguientes líneas de acción: "1.4.1 Impulsar el conocimiento del marco normativo que rige la materia de seguridad nacional, entre los servidores públicos, así como sensibilizarles sobre sus alcances y relevancia de su aplicación puntual". 1.4.2. Impulsar las acciones requeridas para dar cumplimiento cabal a lo que dispone el Reglamento para la Coordinación de Acciones Ejecutivas en materia de Seguridad Nacional; Establecer un grupo de trabajo interinstitucional en el que participen las instancias del Consejo de Seguridad Nacional y la Secretaría Técnica para elaborar proyectos normativos respecto de temáticas aún no reglamentadas en materia de seguridad nacional. 1.4.3. Establecer un grupo de trabajo interinstitucional en el que participen las instancias del Consejo de Seguridad Nacional y la Secretaría Técnica para elaborar proyectos normativos respecto de temáticas aún no reglamentadas en materia de seguridad nacional. 1.4.4. Impulsar la actualización del entramado normativo que rige las tareas de preservación de la seguridad nacional. 1.4.6. Promover la armonización de la legislación interna con los compromisos internacionales suscritos por los Estados Unidos Mexicanos, en materias como el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas y biológicas de destrucción masiva".

cuestiones jurídicas más relevantes para preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia de la población, del territorio y del gobierno en México, con bases de legalidad y de garantía de los derechos humanos. No es un reto menor, se trata, como lo ha señalado acertadamente Ronald Dworkin a propósito de los derechos, de tomar la seguridad nacional y el Estado de Derecho en serio.

LOS DELITOS CONTRA LA COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y MEXICANA

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones generales*. III. *Las sanciones en el derecho penal económico y en la reforma*. IV. *La protección de la libre concurrencia*. V. *Modelos de protección jurídica a la libre competencia*. VI. *La protección penal de la libre concurrencia*. VII. *Los delitos contra la competencia en el derecho mexicano*. VIII. *La reforma aprobada*. IX. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez abandonado el sistema estatal de fijación de precios, los precios de los bienes y servicios han dejado de ser establecidos por los organismos estatales en su mayoría –en México cabe todavía la fijación de precios máximos en el art. 7 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)– para ser determinados por la competencia en el mercado. La competencia significa que los precios de los bienes y servicios se determinan conforme a la oferta y la demanda que se presentan en las condiciones normales de mercado. Esta finalidad de la competencia se aleja si alguien manipula estas condiciones de mercado para impedir o dificultar la participación de otros agentes económicos, alterando así la oferta y la demanda. Cuando se produce una manipulación de las condiciones de mercado, se afecta un aspecto sustancial de la competencia, lo que debe dar lugar a la intervención del Estado que le imponen las legislaciones nacionales de combatir las prácticas contra la libre competencia. En efecto, frente a los llamados

actos contra la libre competencia, el Estado reacciona con sanciones administrativas y penales.[1] Esto cobra especial relevancia, debido a que las empresas actualmente, si bien se dice que están en un régimen de competencia, en la práctica realizan acuerdos restrictivos de la misma (Ginebra Torra), con mucha mayor frecuencia que la que estiman las autoridades de competencia.

II. Consideraciones generales

La consideración de las prácticas anticompetitivas absolutas como delitos constituyen, tal vez, junto con el incremento sustancial de las multas, el otro aspecto toral de la reforma: *se añaden como delitos y sancionables con cárcel de tres a de 10 años, la realización de prácticas monopólicas absolutas,* con el objeto de disuadir la realización de conductas anticompetitivas.

Se supone, con un enfoque de análisis económico del derecho tan usual en nuestros días, que ante un aumento del "precio" a pagar, esto es, con cárcel, además de la multa, se disuada a los agentes económicos con mayor eficacia de realizar la conducta prohibida. Aunque las cosas no son tan sencillas, estimamos acertada esta reforma. Sería necesaria una redacción más clara de los tipos penales, para no violar el principio de legalidad y de tipicidad, pues se trata de conductas muy abiertas. Asimismo, se vuelve discrecional para la CFC la persecución de los delitos, quien debe interponer una querella ante el Ministerio Público. Por lo anterior, surgen los siguientes planteamientos: ¿no es peligroso dotar a la CFC de facultades discrecionales en cuestiones tan delicadas como la persecución de los delitos? ¿No podrá llevar a comportamientos unilaterales de la CFC que impliquen actitudes favoritistas? En las actuaciones realizadas hasta la fecha por la CFC no se conocen de manera notoria esta clase de comportamientos, pero es una actitud de tan arraigada costumbre en los regímenes políticos anteriores, que debiera ser sancionada su utilización cuando implique desvío de poder.

Andrés Roemer señala por qué sirve la utilización del análisis económico en el derecho penal. Para ello, parte de los siguientes supuestos:

[1] García Cavero, Percy, *Los delitos contra la competencia*, Ara Editores, Universidad de Piura, Lima, Perú, 2004, p. 9.

–El ser humano tiene preferencias y puede jerarquizarlas, es decir, puede comparar alternativas y decidir si una de ellas le gusta más, menos o igual que otras. En general, el ser humano es un ser racional. El hombre y/o la mujer racional hacen elecciones racionales. Una elección racional es aquella que, entre todas las posibles, maximiza la utilidad. La racionalidad económica implica que los individuos deseen lo mejor para sí mismos.

–La gente está dotada de una cantidad fija de recursos y una tecnología que puede transformar en bienes y servicios. Los seres humanos enfrentamos restricciones presupuestales, tecnológicas y temporales.[2]

Los lineamientos constitucionales en materia económica significan un referente, aunque no único, esencial y vital en la configuración del orden jurídico penal, que debe asumir las coordinadas constitucionalmente planteadas, de allí que resulte trascendental para el legislador el entendimiento pleno de las estructuras económicas ancladas en la Carta Magna.

Este modelo constitucional, tanto en países como Alemania, España, y la mayoría de los países de Latinoamérica, resulta ser similar, identidad que se ha dado en virtud a la influencia que la legislación española ha ejercido en general sobre los países latinoamericanos, y que en general resulta acorde con el sistema de economía social de mercado, vigentes en éstos, y que consideramos aplicable a México.[3]

Es bien sabido que un mercado competitivo también puede dar lugar a fenómenos indeseables, directamente relacionados con su configuración inmediata, como lo son las altas cuotas de concentración de capital, las integraciones o acuerdos formales o informales y abusivos de precios, la búsqueda sin contrapeso de posiciones de dominio y las trabas al libre acceso de nuevos competidores o, indirectamente, secuelas de aquellos que se manifiestan sobre las prácticas diarias de

[2] Roemer, Andrés, "¿Por qué un análisis económico del derecho penal?", en *Derecho penal y economía*, Memoria del Congreso Internacional, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009, p. 156.

[3] Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Fundamentos de derecho penal económico*, Ed. Ángel, México, 2004, p. 74.

los actores económicos secundarios que las sufren, como "las ventajas por infracción" o los "efectos cascada", entre otros.[4]

En la delincuencia económica de hoy –dígase claramente–, no sólo hay lugar para los "grandes conglomerados" (*clusters*), sino también para los "hechores" de la microeconomía, según Manríquez (aunque nosotros creemos que la ley y las autoridades deberían sólo perseguir aquellas conductas con efectos significativos sobre el mercado, que suelen realizarse por las grandes empresas). Afecta tanto a los valores del mercado abierto y competitivo un monopolio de oferta o un *retailer* internacional incremente con sus proveedores, como una organización cuasi-artesanal dedicada a la piratería o la clonación de medios de pago electrónicos para apropiarse del dinero que cubre los giros de un número significativo de tarjetahabientes. En otras palabras, dicho autor señala, parafreaseando a Lacassagne: "la sociedad económica de hoy tiene los delincuentes que merece", con lo que no estamos de acuerdo.

No es posible separar la visión de la política económica vigente de la que se puede lograr con la política criminal derivada de aquella. Ambas estarán siempre vinculadas a la definición macro del problema de la delincuencia económica, dentro de un determinado tipo de mercado: tanto hay delito y delincuentes económicos en una economía de mercado –en todos sus niveles–, como los hay en una economía cerrada de planificación central.[5]

Es por ello que la supremacía de la realidad demuestra a diario a las sociedades de los países latinoamericanos –que en su mayoría optaron por un liberalismo económico medianamente regulado, matizado por una "tercera vía" socialdemócrata pálida– que no es posible concebir siquiera una política criminal con la aspiración de concretar en leyes, políticas públicas, acciones y resultados en un futuro cercano si, antes de iniciar los procesos legislativos y de hacienda pertinentes, sus postuladores no han advertido la viabilidad financiera y clarificado el costo económico directo y reflejo ("costo social" o "costo asociado") que pudieren involucrar sus propuestas,

[4] Manríquez, Juan Carlos, "Prevención y ofensiva contra prácticas monopólicas en Chile", en *Derecho penal y economía*, *op. cit.*, p. 100.
[5] Reyna Alfaro, *op. cit*, p. 74.

más aún, si sus consecuencias llegaran a afectar a gran número de personas o ámbitos de mercado.[6]

Ahora bien, en este entendimiento es que deben alinearse las pretensiones político-criminales y el trabajo legislativo en materia jurídico-penal, lo que debe ser subrayado a efectos de lograr un ordenamiento jurídico coherente y acorde con el modelo de Estado social y democrático de derecho que acoge nuestra Ley Fundamental.[7]

Resulta innegable el hecho, que el derecho penal contemporáneo posee serios problemas al momento de articular sus instrumentos ante las modernas formas de criminalidad. En este orden de ideas, la ley penal en blanco se ha constituido en una de las técnicas más eficaces, siendo aceptada por la doctrina penal mayoritaria en el entendimiento que su utilización no implica una singular afectación del principio de legalidad.[8]

Sin embargo, debe remarcarse el papel prioritario que posee el principio de certeza. Sobre el particular, estimamos que la "conversión" de las prácticas monopólicas absolutas tal cual en delitos, sin mayor adaptación, podría violar el principio de certeza y de seguridad jurídicas.

Coincidimos con Tiedemann que en el libro *Derecho penal y mercado*, dice que es imprescindible considerar la economía, la política y el derecho como un todo dinámico, además, proyectado según sus plenas consecuencias futuras. Visto así, la competencia puede ser un "bien jurídico dinámico". Dicho de otra forma, el contenido material del orden económico, en general, está sujeto a las opciones de política económica vigente y no puede verse siempre igual o como un estanco.[9]

Un mercado competitivo es hoy de interés relevante para el colectivo social y muchos reclaman la protección penal para que haga más seguros los espacios de libertad que se desarrollan al interior del anillo normativo y asegure vigencia paritaria a las "reglas del juego económico", que en la actualidad se erigen como los valores esenciales del mercado de competencia.

[6] Manríquez..., *op. cit.*, p. 101.
[7] *Idem*.
[8] *Ibidem*, p. 103.
[9] *Idem*.

Quizás, ello no baste todavía para definir desde el punto de vista penal que el orden público económico o los valores esenciales del mercado de competencia –la transparencia, el libre acceso, la credibilidad de los mercados de pago y de los actores del comercio, el respeto a nivel constitucional de los derechos de los trabajadores– sean elementos que deben ser respetados ya como bienes jurídicos inmediatos. Es probable que sean reflejos inmediatos de la competencia efectiva, que sí parece más "palpable" o apegada e imbrincada con la realidad vigente (Claus Roxin).[10]

Entre tales problemas cobra relevancia la imputación penal por los comportamientos ejecutados en el seno de las personas jurídicas, que ha sido uno de los problemas fundamentales del derecho penal económico, y es que la incidencia de la criminalidad de empresa ha significado un problema de tal magnitud que ha llevado a replantear la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque algunos países han tomado la decisión legislativa a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la medida que simplifica el problema de la imputación penal, Reyna Alfaro opina que ello no puede hacerse sin vulnerar categorías básicas y principios elementales del derecho penal.[11]

Ahora bien, apostar a favor de la reafirmación del principio *societas delinquere non potest* no supone dejar sin respuesta el problema antes planteado, esto es, el de la imputación penal por comportamientos ejecutados en el seno de las personas jurídicas. Existen otros instrumentos dogmáticos que pueden ser usados para evitar la impunidad de estos comportamientos. Así, tenemos la figura del actuar por otro, la posición de garante y el dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder,[12] ninguno de los cuales ha sido planteado por la reforma.

Otros problemas surgidos del ámbito del derecho penal económico es el concepto de bien jurídico como criterio delimitador, desde su aparición hasta nuestros días, el cual ha pasado, como indica Ruiz Rodríguez, "del todo a la nada, y a la inversa, habiéndose planteado incluso (postura oficial del derecho penal nacionalsocialista alemán),

[10] Manríquez..., *op. cit.*, p. 102.
[11] *Ibidem*, p. 168.
[12] *Idem*.

o de sustituirlo por otras categorías que conduzcan a realizar una selección más correcta en la actividad legislativa criminalizadora de conductas". No obstante, como agrega el mismo profesor, "la concepción del derecho penal como reacción frente al poder vuelve a ser la piedra de toque en la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, donde asume, por encima de otras, una función crítica: de crítica al legislador, de crítica al derecho positivo y de crítica social".[13]

Esta función crítica puede ser cumplida con mayor eficacia en la medida en que se adopte una concepción de bien jurídico dotada del suficiente sustrato material. En esa intención, una postura interaccionista, como la defendida por Santiago Mir Puig, y que tiene bases en el pensamiento de Mayer, es la que cumple con mayor solvencia esta pretensión.

Por otra parte, resulta claro que no existen razones suficientemente valederas para cuestionar la existencia de intereses de orden supraindividual ni para oponerse a las técnicas de peligro para tutelar tales bienes jurídicos, en la medida en que dichas fórmulas suponen en realidad la lesión, constatable inmediatamente, de los bienes jurídicos colectivos.

La tarea legislativa en materia penal debe ser realizada en atención estricta al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de allí que resulte cuestionable cualquier intento de instrumentalizar el derecho penal y de convertirlo en un medio de control político.[14]

Las potestades de la administración pública se han venido incrementando súbitamente en los últimos años, dado que, ante requerimientos de eficacia, un sistema de sanciones como el administrativo resulta sumamente útil en la medida que originariamente fue concebido como ayuno de garantías.

Ante el avance del derecho administrativo sancionador, la doctrina penal se ha visto obligada a establecer límites entre dicha rama del ordenamiento jurídico y el derecho penal. Es así que un sector de la doctrina se ha decantado a favor de una diferenciación meramente cuantitativa, en tanto otros autores apuestan por marcar los límites cualitativamente.

[13] *Ibidem*, pp. 194 y 195.
[14] *Idem*.

El derecho administrativo sancionador, en sus orígenes, fue concebido como una rama del ordenamiento falto de garantías. Empero, hoy en día vemos el traslado de los principios y garantías del derecho penal al ámbito del derecho administrativo sancionador, de tal forma que principios como los de legalidad, *non bis in idem* y de culpabilidad vienen siendo admitidos como exigencias en el derecho administrativo sancionador.[15] Nuestra duda es si tal como está redactada la reforma, de manera que se transfieren sin ninguna modificación las conductas del art. 9 de la LFCE al art. 254 bis del Código Penal no se vulneran algunos de estos principios.

III. Las sanciones en el derecho penal económico y en la reforma

Tratándose de delitos e infracciones contra el orden económico, estamos ante un delincuente de características peculiares que lo hacen diferente a la generalidad, pues no lesiona directamente a un sujeto sino que pueden ser varios, en virtud de que dirige su comportamiento hacia algo intangible pero perceptible como es el orden económico.[16]

La lesión se ocasiona en los más de los casos por terceras personas que coparticipan en la comisión del delito como cómplices, instigadores, coautores, auxiliadores, encubridores, etc., de manera consciente o bien de manera inconsciente, siendo común la presencia de personas jurídicas que son las que consuman estos delitos.

En este orden de ideas nos preguntamos cuál es el beneficio que recibe la sociedad al ser privada de su libertad al autor de un delito contra el orden económico. Probablemente, alguien señale que un beneficio obtenido es la seguridad de que un determinado sujeto no volverá a delinquir; sin embargo, no olvidemos que el objetivo de la pena no es simplemente privarle ciertos bienes al autor del delito, sino que se encuentra enfocado a obtener la readaptación social del sujeto que para el caso específico de estos tipos penales, nos parece que no es factible de obtener, pues el comportamiento del sujeto no

[15] *Ibidem*, p. 251.

[16] Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, Porrúa y UNAM, México, 1999, p. 310.

es consecuencia de una necesidad económica, o bien de una desviación psicológica, sino que, según Plascencia Villanueva, se debe a una falta de una debida socialización y entendimiento de los valores sociales.[17]

En lo que respecta a la multa como sanción pecuniaria se contempla en los tipos penales que atentan contra el orden económico, parece que es la sanción más adecuada, pues de hecho la naturaleza de los tipos es económica, y la sanción aplicable debe atender a cuestiones de orden económico. El problema actual en este tipo de sanción es el relativo a la falta de correspondencia entre la multa aplicable y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal, pues la pena pecuniaria en ciertos casos queda minimizada al grado de ser completamente intrascendente para el sujeto activo del delito, pues no sólo consuman este tipo de ilícitos las personas físicas, sino también las personas jurídicas, las cuales cada día con mayor incidencia consuman tipos penales que atentan contra el orden económico.

Por otra parte, la multa como sanción única nos parece, junto con Plascencia Villanueva, hasta cierto punto intrascendente si se aplica de manera singular, pues no soluciona absolutamente nada respecto al bien jurídico lesionado, ya que aún cuando la reparación del daño puede ser ordenada en una sentencia, la problemática de este tipo de delitos deriva de la imposibilidad de reparar el daño causado dada su indeterminación.[18]

En general, el sujeto pasivo suele ser la sociedad, y el bien jurídico tutelado el orden económico; sin embargo, en la determinación de la lesión del bien jurídico quedaría pendiente resolver en qué grado ha sido lesionado y de qué manera afectó, por ejemplo, al proceso de competencia, cuestión compleja e indeterminable en ciertos aspectos, pues lo único que puede tomarse en consideración para determinar el daño causado es la utilidad obtenida por los agentes económicos, pero no se podría determinar en qué grado se vieron afectados el resto de los competidores. Por eso consideramos que la determinación de la sanción penal debiese tener en consideración estas circunstancias, pues la sanción aplicada en la reforma, como sería la privativa de libertad, no alcanza a resarcir el daño causado

[17] *Idem*.

[18] *Ibidem*, pp. 310 y 311.

y sólo es un paliativo tendiente a evitar esas lesiones del bien jurídico, sin llegar a calar en lo más profundo y doloroso, como es el bolsillo del delincuente, lo cual es en este caso se lograría con la sanción administrativa.

El Consejo de Europa recomendó una serie de sanciones para ser aplicadas a las personas jurídicas, y que en 1992 adoptó el código penal francés, así como algunas tendencias de los códigos penales europeos que las contemplan no sólo a nivel de medidas de seguridad, sino incluso como penas.[19]

Siguiendo la tendencia europea y la adoptada por algunos códigos penales de los estados de la República Mexicana, sería recomendable un replanteamiento de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, y una vez que se haya meditado sobre las mismas se incluya en nuestro código penal pero traducidas a medidas de seguridad, además de incluir aspectos relativos a sus mecanismos de aplicación y cubrir de esa manera la gran laguna legal que actualmente existe –y sobre lo que la reforma no añade nada– respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La pena privativa de libertad y la pecuniaria han sido utilizadas por nuestras leyes penales de manera excesiva, pues en general la punibilidad establecida en los tipos penales contenidos en el Código Penal Federal (CPF) hace referencia a la multa o bien a la pena privativa de libertad, al grado de haberse convertido en un inconveniente más que en un remedio para aminorar la comisión de delitos y hacer efectiva la prevención general en los delitos contra el orden económico.[20]

A juicio de Plascencia Villanueva, la incorporación al Código Penal de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas, empresas, sociedades o corporaciones, que cumplan con el objetivo perseguido por la prevención general, consistente en la amenaza penal que se presume conocida por todos, y la prevención especial, que implica que un individuo sancionado no cometerá nuevos delitos, es una necesidad impostergable en virtud de la inoperancia demostrada por las actuales sanciones.[21]

[19] *Ibidem*, p. 312.
[20] *Idem*.
[21] *Idem*.

Las posibles consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, de acuerdo con los códigos penales de diferentes estados, que se sugiere deberían incluirse de manera específica en los delitos contra la competencia económica previstos en la reforma son:

- La prohibición de realizar determinadas actividades temporal o definitiva.
- La intervención.
- La suspensión temporal o definitiva.
- La disolución.
- La liquidación.
- La remoción de funcionarios.[22]

Como medida necesaria hubiera sido indispensable la inclusión de la figura del "actuar por otro", con el que se opera una "extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quien en estos casos actúa a nombre de otro, pese a no reunir las características del sujeto cualificado, realiza una conducta equivalente (Terradillas Basoco). De allí que con acierto se haya dicho que, por medio de su implementación se podrá dotar al sistema penal de "un mecanismo que permita llegar, a través de la persona jurídica, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria.

Esta categoría dogmática (actuar por otro), puede ser implementada como una respuesta al problema que se concita no sólo respecto a los que actúan en nombre de personas jurídicas, sino también de aquellos que lo hacen en representación de personas físicas.[23]

IV. La protección de la libre concurrencia

En el derecho comparado pueden apreciarse diversos modelos para hacer frente a los llamados atentados. En este apartado nos ocuparemos de hacer, a modo de introducción, una exposición general de los diversos modelos de protección jurídica de la libre competencia.

[22] *Ibidem*, p. 313.
[23] Cesano, José Daniel, *Estudios sobre la responsabilidad penal de las persona jurídica, formulaciones teóricas, realizaciones normativas y derecho comunitario en el ámbito de la criminalidad económica*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 77.

Luego de ello, precisaremos brevemente cuál de estos modelos ha sido asumido por el ordenamiento jurídico, de manera que podamos hacer en los apartados siguientes un análisis más completo de las particularidades de nuestro ordenamiento.

V. Modelos de protección jurídica a la libre competencia

1. Protección limitada al derecho administrativo sancionador

Una protección limitada al derecho administrativo sancionador se presenta cuando las prácticas restrictivas de la libre competencia se castiguen sólo con sanciones administrativas. Así fue, por ejemplo, el sistema de protección asumido por el derecho alemán hasta antes de 1997, año en que se dio la Ley contra la corrupción. Mediante esta ley se incluyó en el Código Penal un capítulo de delitos contra la competencia en donde criminalizó concretamente la figura de los cárteles de licitación. Hasta antes de esta reforma, la represión de las prácticas restrictivas de la libre competencia se había limitado a figuras administrativas. Igualmente en el Reino Unido las infracciones contra la competencia no fueron criminalizadas sino hasta 2002 con la Enterprise Act de ese año. Para que pueda mantenerse un sistema de protección limitado al derecho administrativo sancionador, como los indicados, es necesario un alto grado de eficiencia de la administración, de manera tal que se haga innecesaria la intervención penal, o cuando menos, su ausencia sea socialmente tolerable. En cualquier caso, esta protección de la competencia limitada al derecho administrativo sancionador sólo podrá mantenerse mientras la conciencia colectiva lo considere una mera infracción a las reglas del juego en el mercado, pues en la medida en la que comience a destacarse el efecto nocivo que estas prácticas producen en el mercado y finalmente el bienestar de los consumidores, la persecución puramente administrativa, por más severa que sea, no bastará para sancionar las demandas sociales de castigo. Esta situación se ha presentado precisamente en Alemania y en el Reino Unido, lo que ha llevado a que en la actualidad se busque la protección penal, además de la protección del derecho administrativo sancionador.

2. Protección limitada al derecho penal

La protección de la libre competencia puede, por otra parte, limitarse sólo a sanciones penales, como sucedió, por ejemplo, en Chile y Argentina en un primer momento. Este recurso exclusivo a sanciones penales se entiende con facilidad en momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia y de una autoridad administrativa con facultades suficientes de persecución y de sanción. No obstante, cabe resaltar que, por lo general, esta incriminación penal cumple en estos contextos históricos una función puramente simbólica, es decir, se castigan prácticas contra la libre competencia sólo para dejar constancia de su prohibición, pero no para llevar a cabo una efectiva represión de las mismas. En la actualidad, el desarrollo extendido de legislaciones administrativas protectoras de la libre competencia y de organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas, ha reducido la posibilidad de una protección exclusivamente penal de la libre competencia. La tendencia general está orientada tanto a la protección penal como administrativa de la libre competencia. Sin embargo, algunos de los modelos protectores de la competencia, en su vertiente penal, no están actualizadas a los modelos modernos de protección administrativa de la competencia, como sucede en México, donde el modelo penal es de 1931, y la moderna Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) ha resultado demasiado avanzada para la aplicación de la normativa penal de competencia económica.

A. Protección conjunta

El rasgo común de los ordenamientos jurídicos modernos es la protección conjunta de la competencia, esto es, que las prácticas restrictivas de la libre competencia se sancionen tanto administrativa como penalmente. El principal problema reside en las posibles superposiciones entre los ámbitos administrativos y penal, lo que terminaría produciendo una sobrerreacción del sistema jurídico. Precisamente para evitar este resultado indeseable se han propuesto diferentes variantes con criterios de delimitación propios.

a) Identidad de ilícitos

En esta variante del modelo de protección conjunta el ilícito administrativo y el ilícito penal tienen los mismos elementos constitutivos. Por esta razón, se requiere establecer un criterio especial de delimitación de ambos ilícitos. Este criterio puede ser de ámbito constitutivo o cualitativo. A este respecto, cabe señalar que existen muchas teorías al respecto, pero en general se inclinan por una diferenciación de grado, mas no de esencia, entre las infracciones administrativas y los delitos.[24]

b) Criterios de delimitación cuantitativo

Conforme a este criterio, se reservan para el ámbito penal los supuestos más graves en términos cuantitativos. Esto quiere decir que los elementos configuradores del ilícito penal y administrativo son los mismos, aumentando únicamente la intensidad de uno o algunos de ellos para la intervención expresa del derecho penal. Esta diferenciación cualitativa se expresa, por lo general, en la mayor gravedad cuantitativa del resultado. En efecto, cuando el perjuicio ocasionado resulta de gran entidad, se castiga al autor con sanciones de carácter penal. Como podrá concluirse, de capital importancia será determinar en este modelo cuando el resultado tiene la suficiente gravedad como para ser castigado penalmente, así como el órgano encargado de hacer la determinación.[25]

c) Criterio de delimitación cualitativa

Cuando el criterio de delimitación asume una configuración cualitativa, la infracción penal sigue constituyendo una infracción administrativa, pero contiene cierto elemento adicional de disvalor que justifica su calificación como ilícito penal. Este elemento adicional puede encontrarse en la concreta afectación de los intereses protegidos (por ejemplo, la alteración de precios en perjuicio de los consumidores),

[24] De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho financiero*, Porrúa, México, 2004.

[25] García Cavero, Percy, *Los delitos contra la competencia*, Ara Editores, Universidad de Piura, Lima, Perú, 2004, pp. 9-12.

en la importancia de los bienes o servicios afectados (por ejemplo, bienes de primera necesidad) o en la afectación de otro bien jurídico penalmente relevante (como el buen funcionamiento de la administración pública). Al respecto, cabe indicar que la doctrina más confiable considera que entre el delito y la infracción penal solamente existen diferencias de grado, mas no de esencia, por lo que no sería aplicable dicha teoría, al menos en derecho mexicano.

B. Identidad parcial de los ilícitos

Otra variante de la protección conjunta de la libre competencia es la identidad parcial de los ilícitos. En ese modelo, los hechos penalmente castigados pueden tener incidencia administrativa, pero en ocasiones no. Así fue, por ejemplo, la anterior legislación española para el delito de maquinaciones para alterar los precios. Los problemas de delimitaciones en un sistema como éste se ubican en el ámbito común, para cuya solución se puede recurrir a los criterios cualitativo o cuantitativo antes expuestos.

C. Diferencia absoluta con los ilícitos

En esta variante de la protección conjunta se tipifican los atentados contra la libre competencia con criterios completamente diferentes tanto en el ámbito administrativo como penal. No existe identidad entre la regulación administrativa y la realizada en sede penal. Como consecuencia de esta estructuración del modelo, no puede haber una accesoriedad administrativa de la ley penal, sino una completa autonomía de los tipos penales.[26]

3. Delimitación con la persecución penal

En la medida en la que muchos países latinoamericanos, nuestro sistema jurídico asume una protección conjunta de la libre competencia con identidad de criterios, se hace necesario delimitar la infracción administrativa de la figura delictiva.

[26] *Ibidem*, pp. 12 a 14.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

–El dolo configurador del ilícito penal no debe entenderse como el simple conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal, sino que debe tratarse de un dolo especial que se manifiesta por el hecho de continuar realizando prácticas restrictivas de la competencia a pesar de haber recibido una orden de cese de la Comisión correspondiente. Este parecer resulta cuestionable, en la medida en la que abandona la perspectiva de la competencia y entra en el buen funcionamiento de la administración pública. El incumplimiento de las órdenes expedidas por la Comisión configura el delito de desobediencia a la autoridad del Código Penal, pero al igual que cualquier otro acto de desobediencia a una orden expedida por autoridad pública. La única alternativa dogmáticamente viable para hacer valer esta configuración especial del dolo sería afirmar que en estos delitos, o en los económicos en general, no basta un dolo natural, sino que se requiere precisamente el *dolus malus*. Este dolo malo se vería confirmado precisamente por el hecho de haber recibido el agente económico una orden de cese de la Comisión.

No estamos de acuerdo con la anterior postura de García Chavero,[27] ya que el Código Penal mexicano no exige ningún dolo cualificado para la tipificación del delito, por lo que –de resultar aplicable en la materia penal peruana– éste no tiene cabida en la legislación penal mexicana.

–El segundo elemento definitorio del ilícito penal es el perjuicio producido por la conducta. Se dice concretamente que el hecho debe haber producido "graves consecuencias para el interés económico general". Este criterio aplica un plus cuantitativo de la infracción penal, de manera tal de que se no se tratará de un daño en su aspecto normativo, sino de un daño empíricamente medible. Aspectos como el perjuicio a los consumidores, pluralidad de afectaciones, entidad económica de los daños, deben ser tomados en cuenta para afirmar esta mayor gravedad cuantitativa del ilícito penal. Dada la falta de idoneidad del elemento dolo especial para caracterizar al ilícito administrativo y el ilícito penal, sólo nos queda el requisito de la grave afectación como el criterio para llevar a cabo tal determinación.[28]

[27] *Ibidem*, pp. 90 y ss.
[28] *Ibidem*, pp. 93 y ss.

Tampoco estamos de acuerdo con García Cavero en esta observación. El delito contra la libre competencia es un delito que también se constituye como delito de peligro; basta que se ponga en riesgo la libre competencia, para que éste se configure. Como estamos viendo, los requisitos que exige la ley mexicana, son menos estrictos que los que exige la legislación peruana.

VI. La protección penal de la libre concurrencia

1. El bien jurídico protegido

El art. 58 de la Constitución peruana reconoce que la economía de mercado constituye uno de los pilares en los que se asienta el modelo económico peruano. No obstante, la efectiva vigencia de una economía de mercado no se consigue por una especie de ordenación natural de la economía, sino que es necesario que el Estado asuma cierta actitud garantizadora a través de los diversos mecanismos de protección de los que dispone. Uno de esos mecanismos de corrección es el ordenamiento jurídico, al cual se le asigna concretamente la misión de asegurar normativamente las condiciones adecuadas para el funcionamiento del mercado. Dentro de las condiciones adecuadas para el funcionamiento del mercado destaca especialmente la libre competencia, en su art. 61, que obliga al Estado el deber de facilitar y vigilar la libre competencia, castigando toda práctica que la limite.

Si la determinación del bien jurídicamente protegido se ubica en el nivel de la exposición general acabado de hacer, entonces no cabría más que admitir una identidad funcional entre derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Ambos ordenamientos protegerán, con sus propios mecanismos de reacción, la libre competencia en el mercado. Esta perspectiva general, sin embargo, resulta aún insuficiente para determinar lo protegido mediante las concretas prohibiciones o mandatos administrativos o penales, pues en este nivel aún no se tienen en consideración las particularidades del derecho administrativo y del derecho penal respectivamente. Al derecho administrativo sancionador le corresponde una función de mantenimiento del funcionamiento global de la competencia, lo

que hace que el ilícito administrativo se encuentre configurado por la afectación al sistema competitivo global. En efecto, el perjuicio a la funcionalidad del sector no es apreciado por el derecho administrativo desde la particularidad del hecho infractor, sino desde una perspectiva institucional, es decir, bajo la óptica de lo que sucedería con el sistema competitivo si ese hecho se generalizara. Por el contrario, el derecho penal no se centra en el funcionamiento global de la competencia, sino en las concretas afectaciones que produce el ilícito en la constitución de la sociedad. En este sentido, la reacción penal no recurre a una perspectiva globalizada, sino, más bien, a una perspectiva individualizada que atiende a lo concretamente defraudado por el ilícito penal. En este sentido, solamente podrá hablarse de fin de protección de la norma administrativa o bien jurídico penalmente protegido en un nivel más específico de desarrollo de la reacción estatal.

No cabe duda que la importancia de la libre competencia en el funcionamiento de la economía de mercado constituye, junto con criterios de prudencia política, un factor relevante para la decisión del legislador penal de incriminar determinados actos contra la libre competencia. Pero el bien jurídicamente protegido en los delitos contra la libre competencia no puede quedarse en esta perspectiva global de la competencia, como lo hacen aquellos que entienden que aquí se protege un bien jurídicamente colectivo o supraindividual. La determinación del bien jurídicamente protegido por la legislación penal, lo que significa precisar los aspectos normativos de la sociedad que resultan afectados por la infracción de la norma penal. En el caso de los delitos contra la competencia, se protege concretamente la expectativa normativa que tienen los agentes económicos de poder participar y mantenerse en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes. La defraudación de esta expectativa de conducta tiene lugar con la realización de las prácticas restrictivas de la competencia más graves, lo cual es establecido en el caso concreto por el juez penal, quien se encuentra autorizado, a partir de esta constatación, para imponer una sanción penal que devuelva a la norma defraudada su vigencia social puesta en tela de juicio por el delito cometido. El bien jurídico penalmente protegido es la norma que garantiza a los ciudadanos las condiciones normales de acceso

al mercado y rechaza el aprovechamiento indebido de una posición de privilegio en el mercado.[29]

El bien jurídicamente protegido en la LFCE –materia administrativa– es, según muchos autores y legislaciones (González de Cossío, López), *la protección del proceso de competencia y libre concurrencia, no así de los competidores*. Nos parece que dicho criterio constituye una auténtica aberración: una garantía individual, como se supone que tutela el artículo 28 de nuestra Carta Magna, debe poderse defender en lo individual para que constituya una auténtica garantía protegida por nuestra Carta Magna; de otro modo, se trataría de una norma programática, pero no de un derecho individual.

El tema del daño crea particulares dificultades en el ámbito de las legislaciones protectoras de la competencia. Estas dificultades se originan en que no siempre aparecen damnificadas por las acciones tipificadas personas individualizadas; más aún, son frecuentes los casos en que esas personas no resultan ni siquiera individualizables. Este terreno y otros análogos han obligado a constituir la idea del perjuicio sobre la base de la distinción entre bienes individuales y bienes jurídicos supra-individuales. Los últimos se refieren a determinadas funciones sociales o a bienes públicos (Elzinga y Breit). En general, están constituidos por servicios o instituciones públicas tendientes a asegurar o proteger derechos de los integrantes de una comunidad o estado.[30]

Las maniobras anticompetitivas producen –o amenazan con producir– daños en tres niveles diferentes:

a) Pueden perjudicar antes que nada, y de modo directo, a particulares: así las negativas a vender a un comerciante algún bien en especial (*boycott*) perjudica el interés de este último de forma inmediata.
b) Pueden perjudicar a los adquirentes de una clase de bienes o servicios. El público se ve perjudicado toda vez que de ciertas manipulaciones, como los convenios entre algunos productores, se deriva la imposición de precios superiores al costo marginal

[29] *Ibidem*, pp. 40-42.
[30] Malamud Goti, Jaime E., *Derecho penal de la competencia. Abastecimiento-monopolización*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pp. 24-26.

de producción y cuando es este último el que conforme a la teoría de la oferta y la demanda, corresponde establecer. Así, mediante la concertación de precios mínimos, por ejemplo, se da lo que se caracteriza como una distribución inadecuada de los recursos.

c) Puede también dañar a la colectividad. Los precios monopólicos van de la mano de una menor producción y la sociedad se ve de alguna manera privada de una parte total de los bienes de que dispondría si el mercado fuese competitivo.

En esta línea consideramos que caben los valores o bienes jurídicamente tutelados por la legislación de competencia: en ella, si bien existen lesiones particulares *o daño a los competidores, al afectarse la libertad de empresa en una economía de mercado está dañando una garantía individual y social* (la libre concurrencia y la prohibición de monopolios y conductas equiparables a éstos).

Estas consideraciones no excluyen otras referidas a situaciones nocivas indirectas como la de comportar "una serie amenaza a la democracia" (Ball y Friedman). La diferencia de puntos de vista se hace patente cuando las últimas consecuencias de orden general son tomadas en forma inmediata como objeto de tutela. En este sentido, hay quienes piensan que estas instituciones de orden general como "democracia", "economía pública" o "bienestar general" se ven directamente amenazados. Usualmente éste constituye un punto de vista para el cual el mercado, más que un mecanismo accesorio de una concepción liberal política, pasa a revestir una condición esencial y constitutiva para una versión más conservadora (Otamendi, 1982).[31]

2 Figuras típicas

En lo que respecta a la configuración los tipos penales, el Código Penal peruano ha seguido una tipificación amplia y otra específica. En la tipificación amplia que sigue el delito de abuso de poder económico del art. 232 del Código Penal (CP), se castiga penalmente todos los ilícitos administrativos siempre que se den los elementos de dolo y

[31] *Ibidem*, p. 26.

grave perjuicio. Por consiguiente, todos los casos seguidos en sede administrativa podrían tener eventualmente una relevancia penal. Esta particularidad de la tipificación de los delitos contra la libre competencia tiene consecuencias importantes en el trabajo de la Comisión de Libre Competencia. En efecto, esta Comisión estaría obligada a investigar en todos los casos la intención del autor y el perjuicio causado sobre el interés económico general, incluso en los casos, si es que cabe admitirlos, de prohibiciones *per se*, pues se encuentra la obligación de determinar, por mandato del art. 19 del Decreto Legislativo 701, si no se presentan los elementos de agravación del tipo penal. De esta manera, se perdería el aligeramiento de la prueba que producirían las prohibiciones *per se* en la medida en que la Comisión, a través del Fiscal correspondiente, tendría que investigar los efectos de ese hecho. Por esta razón, hubiese sido más conveniente hacer una descripción más específica de las conductas penalmente relevantes, de manera tal que sólo se penalicen aquellas prácticas restrictivas de la libre competencia más graves. Con una tipificación específica de los delitos penales, la Comisión tendría que investigar el dolo del autor y el perjuicio del hecho sólo en los supuestos específicamente tipificados, los cuales podrían ser, por ejemplo, las licitaciones colusorias o la fijación concertada de precios.[32]

La normativa peruana hace coincidir en una misma autoridad, la sanción de las infracciones administrativas de la competencia, con la persecución de los delitos contra la competencia. Esto choca con las disposiciones constitucionales mexicanas, que establecen la monopolización de la acción penal por parte de la figura del Ministerio Público.

A. Delito de abuso de poder económico

El delito de abuso de poder económico castiga de manera general las conductas restrictivas de la libre competencia especialmente graves. Al igual que la regulación administrativa, se diferencian la modalidad de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias. En ambas modalidades del tipo penal, sin embargo, se establece un elemento común, el cual está constituido por la accesoriedad administrativa.

[32] García Cavero, Percy, *Los delitos contra la competencia*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

El art. 232 establece que el ilícito penal debe ser contrario a la normativa que protege la libre competencia, al exigir que la conducta se realice "infringiendo la ley de la materia". En ese sentido, la conducta típica debe constituir previamente una violación a la ley de la materia –en el caso de México sería la LFCE–. Hay que señalar, sin embargo, que esta remisión a la normativa administrativa no implica esperar, como cuestión prejudicial, a que la Comisión de Competencia se pronuncie sobre la existencia o no de una infracción administrativa, sino que, en la medida que se trata de una accesoriedad de leyes, el juez penal podrá interpretar de manera autónoma si el hecho ha infringido o no la ley de la materia.[33]

En materia penal mexicana, los delitos contra la economía nacional, constituyen delitos independientes a los de la competencia económica. Es más, podría darse el caso de que la autoridad de competencia declarase la inausencia de sanción administrativa, y que la autoridad penal declarase la existencia de un delito penal. Lo anterior, si bien es absurdo, es lo que previene la legislación nacional.

Un aspecto concreto que debe destacarse es que la remisión a la regulación administrativamente relevantes, sino solamente a los supuestos específicamente descritos. Esta conclusión se deriva del multicitado art. 19 del Decreto Legislativo 701 que permite denunciar penalmente solamente por las infracciones administrativas graves expresamente descritas en la ley. Los casos llamados "de efecto equivalente" que podrán sancionarse administrativamente no podrán ser castigados penalmente. La razón de esta exclusión se encuentra en el llamado mandato de determinación o certeza, el cual exige que la conducta delictiva debe estar precisa previamente por la ley. Admitir la penalización de conductas de efecto equivalente implicaría permitir una determinación jurisprudencial mediante analogía de nuevos supuestos de prácticas restrictivas de la libre concurrencia. En reciente jurisprudencia, sin embargo, la Comisión de Libre Competencia ha entendido que también en sede administrativa se respeta el principio de legalidad en los supuestos de "efecto equivalente".[34]

[33] *Ibidem*, pp. 48 y ss.
[34] *Ibidem*, pp. 42-45.

Nuevamente estamos ante una diferencia importante: la Comisión Federal de Competencia no conoce de los delitos en materia de competencia económica (art. 24, frac. III, LFCE); solamente es la competente para interponer las denuncias correspondientes.

B. Sujeto activo

El sujeto activo del derecho penal de la competencia solamente puede ser una persona natural. En este sentido, habrá que individualizar dentro de la organización empresarial quiénes resultan competentes originarios o secundarios por los hechos cometidos desde la persona jurídica. Para este proceso de individualización de las competencias penalmente relevantes, resulta fundamental precisar si el tipo penal bajo análisis constituye un delito común o especial. Una primera lectura del art. 232 del CP peruano podría llevar a la conclusión de que se trata de un delito común, pero un análisis más detallado nos mostrará que, en realidad, se trata de un delito especial.

El tipo penal en su modalidad de abuso de posición de dominio, exige que una persona abuse de su posición de dominio. En este sentido, por ejemplo, el administrador de la empresa que en posición de dominio se niega injustificadamente a contratar con otros, no abusará de su posición de "dominio", sino de la posición de la empresa. Por esta razón, la imposición de una sanción penal al administrador solamente podrá justificarse si se recurre al art. 27 del CP peruano que regula el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro. La necesidad de contar con el art. 27 para no infringir el principio de legalidad, obliga, por otra parte, a limitar el círculo de posibles autores del delito, ya que el art. 27 asume la teoría de la representación. En este sentido, solamente podrán responder penalmente los responsables de la persona jurídica.

La tendencia moderna está encaminada a la sanción penal de los entes corporativos; diversas razones, variadas legislaciones, están de acuerdo, con esta realidad punitiva, y las razones para sancionar a las personas jurídicas son diversas, encontrando las siguientes:

a) Dado el papel preeminente que juegan hoy en día estos entes en la vida económica y social, se nota un creciente número de delitos cometidos aprovechando su cobertura.

b) Se considera insatisfactorio, que siendo la empresa mercantil la autora real de la infracción, sean las personas físicas que actúan en su nombre y no directamente ella, las que soporten las consecuencias del delito cometido.
c) Se hace hincapié en el hecho de que el monto de la multa impuesta a la persona física es naturalmente inferior a la que correspondería si la misma fuese impuesta en forma directa al ente.
d) Se destacan los pocos efectos preventivos de la multa impuesta por vía administrativa. Son numerosos los precedentes en los que la empresa ofrece a su directivo una compensación económica por la sanción impuesta, cuando éste haya antepuesto a la observancia del "deber de vigilancia" la defensa de los intereses de la empresa (Serrano y Piedecasas).
e) Asimismo, dada la enorme amplitud y complejidad de algunas empresas resulta difícil la individualización del culpable.[35]

La modalidad de prácticas colusorias constituye igualmente un delito especial, ya que quien es parte de los acuerdos colusorios es la empresa y no, por ejemplo, el administrador. Pero, a diferencia de la modalidad de abuso, en las prácticas colusorias no resulta necesario acudir al art. 27, sino que basta, para poder justificar la imputación penal al administrador o a cualquier miembro de la empresa, una interpretación fáctica de los elementos del tipo penal. La participación en el acuerdo colusorio, como elemento del tipo penal, dejaría de entenderse en un sentido jurídico y se haría, más bien, en un sentido fáctico, por lo que podría hacerse responsable sin mayores problemas a las personas naturales que actuaron en el lugar de la empresa. Se trata de los supuestos de actuar en lugar de otros impropios y que pueden perfectamente solventarse con la perspectiva fáctica del análisis. Este proceder interpretativo permite ampliar el círculo de autores a todos los que posean el dominio social del hecho, sin infringir el principio de legalidad, al contrario de los casos que solamente pueden solucionarse con base en el art. 27 citado. En este sentido, en la modalidad de prácticas colusorias podrá hacerse penalmente responsable a las

[35] Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 87 y 88.

diversas personas naturales que han participado en el hecho mediante la infracción de competencias penalmente relevantes, lo cual no podrá hacerse en la modalidad de abuso de posición de dominio. Si bien esta solución no parece muy justa, no cabe otra solución en la actual regulación de la fórmula de actuar en lugar de otro.[36]

Frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han surgido básicamente tres objeciones:

a) Carecen de capacidad: Algunas personas manifiestan que la persona jurídica no tiene capacidad propia, no tiene una voluntad que le pertenezca; sostienen que la persona jurídica no puede actuar en el terreno psicológico, que carecen de conocimiento, de discernimiento, de querer.
b) De acuerdo con Savigny, las personas morales son creación del legislador, y no tienen otra vida, que la que el derecho les otorgue. Como se trata de seres ficticios o artificiales, nacidos de la ley para lograr fines de interés común, carecen de voluntad propia y, por lo tanto, no tienen capacidad delictiva.[37]
c) La persona moral no tiene existencia real, propia, no es un verdadero sujeto de derecho. Únicamente una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo puede comportarse en forma culpable (Gunter Jakobs).[38]
d) La pena a imponer a una persona jurídica sería violatorio de la personalidad de las penas porque se sancionaría tanto a la persona humana como a la jurídica.
e) También se menciona que sería una pena injusta, porque de igual forma se castigaría a socios inocentes que nada tienen que ver con la actuación de los demás miembros.[39]

Nos inclinamos por la imposibilidad de fincar responsabilidad penal a la persona moral o jurídica, especialmente por la falta de voluntariedad por parte de ésta, y –siguiendo a Savigny–, porque se trata de meras ficciones legales.

[36] García Cavero, Percy, *Los delitos contra la competencia*, *op. cit.*, pp. 48 y ss.
[37] Sánchez Sánchez, Raúl, *op. cit.*, pp. 93 y 94.
[38] *Ibidem*, p. 96.
[39] *Ibidem*, pp. 100-102.

Consideramos acertada esta posición, ya que en muchas ocasiones, los planeadores de la "infracción administrativa", realizan el hecho ilícito, amparándose en la persona moral, para no "pagar" con su propia conducta, la realización de la conducta administrativamente sancionable. Pero ello no justifica, de ninguna manera, la imputabilidad penal de las personas morales.

C. Conducta típica

La conducta típica del delito de abuso de poder económico está compuesta por dos modalidades distintas: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias.

Abuso de posición de dominio. El art. 232 del CP peruano no castiga, al igual que la regulación administrativa, la posición monopólica u oligopólica en el mercado, sino el abuso de esa posición. En cuanto a la determinación del concepto de dominio debe seguirse los criterios desarrollados en el ámbito administrativo, siendo cuestionable solamente el concepto de dominio colectivo. Esta configuración del dominio no puede ser de recibo en el derecho penal porque podría dar entrada a una responsabilidad penal por el hecho de tercero. La única forma de justificar una responsabilidad penal en estos casos sería aceptar una incriminación de cada conducta individual como delito de acumulación, pero para ello sería necesario que esta conducta esté claramente tipificada en la ley penal, lo cual no sucede en la actual regulación del delito de abuso de posición económico en su modalidad de abuso de posición de dominio.

Nuevamente no concordamos con García Cavero. Si bien es discutible la existencia del abuso de posición dominante colectiva, si la conducta colectiva es realizada en forma concertada, por supuesto que se trata de una responsabilidad individual por parte de cada uno de los sujetos que la realiza.

Los supuestos específicos que constituyen esta modalidad del art. 232 están regulados expresamente en la ley administrativa, a los que el tipo penal se remite. Se trata concretamente de la negativa injustificada a contratar, la discriminación de condiciones y la imposición de cláusulas atadas.[40]

[40] *Ibidem*, pp. 48 y 49.

La negativa injustificada a contratar. Se trata de una conducta unilateral de no satisfacción injustificada de las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. Esta negativa no tiene que ser clara y abierta, sino que cabe entender como tal la no respuesta a los pedidos o la formulación de excusas insubsistentes. La contratación que se niega puede ser de compra o venta, tanto de bienes, como de servicios. Si bien todas las empresas tienen libertad de contratar con quien quieran, en el caso de empresas con posición de dominio el margen de esta libertad resulta menor, ya que no pueden negarse injustificadamente a contratar. La razón de esta limitación se encuentra en la necesidad de que el mercado siga funcionando y no se limite por la decisión unilateral de un particular. El interés de mercado se superpone a la libertad de contratación del particular, siempre que no implique para el particular un daño económico.

En cuanto a la configuración de la conducta típica, debemos señalar que no toda negativa a contratar se encuentra prohibida. Ante todo debe indicarse que la negativa que se deriva de la imposibilidad de cubrir la demanda solicitada no puede castigarse penalmente, ya que en estos casos no existe la capacidad fáctica de cumplir con lo solicitado. Pero ello no quiere decir que el resto de los casos en los que existe posibilidad fáctica de cumplimiento, la negativa a contratar se encuentra sancionada. Siempre caben razones económicas que justifiquen dichas negativas. Por ejemplo, no cabría sancionar el hecho si la negativa se fundamenta en evitar un posible perjuicio económico sobre la empresa, como sería la insolvencia de la empresa solicitante o la falta de condiciones mínimas de un buen servicio de la empresa oferente. Se sostiene incluso que un análisis puramente económico sobre la eficiencia de la negativa podría excluir el carácter prohibido del hecho. En estos casos, habría que proceder como el de "rule of reason" de la ley antitrust norteamericana, para demostrar que la conducta que niega la venta o la compra de bienes o servicios ofrece finalmente una mayor eficiencia para el mercado.[41]

No puede sancionarse una conducta penalmente cuando no se conocen si los hechos realizados son punibles, y la determinación de éstos corresponde a la autoridad administrativa o a la jurisdicción

[41] *Idem*.

penal. En virtud de lo anterior, estimamos que no se puede sancionar penalmente cuando estamos ante una conducta regida por la "rule of reason".

3. La discriminación de las condiciones

Se considera supuesto de abuso de posición dominante "la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros". Si bien la prohibición hace referencia a las condiciones comerciales en general, lo usual es que la discriminación recaiga sobre el precio. Lo primero que debe precisarse es que el trato diferenciado no se deba a cuestiones relativas al costo del producto o servicio (diferenciación de precios). En la discriminación de precios, la empresa en posición de dominio se aprovecha de esta posición para poder sacar a los distintos sectores de consumidores el máximo del precio posible, lo que significaría dejar de lado el precio establecido por la oferta y la demanda. Un trato diferente por prestaciones equivalentes solamente se admitirá, cuando se otorguen "descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones. Por otra parte, de los requisitos de la conducta prohibida puede concluirse también que no estarán sujetos a sanción los casos de discriminación de precios dirigidos a consumidores finales, ya que, en estos casos, no se coloca a ningún competidor en situación desventajosa frente a otros.

Especialmente discutible es la cuestión de si puede incluirse los casos de depredación de precios dentro del supuesto de discriminación de precios. Por depredación de precios se entiende la práctica realizada por una empresa con posición de dominio que reduce sus precios por debajo de sus costos con la intención de generar pérdidas a sus competidores y así eliminarlos del mercado. Parte de la doctrina entiende, con razón, que esta inclusión no resulta posible en la medida que no se ha comprendido en el mencionado supuesto de abuso de posición de dominio los casos de "entorpecimientos" u

"obstaculizaciones". La no contemplación expresa de este supuesto lleva a su exclusión del ámbito de lo penalmente prohibido, aunque cabe señalar que ello no evita la sanción administrativa.[42]

Un elemento, que ha puesto de relieve González de Cossío, es la necesidad de que la conducta infringida conlleve un daño a la competencia; no basta con que exista dicha discriminación –que en muchos casos resulta justificada en el ámbito de los negocios–, sino que es necesario que implique desplazamiento de competidores, impedir el acceso al mercado por parte de otros agentes económicos o establecer ventajas indebidas en perjuicio de uno o varios sujetos (art. 10, LFCE).

4. Imposición de cláusulas atadas

La ley peruana recoge como último supuesto específico de abuso de posición de dominio los casos en que una empresa dominante subordina "la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. En este supuesto de abuso debe existir una cierta coerción por parte de la empresa con posición de dominio para que la otra parte contractual adquiera otro producto o servicio diferente. Por el contrario, si existe una justificación económica de la atadura comercial (mantenimiento idóneo de maquinarias, por ejemplo) la prohibición dejará de tener efecto.

Algunos autores incluyen dentro de este supuesto los casos de convenios de exclusividad. Tales convenios se encuentran en general, admitidos por la legislación civil. No obstante, en caso de ser realizados por una empresa con posición de dominio en el mercado, podrían restringir la libre competencia en la medida que se limitaría la entrada al mercado de otros productos hasta que se desarrollen otros canales de distribución. Por esta razón, la doctrina no niega castigar este supuesto de abuso de posición de dominio. Sin embargo, la necesidad jurídico-penal de una tipificación previa de la conducta prohibida impide su castigo en el ámbito penal.[43]

[42] *Ibidem*, pp. 49 y 50.
[43] *Ibidem*, pp. 52 y 53.

La exclusividad en México está permitida en términos generales por la libertad general de contratar, consagrada en el art. 1858 del Código Civil federal. Puede resultar sancionable, cuando encuadra en los supuestos de las prácticas monopólicas relativas previstas en los arts. 10 a 13, LFCE, lo cual hemos estudiado en otra parte, y no constituyen objeto del presente análisis.[44]

5. Prácticas colusorias

La modalidad de prácticas colusorias contempladas en el art. 232 del CP consiste en participar en prácticas o acuerdos restrictivos de la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Como puede apreciarse, las prácticas colusorias se prohíben penalmente por su objeto o finalidad: impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Esta prohibición se levanta, sin embargo, si se trata de empresas vinculadas en las que existe una unidad de control, pues la libertad de organización al interior de un grupo económico no puede limitarse de una manera sustancial que impida la propia realización de una política económica común. Podría decirse que en estos casos la finalidad de afectar la competencia es reemplazada por la finalidad de organizar adecuadamente la explotación económica de un mismo grupo de empresas.[45]

La LFCE sanciona, *per se*, los acuerdos colusivos de fijación de precios, de reparto de mercados, de acuerdos de producción o de manipulación de licitaciones, sin analizar los efectos procompetitivos que pueden generarse de esta serie de conductas.

Las prácticas colusorias sancionadas penalmente se encuentran especificadas en el art. 6, incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Decreto Legislativo 701.

A. Concertación de precios u otras condiciones de comercialización

El Decreto, en su art. 6, prohíbe la fijación concertada entre competidores de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios.

[44] *Cfr.* Ginebra Serrabou, Xavier, *Derecho de la competencia*, Cárdenas Editor, México, 2001.

[45] *Ibidem*, p. 53.

Se trata de una concertación entre varias empresas sobre el precio o las condiciones de comercialización de bienes o servicios. La última modificación del art. 6 amplió los supuestos a los llamados casos de concertación indirecta, de manera tal que en la actualidad se castigan también las actuaciones unilaterales que han terminado efectivamente en una práctica común (recomendaciones exitosas, por ejemplo). En esta modificación se incluyó también la concertación de precios de bienes, no limitándose la prohibición a los precios de los bienes.

En cuanto a la determinación de la conducta prohibida, cabe señalar que hasta antes de la reforma del art. 6, la concertación de precios no se prohibía administrativamente si la misma resultaba justificada. Este elemento de ponderación constituía una especie de "rule of reason" que permitía la concertación si traía consigo un beneficio para el mercado. Posteriormente, sin embargo, se eliminó la posibilidad de una justificación de la concertación de precios o condiciones de comercialización, de forma tal que la infracción se presentaría como una regla *per se* de esta concertación, aun cuando contuviese, por ejemplo, precios razonables para el mercado. No obstante, a partir de una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se le ha negado a este supuesto el carácter de regla *per se* y se ha admitido nuevamente que, en casos muy excepcionales, esta conducta podría quedar exenta de reproche y sanciones administrativas si trae consigo efectos beneficiosos que superen el perjuicio causado a los consumidores y a la competencia.

Como resulta lógico, en el ámbito penal no podemos seguir ciegamente los criterios desarrollados en el derecho administrativo sancionador. Si bien existe una accesoriedad administrativa de la ley penal, el juez penal no debe determinar la responsabilidad penal a partir de las reglas de imputación utilizadas en el derecho administrativo sancionador. La accesoriedad administrativa en derecho penal exige únicamente una ausencia de contradicción entre ambos ámbitos jurídicos, pero no romper una unidad de criterios. Sostener lo contrario significaría romper la idea de diferenciación funcional al interior del sistema jurídico. Por esta razón, y atendiendo a las propias particularidades del derecho penal, una concertación de precios no puede ser una prohibición penal *per se* (algo que se niega ya en el propio ámbito administrativo), pues siempre resulta posible desvir-

tuar la antijuridicidad del hecho recurriendo a causas de justificación jurídico-penales, por ejemplo, un estado de necesidad. Los rasgos particulares de la prohibición administrativa podrán influir en los elementos típicos de la conducta (delito de peligro abstracto), pero no adelantar un juicio sobre el injusto jurídico-penal.[46]

Lo anterior no resulta aplicable en México, dado que el reparto de mercados es una prohibición *per se*, prevista en el art. 9, frac. III, de la LFCE, por lo que siempre se tratará de una conducta sancionable, y en el caso en que fuera tipificable en los elementos del cuerpo del delito, actualizaría un delito contra la economía pública.

B. Reparto de mercado y de las fuentes de aprovisionamiento

Algunos autores señalan que el reparto de mercado y fuentes de aprovisionamiento estaría incluido ya en la prohibición de la concertación sobre condiciones de comercialización del inciso a) del art. 6, por lo que se trataría de una especificación un tanto innecesaria. En cualquier caso, su reiteración expresa como práctica colusoria tampoco perjudica al sistema de protección de la libre concurrencia. Mucho más importante resulta la discusión de su carácter *per se* en el ámbito administrativo, sobre todo a partir de la derogación de los ámbitos de excepción en las prácticas colusorias. En la jurisprudencia de otros países ha terminado por imponerse el parecer que sostiene que el reparto de mercado o de fuentes de aprovisionamiento no tiene que ser ilegal *per se*, sino que podría admitirse cuando se deriva de un contrato legítimo y favorece las condiciones de competencia. En este sentido, se estaría permitiendo el uso de una regla de razón para excluir su prohibición. Esta línea jurisprudencial puede tener en la actualidad respaldo en el sistema jurídico peruano, en la medida en la que la reciente jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia ha admitido supuestos excepcionales en los que la conducta prohibida se encuentra exenta de sanción administrativa. En el ámbito penal, por el contrario, la existencia de reglas *per se* significaría negar la categoría de antijuridicidad penal, por lo que tales reglas no resultan de recibo.

[46] *Ibidem*, pp. 54 y 55.

En nuestra realidad nacional, el reparto del mercado ha sobrevenido teniendo lugar desde ciertos organismos estatales con gobiernos municipales. No obstante, y aunque se trate de hechos que afectan igualmente la competencia, parece que la legislación peruana no los incluye. En este sentido, la actual conformación de la Comisión de Acceso al Mercado encargada de controlar las barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o permanencia en el mercado, resultaría el lugar más adecuado para cuestionar los repartos de mercado que puedan imponer determinadas instituciones públicas. En el ámbito penal cabrá la posibilidad de plantear si la autoridad pública, al excederse en sus funciones, ha cometido o no delito de abuso de autoridad.[47]

En el derecho mexicano el reparto de mercados (art. 9, frac. III, LFCE) constituye una práctica distinta al reparto de fuentes de aprovisionamiento, que si acaso –esta última–, sería tipificable como una práctica monopólica relativa. Sin embargo, ambas se consideran conductas sancionables bajo el Código Penal mexicano, si se trata de bienes necesarios para el consumo popular o la economía nacional.

Reparto de las cuotas de producción (art. 6, inciso c): El reparto de cuotas de producción presupone un control de la oferta y, por tanto, una alteración anticompetitiva de los precios. En el ámbito administrativo parecería traducirse en una prohibición *per se*. Sin embargo, la experiencia de las agencias de la competencia en otros países muestra cómo a veces un reparto de cuotas de producción permite salvar del colapso a un determinado sector de la producción que ve peligrar su capacidad de producción de beneficios. En la Unión Europea, por ejemplo, se ha recurrido, en casos como éstos, a normas excepcionales que permiten eventualmente un "cártel de crisis". En Perú y en México, habrá que considerar la introducción de similares normas excepcionales en el ámbito administrativo y no dejar únicamente la decisión al buen criterio de la Comisión. Por el contrario, las normas generales del derecho penal permiten hacer una ponderación en sede de antijuridicidad de la conducta juzgada para decidir si, en casos excepcionales (por ejemplo, estado de necesidad), el reparto de cuotas de producción configura un injusto penalmente relevante.[48]

[47] *Ibidem*, pp. 55 a 57.
[48] *Ibidem*, p. 57.

Sin embargo, dadas las actuales redacciones del Código Penal respecto a los delitos contra la economía nacional, de tipificarse éstos, estaríamos frente a una conducta prohibida bajo la LFCE, como bajo el CP mexicano.

–Concertación de la calidad de los productos: Si bien la legislación administrativa prohíbe la concertación sobre la calidad de los productos, resulta lógico también añadir que no toda concertación sobre la calidad de los productos constituye una conducta que afecte la libre competencia. En primer lugar, la propia norma administrativa señala que si la concertación de calidad se ajusta a normas técnicas nacionales o internacionales, tal concertación no estará prohibida. Pero aún limitándonos al ámbito de las concertaciones que no se correspondan con estándares técnicos, no cabe afirmar con carácter general, su carácter anticompetitivo. A esta conclusión, sin embargo, llevó la eliminación de los ámbitos de excepción en la legislación peruana, convirtiendo la prohibición, al menos formalmente, en una regla *per se*. Para evitar precisamente los efectos excesivos de la prohibición, la última reforma de 1996 agregó un elemento de valoración adicional (la afectación negativa al consumidor) con cuya ayuda se ha limitado el castigo sólo a los casos realmente perjudiciales de la libre competencia. De vital importancia será precisar aquello que debe entenderse como una afectación negativa del consumidor. Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que tal criterio no puede reducirse a la calidad del servicio, sino que tiene que tener en cuenta otros factores como, por ejemplo, el precio.

–Discriminación concertada en las condiciones: El art. 6, inciso e, prohíbe en el ámbito de las prácticas colusorias la aplicación en las prácticas comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Como puede verse, se trata de una discriminación de precios o condiciones que no lo hace una empresa en posición de dominio, sino varias empresas que conjuntamente pueden influir en la configuración de la competencia. De esta manera, se reemplaza la posición de dominio por la concertación entre los agentes económicos.

Los supuestos de excepción en esta práctica colusoria son los mismos que en el abuso de posición de dominio, en tanto se establece que "no constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y beneficios que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otra u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones". Sólo la discriminación sustentada en factores ajenos a los estrictamente comerciales configura esta modalidad del delito de abuso de poder económico.[49]

El CP mexicano no prevé una regulación de la discriminación de precios, ya que dicho ordenamiento se inclina más por la política de abastecimiento, que por la de la competencia económica.[50]

C. Imposición concertada de cláusulas atadas

La descripción de esta práctica colusoria en el art. 6, inciso f, del Decreto Legislativo 701 resulta idéntica a la modalidad de abuso de posición de dominio del art. 6, inciso c, del mismo cuerpo legal. Esta similitud permite concluir que la conducta prohibida es, en principio, la misma. No obstante, una interpretación sistemática debe llevar a concluir que en los casos de imposición concertada no debe exigirse que el autor tenga una posición de dominio en el mercado, sino solamente la existencia de una práctica concertada por varias empresas con la finalidad de distorsionar la libre competencia. Esta diferencia tiene especiales repercusiones en el ámbito administrativo, en la medida que, como lo sostiene cierta línea jurisprudencial en Estados Unidos, la imposición de cláusulas atadas solamente resulta *per se* una prohibición en los casos en que existe una posición de dominio en el mercado. Por el contrario, en los supuestos de imposición concertada habrá que determinar si la conducta concreta ha podido distorsionar desfavorablemente la competencia. Si bien esta configuración administrativa tiene repercusión en el tipo penal, tal situación no debe llevar a aceptar prohibiciones penales *per se* que renuncien a un juicio sobre la antijuridicidad del hecho.

[49] *Ibidem*, pp. 58 y 59.

[50] Malamud Goti., Jaime E., *Derecho penal de la competencia. Abastecimiento-monopolios*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 23.

La imposición concertada de cláusulas atadas constituye una variante del abuso de posición dominante, conocido como abuso colectivo, mismo que no está contemplado en la LFCE ni en el CP mexicano (Sánchez), por lo que dicha práctica no sería sancionable en derecho mexicano.

D. Negativa concertada e injustificada a contratar

La negativa concertada a contratar es un supuesto que no estaba incorporado originalmente en la redacción del art. 6 del Decreto Legislativo 701. Ha sido el Decreto legislativo 807 el que lo ha añadido a los supuestos de prácticas colusorias, que lo ha añadido a los supuestos de prácticas colusorias, asumiendo la redacción utilizada en el abuso de posición dominante en el mercado. En estos casos, el perjuicio producido a aquellos a los que se les ha negado injustificadamente contratar, no debe ser al monopolio que una empresa tiene sobre determinados bienes o servicios, sino al efecto limitador de la competencia que tiene un acuerdo entre varias empresas para negarse a comerciar injustificadamente con otra empresa. Se trata de una forma de boicot cometido por varias empresas que acuerdan conjuntamente no comerciar con determinada compañía. Pero hay que recordar que no toda negativa a contratar resulta prohibido, pues, al igual que la regulación del supuesto de abuso de posición de dominio, cabrán supuestos en los que la negativa de varias empresas se sustente en razones económicas plausibles.

Un caso bastante sonado de boicot colectivo se produjo en Estados Unidos cuando la Asociación de Diseñadores textiles (Nacional Designers Guiad) en forma concertada declaró públicamente que no venderían sus diseños a aquellas tiendas de ropa que vendieran a precios de descuento o realización. En Perú, puede citarse el caso de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías de Perú que acordaron no aceptar vender el diario *La Mañana*, ya que este diario había decidido comercializar parte de su tiraje por otra vía de distribución.

Esta práctica, el boicot, está contemplado en el art. 10, frac. VI, LFCE, como la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o

servicios a un agente económico, con el propósito de disuadirlo de determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.

E. La limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones

Este nuevo supuesto de práctica colusoria fue agregado al Decreto legislativo 701 por una reforma de 1996 (Decreto Legislativo 807). La razón de esta inclusión se debe a que la regulación del supuesto de reparto de cuotas de producción no incluía los supuestos de control concertado sobre las cuotas de producción, como hace en otros países. No obstante, la nueva regulación no se ha limitado al aspecto de la producción, sino que ha incluido otros aspectos igualmente importantes para el aumento y mejoramiento de la oferta de bienes y servicios tales como la distribución, el desarrollo técnico y las inversiones.

Un control concertado de la producción se presentó, por ejemplo, en el tan citado caso del "cártel del pollo", en donde las empresas avícolas y la Asociación Peruana de Avicultura concertaron, entre otras cosas, los volúmenes y otros aspectos de la producción de pollo con la finalidad de influir en los precios.[51]

La legislación mexicana de competencia establece un régimen muy limitado en cuanto a prácticas monopólicas absolutas, limitándola a acuerdos de precios, fijación de mercados, acuerdos de producción y licitaciones colusorias (art. 9 LFCE); deja de lado el control sobre la distribución, el progreso técnico o las inversiones, por lo que abogamos por una reforma legal que implique un tipo más abierto.

F. Licitaciones colusorias

El art. 6, inciso i, del Decreto Legislativo 701 considera como una práctica colusoria el establecimiento, la coordinación o la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Sobre la ilicitud de esta conducta no cabe la menor duda, ya que niega la

[51] García Cavero, Percy, *op. cit.*, pp. 59 a 61.

competencia en los procesos de selección para contrataciones y adquisiciones del Estado, así como en las ofertas o subastas públicas. No obstante, su tratamiento dentro del delito de abuso económico presenta serias dificultades, en la medida que el art. 241, inciso 3, del CP contempla expresamente este supuesto. Ante esta duplicidad regulatoria, deberá precisarse el tipo penal que resulte más adecuado para reprimir las licitaciones colusorias.

a) Tipo subjetivo

El delito previsto en el art. 232 del CP requiere, en concordancia con el art. 12 del CP, el dolo del autor. En este sentido, debe imputársele al autor el conocimiento de que ha abusado de su posición de dominio en el mercado o que ha celebrado acuerdos restrictivos de la libre competencia. Ciertas dificultades se presentan en esta imputación de conocimiento en lo que se refiere a los aspectos establecidos por la regulación administrativa de las prácticas contra la libre competencia, cuya relevancia en el tipo penal se encontraría sustentada en la exigencia de que la conducta típica haya infringido la ley de la materia, esto es, el Decreto legislativo 701. Un conocimiento pormenorizado de aspectos como el porcentaje exacto de participación en el mercado de la empresa o la determinación del mercado relevante no tiene que exigirse en la imputación del dolo. Conviene recordar que la ley administrativa a la que remite la ley penal en blanco no establece aspectos complementarios de la conducta prohibida, sino que se ocupa solamente en precisar los elementos ya establecidos en el tipo penal. En este sentido, la imputación de conocimiento que fundamenta el dolo no requiere entrar en los aspectos concretamente regulados por la normativa administrativa, sino que desde la regulación general del tipo penal cabe realizar ya la imputación de conocimiento con base en las competencias de conocimiento del autor y sus concretas circunstancias personales.

Por consiguiente, si un empresario de varios años cuya empresa tiene una posición relevante en el mercado, se aprovecha de esta situación para excluir a los otros competidores, no podrá alegar desconocimiento de que tenía una posición de dominio o que su conducta estaba prohibida, pues su posición personal autoriza la imputación de conocimiento de estos aspectos. En este caso, el dolo se encontrará

perfectamente fundamentado, a no ser que otros hechos relevantes de su situación personal lo hagan entrar en una situación de error, como sería el caso de informes técnicos defectuosos.[52]

El CP mexicano no prevé expresamente el dolo dentro de los delitos del orden económico o contra la economía pública, pero por lo señalado de que difícilmente una empresa que se encuentra en posición monopólica ignora dicha situación, podemos concebir que –al menos de manera tácita– el CP exige el dolo para la configuración del delito.

b) Penalidad

La pena contemplada para el delito de abuso de poder económico es múltiple, en la medida que establece la imposición conjunta de una pena privativa de la libertad (de dos a seis años), multa e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, comercio, arte o industria. No cabe duda que en conjunto la penalidad prevista resulta severa, pero si nos atenemos a las posibilidades de manejo individual podría restringirse su efecto disuasorio. Por ejemplo, la pena privativa de libertad podría manejarse con una suspensión condicional de su ejecución, mientras que la multa podría ser asumida perfectamente por la empresa, la que tomaría en cuenta esta cantidad entre sus "costos" y se la trasladaría finalmente al consumidor. Quizá la pena de inhabilitación pueda ser la más difícil de capear, aunque siempre cabe utilizar en los negocios a un testaferro u hombre de paja para poder seguir en labores de administración a pesar de sufrir una inhabilitación en virtud de una sentencia condenatoria. Por todo ello, quizá resultaría más adecuada la propuesta discutida en los años sesenta en Alemania de hacer efectivas las penas privativas de libertad cortas en los delitos económicos o, en cualquier caso, elevar la penalidad de manera tal que se limiten las posibilidades de una suspensión condicional de la ejecución de la pena.[53]

G. Los cárteles de licitación

El tipo penal que regula los cárteles de licitación sanciona los atentados contra la libre competencia en el ámbito concreto de las licitacio-

[52] *Ibidem*, pp. 4-63.
[53] *Ibidem*, pp. 61-67.

nes y concursos públicos en la contratación y adquisición de bienes y servicios del Estado, así como en los remates públicos. Aunque las conductas tipificadas como cárteles de licitación puedan afectar otros bienes jurídicos del Estado (patrimonio) o de particulares (libertad o patrimonio), su configuración típica como delito económico gira en torno a la idea de libre competencia. Por esta razón, la interpretación del tipo penal no debe limitarse a la forma cómo se lesionan los procesos de selección y de oferta pública, sino que debe poner énfasis en la afectación a tales procesos.

Un sector de la doctrina entiende, sin embargo, que el tipo en comento protege el buen funcionamiento de la administración pública, ya que es la administración la que parece como convocante de los procesos de selección y oferta pública. Si bien esta afirmación resulta indiscutible en las licitaciones y concursos públicos, no puede extenderse con la misma validez al ámbito de los remates públicos. El hecho de que el remate público sea un proceso público no quiere decir necesariamente que tengan lugar en el marco de la actividad de la administración pública, sino que se trata de un proceso abierto al público, y por tanto, abierto a la competencia. En este sentido, también particulares podrán convocar remates públicos (lo que resulta discutible en derecho mexicano) sin intervención de la administración pública (algo que sucede cada vez con mayor frecuencia gracias a los medios de comunicación electrónica) y verse perjudicados por un manejo ilegal de las posturas. En conclusión puede señalarse que la afectación a la función de la administración pública no es un requisito *sine qua non* para la configuración del delito tipificado en el art. 241 del CP.

a) Sujeto activo

La figura delictiva de cárteles de licitación puede ser realizada por cualquier persona, ya que se trata de un delito común. Si bien en algunos supuestos es necesario cumplir con algunos requisitos para poder ser proveedor de la administración pública o postor en un remate público, en principio cualquier persona puede tener acceso a tal situación, en la medida que cumpla con los requisitos exigidos. Las exigencias administrativas no delimitan el círculo de autores, sino el ámbito social de vulnerabilidad del bien jurídico. En el caso

de personas jurídicas, habrá que individualizar las competencias jurídico-penales de las personas naturales que componen su estructura organizativa. Como autor del delito podrá responder cualquier miembro de la empresa, no requiriéndose poseer un cargo directivo o de representación.

b) Acción típica

El delito de cárteles de licitación se realiza en un determinado contexto social: las licitaciones, concursos y remates públicos. Para precisar el contenido de los elementos licitaciones y concursos públicos debemos recurrir a la legislación administrativa del Estado.

La acción típica del delito de cárteles de licitación contiene tres modalidades de realización del tipo, cada una suficiente para configurar por sí misma el delito. Si bien las dos primeras modalidades muestran con mayor claridad su desvalor para los medios empleados (corrupción y coacción), no menos lesiva se presenta la tercera modalidad (colusión), si se atiende al perjuicio que ocasiona en la configuración libre de los precios. Esta gravedad por el resultado de la tercera modalidad del delito de cártel de licitación aconseja, por otra parte, establecer una delimitación cuantitativa con el ilícito administrativo que sanciona esta misma conducta, algo que ciertamente no se ha hecho.

H. Corrupción en licitaciones

La corrupción en licitaciones se configura con la acción de solicitar o aceptar dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios. Se trata de un supuesto específico de corrupción criminalizada penal, por razón de su gravedad, en el CP. Esta modalidad específica de cártel de licitación puede realizarse típicamente de manera unilateral (solicitar ventajas) o bilateral (aceptarlas). La ventaja que el autor se procura, puede, a su vez, ser efectiva o futura. El beneficio es efectivo cuando se trata de dádivas, es decir, de bienes de carácter patrimonial que se entregan a título de liberalidad, al decir de García Cavero. Por el contrario, el beneficio es futuro en el caso de promesas, las cuales pueden consistir en la entrega futura de un bien o la realización de

una prestación de contenido patrimonial, por ejemplo, la entrega de dinero, la condonación de deuda, la realización de un contrato, o no tomar parte de una futura licitación, concurso o remate. Un ejemplo precisamente de este último supuesto tuvo que decidirse en la jurisprudencia española cuando dos sujetos que, con ocasión en una subasta pública para adjudicar la explotación de una cantera de pizarra, se inhibieron de presentar sus posturas a fin de que la cantera le sea adjudicada a uno de ellos a un precio menor de las posturas que estaban dispuestos a ofrecer, a cambio de que el ganador alquilaría luego la cantera a otro.

I. Coacciones en las licitaciones

Como coacciones en licitaciones, se castiga el hecho de intentar alejar a los postores mediante amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. Se trata de un delito de emprendimiento, en tanto se sanciona como conducta delictiva consumada un hecho que sólo intenta obtener un resultado ilícito. El autor actúa con el objetivo de alejar a los postores, es decir, a los competidores reales (a los que ya están inscritos para participar), o potenciales (aquellos que lo están todavía pensando) mediante medios disuasorios o fraudulentos. El disvalor típico de la conducta no se encuentra en la consecución del objetivo propuesto (no participación de otros en una licitación, concurso o remate público), sino en la acción orientada a ese resultado.

J. Licitaciones colusorias

Como tercera forma de afectar la libre competencia en las licitaciones, concursos y remates públicos se castiga la concertación entre diversas personas con el objeto de alterar el precio de adjudicación en los mencionados procesos de selección y oferta pública. No se sanciona, por tanto, todas las concertaciones tendentes a afectar la competencia en las licitaciones, concursos o remates públicos, sino solamente las que están destinadas a alterar de manera directa o indirecta el precio que debería haber resultado de una normal concurrencia de postores. En la medida en que la realización de este delito requiere de un acuerdo de personas, se tratará de un delito colectivo, pues sólo podrá ser cometido si dos o más personas se ponen de acuerdo en una licitación, concurso o remate públicos.

a) Tipo subjetivo

Los cárteles de licitación se sancionan a título de dolo. No cabe una realización culposa o imprudente del hecho. Al autor debe imputársele el conocimiento de la conducta realizada y su idoneidad para perjudicar la libre competencia en los procesos de selección convocados por el Estado, así como en los remates públicos. En la modalidad de las licitaciones colusorias, sin embargo, se menciona expresamente que los participantes en el acuerdo deben tener la finalidad de alterar el precio resultante del proceso de selección o remate público. Esta especificación no resulta excesiva, como, por el contrario, sostiene Abanto Vázquez, pues precisa el ámbito de prohibición penal de esta práctica colusoria. Si bien se protege de manera general la libre competencia, esto no impide que el tipo penal circunscriba la prohibición a las formas de afectación que considera más graves. En este sentido, con la exigencia de un elemento subjetivo especial (finalidad de alterar el precio) se excluye del ámbito penal supuestos de acuerdo sobre otros aspectos no referidos directa o indirectamente al precio. Tales supuestos estarían, en todo caso, abarcados por las normas administrativas.

b) Penalidad

El delito de cárteles de licitación se encuentra castigado con una pena alternativa: el juez penal puede imponer o pena privativa de libertad no mayor a tres años, o pena de multa. La probabilidad de evadir la prisión efectiva resulta muy alta, en la medida que el máximo previsto de pena autoriza aún su suspensión condicional.

Mayor virtualidad disuasoria podría atribuirse a la medida establecida para el caso de cometerse el delito del art. 241 en una licitación o concurso público. En efecto, en estos casos el juez suspenderá al autor o la empresa por él representada en el derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años. En el caso del autor, podría interpretarse esta pena como una inhabilitación en el ejercicio del comercio o industria. No obstante, respecto de la

empresa a la que el autor representa no podría afirmarse el carácter de pena, pues se rompería con ello el principio de *societas delinquere non potest*, aún vigente en nuestro país. Por otro lado, imponer esta "pena" a la empresa en la condena de su representante implicaría aceptar en cierta manera una especie de responsabilidad por hecho de tercero, lo cual se encuentra proscrito por el CP peruano. Por esta razón, sólo cabe entender la medida que se impone a la empresa como una consecuencia accesoria, es decir, como una medida de carácter administrativo que se toma en sede penal para evitar un doble procedimiento.[54]

c) Concursos

En la medida en la que la administración pública es la que convoca los procesos de selección y, por lo general, los remates públicos, existe la posibilidad de participación de funcionarios públicos en el delito del art. 241. En este sentido, el funcionamiento público puede aparecer no sólo como partícipe en el delito de cártel de licitación, sino también como autor de algún otro delito contra la administración pública. El abuso del cargo de funcionario público puede llevar a la realización conjunta de otros ilícitos como el abuso de autoridad, la negociación incompatible o el cohecho. Por el contrario, conviene destacar que el funcionario público que participe en el cártel de licitación no realizará el tipo autónomo de colusión ilegal, sino que deberá ser castigado sólo como partícipe en el delito de cárteles de licitación. La razón de la inaplicación del delito de colusión ilegal se encuentra en que la descripción típica de este delito se ubica en etapas posteriores al proceso de selección de proveedores y no en la etapa anterior al mismo.

La realización del delito de cárteles de licitación, en su modalidad de coacciones en licitaciones presenta una situación de concurso con el delito de coacciones. Para poder decidir el tipo penal aplicable, hay que señalar primero que se trata de un concurso de leyes, en la medida en la que el disvalor del hecho delictivo se encuentra absorbido plenamente por ambos tipos penales en concurso. En este sentido, habrá que recurrir a alguno de los criterios establecidos para solucionar

[54] *Ibidem*, pp. 67 a 74.

los casos de concurso de leyes, siendo el criterio más adecuado para este supuesto el principio de subsidiariedad. En efecto, en la doctrina penal se reconoce que el delito de coacciones es un delito subsidiario frente a otros delitos que afectan la libertad, de manera tal que el tipo penal de coacciones solamente podrá aplicarse en el caso de no ser posible la subsunción del hecho en otro tipo penal.[55]

Los acuerdos colusorios de participación en licitaciones públicas, no es tan grave –a nuestro juicio–, que otro género de conductas colusivas. En efecto, cuando el Estado actúa en su carácter de comprador de bienes o servicios, adquiere en régimen de monopsonio (monopolio de compra), por lo que todos los daños que el monopolio supone para el desarrollo de una economía lo constituye el monopsonio. En buena medida, tales conductas se realizan como una manera de disminuir el poder de mercado de las empresas adquirentes, por lo que se da un fenómeno similar al de la compensación de culpas del derecho común (esto es, la falta de uno, se compensa con la falta del otro), por lo que no entendemos: a) por qué el CP peruano le dedica tantas reglamentaciones; b) por qué tiene sanciones tan altas y c) con qué fundamento se sancionan en derecho mexicano al igual que el resto de conductas colusorias entre competidores.

VII. Los delitos contra la competencia en el derecho mexicano

El examen de los artículos contra la economía pública, dentro de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, deja ver una preocupación legal por el interés económico básico de la masa indeterminada de los ciudadanos. Tratándose del consumo la ley alude expresamente a los artículos de consumo necesario o generalizado, a la afectación que experimente el abasto de los consumidores, al mantenimiento de las mercancías en injusto precio, a los precios exagerados que por diversas conductas en ella descritas deban pagar los consumidores o usuarios.

En cuanto a la riqueza pública, la preocupación legal recae sobre el patrimonio natural en que se asienta la solidez de la economía nacional, como árboles, medios de producción, plantas, acervo zoológico

[55] *Ibidem*, pp. 74 y 75.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

del país, agua de riego. Es ciertamente inevitable un entrelazamiento de aquel interés con otros también legalmente protegidos, como la actividad industrial y las materias primas y demás insumos que ella requiere, la regularidad y lealtad del comercio y la normalidad del mercado interior.[56]

Las consideraciones sobre este delito incluidas en nuestra legislación, han cambiado de acuerdo con el contexto político y la ideología económica preponderante en el momento; así, se observa en el Código Penal de 1871, una marcada tendencia liberal, destinada a proteger "la libre actividad económica"; situación que se modifica a comienzos del siglo XX, con la entrada en vigor de la nueva constitución, y la introducción de ideas sociales, que se plasman en los ordenamientos penales posteriores.

El CP de 1871, preveía en el Libro III, capítulo XIII, un conjunto de preceptos concebidos con el claro objetivo de tutelar los principios que deberían regir la economía según los partidarios de la ideología liberal, triunfadores en la guerra de Reforma; se protegía el libre ejercicio de la industria, el libre comercio, la libertad de efectuar y participar en remates públicos.

El CP de 1929, influenciado notoriamente por el sentido social que se agregará a las ideas políticas y económicas del país a partir de la Constitución de 1917, que no sólo prohibía los monopolios en su art. 28 (protegiendo con ello el libre mercado), sino también incluía disposiciones de carácter social, principalmente en sus arts. 3, 27 y 123.

De tal suerte, el CP de 1929 incluyó en su libro III, título XII, en el capítulo I, los llamados "delitos contra el comercio y la industria". En este capítulo se incluían hipótesis penales de toda índole, tutelando no sólo las disposiciones meramente liberales, heredadas del CP de 1871, sino también los principios constitucionales estipulados por la Carta Magna de 1917, ocasionando notables confusiones.

El CP vigente actualmente, ubicó los delitos que ahora estudiamos dentro de su libro segundo, en el título Décimo cuarto denominado "Delitos contra la economía pública"; en el texto original, se incluían tres capítulos: "Delitos contra el comercio y la industria" (denominación heredada de 1929), así como los castigos relativos

[56] López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, Porrúa, t. IV, México, 2004, pp. 340 y 341.

a "Vagos y malvivientes" (capítulo II) y a los juegos prohibidos (capítulo III).

La nueva disposición sistemática del código, erradicó los antiguos tipos que tutelaban la libertad de comercio, industria y remates públicos, preservando sólo los principios señalados en el artículo 28 de la Carta Magna.

Con las reformas introducidas al CP el 5 de enero de 1955, el 5 de diciembre de 1979 y el 30 de diciembre de 1989, se modificó el nombre del capítulo I y el contenido de algunos artículos, quedando como actualmente se conserva, "Delitos contra el consumo y la riqueza nacionales".

1. Análisis dogmático de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales

2. Clasificación del delito

a) En función de su gravedad

Este criterio de clasificación, abarca dos vertientes:

1. Clasificación bipartita.
2. Clasificación tripartita.

En nuestro país, la clasificación bipartita es la que prevalece. De acuerdo con ésta, las conductas en análisis son delitos.

b) En orden a la conducta del agente

Existen dos formas de conducta a través de las cuales el sujeto activo puede cometer el ilícito, a saber:

1. *Acción.* Por requerir de un movimiento corporal del agente al cometer el ilícito.
2. *Omisión.* El sujeto exterioriza su voluntad mediante una inactividad, al no efectuar la acción debida u ordenada en la ley.

Los delitos contra el consumo y riqueza nacionales, pueden cometerse tanto por acción como por omisión, en virtud de lo establecido

por el art. 253. Son actos u omisiones que afectan gravemente el consumo nacional.

c) Por el resultado

Dicta la doctrina, que en función del efecto que producen los actos ilícitos, se dividen en formales y materiales.

Los delitos aquí analizados son materiales, en virtud del resultado acarreado por la conducta criminal.

d) Por el daño que causan

Dentro de este rubro, los ilícitos pueden ser de lesión y de peligro. Los delitos en estudio pertenecen al grupo del de lesión, pues ocasionan un daño directo y efectivo al bien jurídicamente tutelado.

e) Por su duración

Dentro de este ámbito, los delitos se dividen, para su estudio, en instantáneos, permanentes y continuados.

1. *Instantáneos.* Se cometen mediante la realización de una acción única, o bien, de una compuesta por diversos actos que entrelazados producen el resultado, ateniéndose esencialmente a la unidad de la acción.
2. *Permanentes.* En éstos la conducta del agente se prolonga a través del tiempo. Hay continuidad en la ejecución, persistencia del propósito.
3. *Continuados.* Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola acción lesiva, varios actos y una sola lesión.

De acuerdo con esto, los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, pueden ser tanto instantáneos, si se agota en su misma consumación; permanentes, si la conducta ilícita se prolonga a través del tiempo; y acto continuado, cuando se verifica mediante diversas acciones discontinuas.

f) Por el elemento interno

Antiguamente se consideraban tres categorías, quedando actualmente sólo dos en nuestra legislación:

1. *Culposos.* Cuando el agente no tiene la intención de delinquir pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza.
2. *Dolosos.* Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer el delito.

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son de naturaleza dolosa, pues se requiere la realización de actos u omisiones voluntarios de parte del agente; que tenga la intención de medrar en la economía nacional, buscando o no provecho propio.

g) En función de su estructura

Nos dice la doctrina que los delitos pueden ser simples o complejos, dependiendo del número de bienes jurídicamente tutelados, es decir, de las lesiones jurídicas que se provocan.

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son delitos simples, en virtud de que el bien jurídico tutelado es la economía pública, entendida como la producción, distribución y consumo de bienes y servicios en el país.

h) En relación con el número de actos integrantes de la acción típica

Esta categoría se refiere se refiere al número de actos necesarios para su consumación, a saber:

1. *Unisubsistentes.* El agente lleva a cabo su propósito con la ejecución de un solo movimiento, se realiza un acto para su tipificación, que no puede fraccionarse en varios.
2. *Plurisubsistentes.* Necesariamente se requiere la concurrencia de dos o más acciones en su realización, se pueden dividir en varios sucesos, que al fusionarse producen la unidad delictiva, por ser el fin mismo del agente.

El delito en análisis es unisubsistente y requiere la actualización de una sola de las hipótesis marcadas en el código para quedar configurado.

i) En relación con el número de sujetos que intervienen en el hecho típico

Recordemos que esta categoría distingue dos tipos de delito:

1. *Unisubjetivo.* Cuando el tipo se colma con la participación de una sola persona.
2. *Plurisubjetivo.* Cuando el tipo penal exige la participación obligada de dos o más individuos.

El delito en estudio pertenece a la clasificación de los unisubjetivos, en virtud de que la ley no establece como requisito indispensable para su configuración la presencia de dos o más sujetos:

j) Por su forma de persecución

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son perseguibles de oficio.

k) En función de su materia

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son de carácter federal y local. Dejó de ser materia común al ser derogado por el Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F., el 17 de septiembre de 1999, el cual entró en vigor el 1 de octubre de ese año.

l) Clasificación legal

Al título Decimocuarto pertenecen los Delitos contra la economía pública, del libro segundo del Código Penal.

Imputabilidad e inimputabilidad

a) Imputabilidad

La imputabilidad es la capacidad plena de querer y entender en el campo del derecho penal.

b) Acciones libres en su causa

Las disposiciones relativas a la *actio libera in causa*, son aplicables también en el caso de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de inimputabilidad, su conducta es punible.

c) Inimputabilidad

El aspecto negativo de la imputabilidad, entendido como la capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Cabe recordar, que son consideradas como causas de inimputabilidad las siguientes:

1. Inmadurez mental.
2. Trastorno mental transitorio.
3. Falta de salud mental.
4. Miedo grave.

La conducta y su ausencia

A) La conducta

a) Clasificación

En relación con la conducta del agente los delitos se clasifican en delitos de acción, y de omisión, y estos últimos a su vez se subdividen en ilícitos de omisión simple y de comisión por omisión.

El delito en estudio es de acción y de comisión por omisión, en virtud de que su realización exige de parte del agente el despliegue de actos corpóreos, o alguna omisión que ocasione resultados materiales.

Señala el art. 253 del CP: Son actos u omisiones que afectan gravemente el consumo nacional.

b) Sujetos

1. *Sujeto activo.* Llámese así al agente del delito, quien mediante una conducta, sea ésta de carácter positivo o negativo, realiza un hecho tipificado en la ley como delito.

Como la ley no establece calidad alguna para el sujeto activo en estos delitos, podrá ser cualquier persona.

2. *Sujeto pasivo*: Es el titular del bien jurídicamente dañado o puesto en peligro por la comisión del acto ilícito; para el delito en análisis, se trata de una persona jurídica colectiva, es decir, la sociedad en su conjunto.
3. *Ofendido*: Se trata de quien resiente directamente el daño ocasionado por el delito. Además de lo considerado en el párrafo anterior, los ofendidos en el delito en estudio serán quienes sufren las consecuencias materiales del acto, por ejemplo, los consumidores.

c) Objeto del delito

Distinguimos dos tipos de objetos: el objeto jurídico, consistente en el bien jurídico tutelado por el ordenamiento punitivo, y el objeto material, consistente en la persona o cosa sobre la que recae el delito.

Dentro del delito en análisis, el objeto jurídico es la economía pública. El objeto material, se equipara a los bienes de consumo o de producción que motiven la comisión de este ilícito.

d) Lugar y tiempo de la comisión del delito

Los arts. 4 y 5 del CP federal establece cuándo habrán de sancionarse los delitos con arreglo a las leyes federales del país.

B) Ausencia de conducta

La ausencia de conducta, identificada como aspecto negativo del delito, puede presentarse por las siguientes hipótesis:

- Fuerza mayor.
- Fuerza física superior o irresistible
- Hipnotismo.
- Sonambulismo.

Tipicidad y atipicidad

A) Tipicidad

a) Tipo penal

Es definido como la descripción de una conducta ilícita plasmada por el legislador en el ordenamiento legal.

Título Decimocuarto: Delitos contra la economía pública:

Artículo 253: Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años, y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

I. Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:
   a) El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores.
   b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.
   c) La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.
   d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.
   e) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con

el objeto de obtener un alza en los precios o se frene el abasto de los consumidores.

Si se depone la conducta ilícita dentro de los dos días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión, o de cien a quinientos días multa.

f) La exportación, sin permiso de la autoridad competente, cuando éste sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.
g) La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a sesenta días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa.
h) Distraer, para usos distintos mercancías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos.

En cualquiera de los casos señalados en las fracciones anteriores el juez podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la empresa de la que el delincuente sea miembro o representante, si concurren las circunstancias mencionadas en el art. 11 de este Código.

En los casos de los incisos a), f) y de la fracción I y IV de este artículo, la autoridad que tenga conocimiento de los hechos procederá de inmediato a depositar los bienes de consumo necesario o generalizado, las materias primas para elaborarlos o las materias primas esenciales para la actividad industrial nacional. El depósito se efectuará en un almacén general de depósito que sea organización auxiliar del crédito y los bienes serán genéricamente designados, en los términos del artículo 281 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; cuando se trate de bienes cuya naturaleza no permita el depósito genérico, se constituirá

el específico, señalando asimismo, el plazo y condiciones en que habrá de procederse a su venta o destrucción conforme a lo que establece el artículo 282 de la misma Ley. El certificado de depósito que se expida tendrá el carácter de no negociable y será remitido al Ministerio Público, o, en su caso, al Juez que conozca del proceso, para los efectos que procedan.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las medidas y sanciones administrativas que establezcan las leyes correspondientes.

Art. 253 bis (se deroga)

Artículo 254:

Se aplicarán igualmente las sanciones del artículo 253:

I. Por destrucción indebida de materias primas, productos agrícolas e industriales o medios de producción, que se haga con perjuicio del consumo nacional.
II. Cuando se ocasione la difusión de una enfermedad de las plantas o de los animales con peligro para la economía rural.
III. Cuando se publiquen noticias falsas, exageradas o tendenciosas o por cualquier otro medio indebido se produzcan trastornos en el mercado interior, ya sea tratándose de mercancías, de mercancías, de monedas o títulos y efectos de comercio.
IV. Al que dolosamente, en operaciones mercantiles exporte mercancías nacionales de calidad inferior, o en menor cantidad de lo convenido
VI. A los funcionarios y empleados de cualquier entidad o dependencia pública que entreguen estos insumos a quienes no tengan derecho de recibirlos; o que indebidamente nieguen o retarden la entrega la entrega a quienes tengan derecho a recibirlos, se harán acreedores a las sanciones del artículo 253.

Tipicidad. Es la adecuación de la conducta del sujeto activo al tipo penal; sólo habrá delito cuando el sujeto se comporte exactamente como ha sido descrito por el legislador en el ordenamiento penal.

c) Clasificación del tipo penal

1. Por su composición: Normal.
2. Por su ordenación metodológica, fundamental.
3. Por su autonomía o independencia, autónomo

VIII. La reforma aprobada

La reforma adiciona un artículo 254 bis, y deroga artículo 253, fracción I, inciso d, todos del Código Penal Federal, para quedar como siguen:

> Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de tres a diez años y con mil a tres mil días multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes:
>
> I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
> II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
> III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
> IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.
>
> El delito previsto en este artículo se perseguirá por querella de la Comisión Federal de Competencia, la cual sólo podrá formularse cuando la Comisión Federal de Competencia haya resuelto previamente en el ámbito de su competencia sobre los hechos materia de la querella.
>
> No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 33 bis 3 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.
>
> Los procesos seguidos por este delito se sobreseerán a petición del Pleno de la Comisión, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión. La petición anterior se hará discrecionalmente antes de que el Ministerio Público de la Federación formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera.
>
> La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

IX. Conclusiones

Existen diferentes modos de enfocar los actos ilícitos en el derecho de la competencia: la vía administrativa, la vía penal y la doble vía fundamentalmente. Estimamos que un enfoque multidisciplinar permite una mejor persecución de las conductas anticompetitivas.

En el derecho de la competencia el bien jurídicamente tutelado es la protección de los competidores, si bien en el derecho mexicano, la LFCE estima que lo que protege ésta es el proceso de competencia y libre concurrencia. De ser así, no habría propiamente una garantía de competencia y libre concurrencia.

El derecho peruano abarca la doble persecución de las prácticas anticompetitivas, si bien exige, al decir de García Cavero, la necesidad de dolo calificado para la persecución penal de las personas.

Es sumamente discutible la responsabilidad penal de las personas morales, mismas que estimamos contrarias a los principios de culpabilidad y voluntariedad del derecho penal.

El CP peruano regula como conductas delictuales muchas de las figuras que la LFCE reputa prácticas monopólicas absolutas, como los acuerdos colusorios de precios, de reparto de mercados, de fijación de la producción o de colusión en las licitaciones. Este último es especialmente sancionable en el derecho peruano.

En México existe un desfase entre la expedición de la LFCE en 1992 y la vetusta legislación de los delitos contra la economía pública del CP mexicano, que data de muchos años de antigüedad.

Los delitos por violación a las normas de competencia en derecho mexicano, tienen más que ver con situaciones de protección frente al desabasto, y limitaciones a la competencia sobre productos básicos, que sobre la protección del proceso competitivo, tal como lo regula la LFCE.

Ante la ausencia de una reforma en el corto plazo, es necesario acudir a su utilización (las normas penales de protección de la competencia), para que las normas antimonopolio en México no sean vulneradas, vivamos un auténtico Estado de Derecho y en definitiva, alcancemos un mejor nivel internacional de competitividad, que se traduzca en mejores situaciones para la población mexicana.

En general, estimamos esta parte de la reforma como inapropiada, por la falta de adecuación de las conductas del art. 9 de la LFCE a las garantías y principios propios del derecho penal, además de que son demasiado elevadas.

D = O x E

Francisco González de Cossío

Sumario: I. *Introducción*. II. *El modelo*. III. *Propiedades vectoriales de las relaciones jurídicas*. IV. *Las sugerencias*. V. *Comentario final*.

I. Introducción

La existencia de un Estado de Derecho tiene ramificaciones sociales importantes. Afecta a todo y a todos dentro de una sociedad. Ello tiene implicaciones utilitarias. Tales, que contar con un Estado de Derecho es un elemento de riqueza de una nación. No es exageración.

Nuestro Estado de Derecho dista de ser lo que podría ser. El problema es serio. Afortunadamente, la solución no es difícil. Este estudio sugiere una solución. Para ello, invita un cambio epistemológico en su concepción, mismo que se encapsula en la fórmula que constituye el título de este ensayo. Para lograr el fin señalado, procederé a sugerir un modelo conceptual (§II), para luego explicar las consecuencias en las relaciones jurídicas (§III), procediendo con sugerencias para lograrlo (§IV).

II. El modelo

Las relaciones jurídicas son un conjunto de vínculos que unen a toda la sociedad y a todas las cosas dentro de la sociedad.[1] Significan tanto

[1] No hago distinción entre derecho personal y real pues, para efectos de este análisis, es indiferente. La descripción social y económica aplica a ambos.

cargas como créditos, y los mismos tienen un valor tanto social como económico.

Del lado del acreedor significan un haber: tienen frente a su deudor derecho a algo. Su valor es determinado por dos variables: su valor (sea que se exprese monetariamente o no) y la probabilidad de que se cumpla, ya sea espontáneamente o coactivamente. Este último se llama riesgo.

Del lado del deudor significa una carga: una obligación a hacer algo. Y de nuevo, ello tiene un valor: su monto multiplicado por la probabilidad de que el deudor pueda ser obligado a cumplirla.

En ambos casos la constante es la misma: el valor *real* de un derecho y obligación es determinado por la multiplicación de dos variables: su *quantum* por su ejecutabilidad.

1. Expresión mediante una función

La idea descrita tiene implicaciones importantes. Para explicarlas, las expondré mediante una función, según del lado en que se observen: del lado del acreedor (como un derecho) y del lado del deudor (como una obligación).

A. Derecho

Del lado del acreedor, la idea es expresable mediante la siguiente función:

D = O x E

Donde:

D = Derecho
O = Obligación
E = Ejecutabilidad (Riesgo).[2]

[2] La transformación de la falta de certeza en "riesgo" es un gran paso. La 'falta de certeza' es la condición en la que uno no puede determinar la probabilidad de un evento y por ende no puede determinar una forma de asegurarse contra su ocurrencia. Por otro lado, 'riesgo' implica la habilidad de hacer una determinación actuarial de la probabilidad de que un evento tenga lugar y por ende asegurarse en contra del mismo, y a un costo adecuado.

Aunque la función anterior es suficiente para trasmitir la idea aquí defendida, el lector incisivo podría querer ir más lejos. Para ello, añadiría que E = PE x CE x T donde:

PE = Probabilidad de éxito[3]
T = Tiempo
CE = Costo de ejecución

E es un costo. Si se cumple espontáneamente es cero. Si se tiene que recurrir a la mecánica legal para hacerlo cumplir tendrá un costo determinable con base en tres variables: el costo de ejecución (*CE*), la probabilidad de éxito (*PE*) y el tiempo (*T*). El Costo de Ejecución son los costos legales.

B. Obligación

La perspectiva del deudor también merece ser expresada matemáticamente:

O = C x E

Donde:

O = Obligación
C = Costo
E = Ejecutabilidad (Riesgo)

Lo anterior podría parecer banal. Trillado inclusive. Después de todo, todos los abogados aprendemos en los primeros semestres de la carrera la noción de un 'Derecho' y de una 'Obligación'. Invito a que se revalore bajo el esquema anterior. El motivo: las implicaciones epistemológicas que tiene, a las que ahora me aboco.

2. Implicaciones

Las implicaciones del modelo descrito son enormes, si se perciben sus sutilezas. Tales, que auguro que después de meditar sobre ello,

[3] La *PE* es función del aspecto sustantivo del caso.

el lector comprenderá con más detenimiento el porqué del postulado inicial de este ensayo (que el Estado de Derecho es un elemento de riqueza de las naciones) y no volverá a ver con los mismos ojos las deficiencias prácticas de nuestra ciencia.

A. Acreedor

Del lado del acreedor, el *valor* de un derecho conjuga su ejecutabilidad. La utilidad (felicidad) que deriva un acreedor de un derecho en su patrimonio incrementa cuando puede hacerlo cumplir rápida y eficientemente. Un propietario derivará más riqueza de un derecho fácilmente ejercible sin necesidad de hacer erogaciones importantes, que cuando no lo es. Un ejemplo puede ilustrar. Un propietario de un inmueble derivará más utilidad de la renta del mismo cuando puede, en forma rápida y eficaz, desahuciar a un inquilino moroso, que cuando hacerlo implica un proceso costoso y largo (¿suena familiar?). Y ello impacta su valor de intercambio. Continuando con el mismo ejemplo, si el derecho a arrendar un inmueble puede hacerse cumplir en forma enérgica en poco tiempo a un costo transaccional bajo, el mercado estará dispuesto a pagar más por el inmueble. De nuevo, ello beneficia al acreedor: su derecho *vale* más.

En esencia, un activo es más preciado cuando existe un Estado de Derecho. El motivo: *el Estado de Derecho es un componente económico de todos los derechos en un sistema jurídico*. Un mismo activo vale más en una jurisdicción con un Estado de Derecho robusto que en otra que dista de serlo.

Los patrimonios de los sujetos de derecho ubicados en un sistema con un Estado de Derecho se ensanchan; y desinflan en sistemas que distan de serlo.

B. Deudor

Del lado del deudor, el valor de una *obligación* conjuga su ejecutabilidad. Las relaciones jurídicas implican, del lado del deudor, una carga: una obligación a algo. Y de nuevo, ello tiene un valor, pero ahora cobra una cara distinta: *costo*.

Una obligación es una carga, un peso. Dicho peso pesa más cuando el sistema que lo hace cumplir es eficaz y rápido, que cuando no.

Ello tiene implicaciones importantes. Si el deudor sabe que puede ser coactivamente obligado a cumplir con la obligación, su respuesta natural será cumplirla: hará de la necesidad una virtud. Cumplirá sin necesidad de coacción. Pero si no existe certeza de ello, tendrá incentivos para incurrir en mora.[4] Y entre menos certeza exista, el incentivo se agudiza y más probable es que no se cumpla. Dicho de otra manera, *el cumplimiento espontáneo de una obligación es inversamente proporcional al costo de ejecución coactiva de la misma.*

Existe una correlación positiva entre la eficacia del mecanismo legal y el cumplimiento espontáneo de las obligaciones. Y dicha *correlación* refleja *causalidad.* Lo cual encierra una ironía: *entre más exitoso es el derecho para hacer cumplir obligaciones, más probable es que no se use.*

3. Conclusión

El modelo conceptual que he descrito arroja una conclusión: *una manera de incrementar el bienestar de todos en una sociedad es mejorando la eficacia del derecho*. Al hacerlo, los derechos incrementan su valor (y por ende el patrimonio de su acreedor) en la medida en que la eficacia del mismo sea incrementada. Es por ello que el *Estado de Derecho es un elemento importante de la riqueza de una sociedad.*

III. Propiedades vectoriales de las relaciones jurídicas

Las relaciones jurídicas tienen propiedades vectoriales. Los científicos e ingenieros utilizan las matemáticas como una herramienta para describir el comportamiento de los sistemas físicos, ilustrando las propiedades físicas de magnitud y de dirección mediante por vectores.[5] Algo similar sucede con las relaciones jurídicas, pero la propiedad que comunican es distinta: *valor*. Sus componentes son una conjugación de dos variables: el *valor original* –medido monetariamente– del *derecho* contenido en la relación, multiplicado

[4] El motivo: el costo será incurrido sólo si es inferior al costo de no cumplirse. El deudor cumplirá la obligación sólo si el costo de incumplirla es mayor al costo de cumplirla.

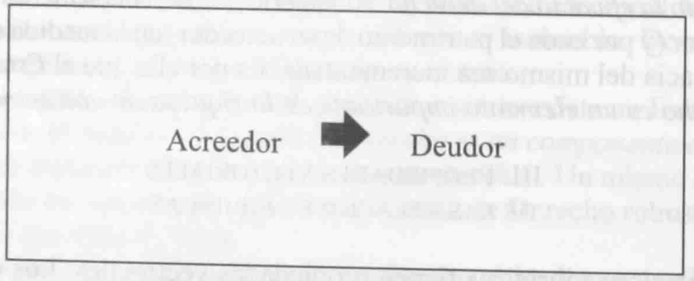
[5] Algunos ejemplos de cantidades vectoriales son la fuerza, la velocidad y la aceleración.

por su *ejecutabilidad*. El valor *real* de un derecho es el resultado de multiplicar el valor original por su ejecutabilidad, entendida como la probabilidad de hacerlo cumplir coactivamente, tomando en cuenta el costo de hacerlo. El resultado arroja un total, que es el *valor*. Este valor es representable mediante un vector, cuyo grosor es representativo de su valor. Entre más alto sea, más ancho será el vector. Lo inverso es igualmente cierto: entre menor sea su valor, más angosto será el vector. La noción puede ilustrarse de la siguiente manera:

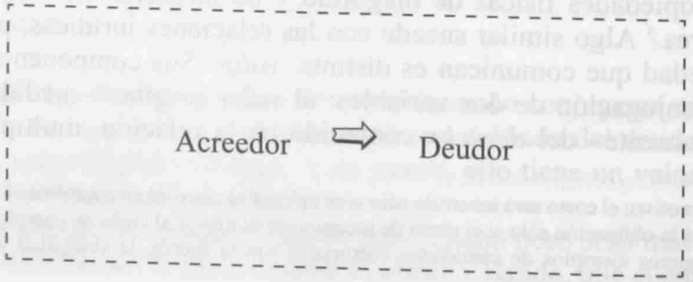
Acreedor ⟶ Deudor

El grosor del vector varía atendiendo al derecho y jurisdicción aplicable al derecho. Si es una jurisdicción que goza de un buen Estado de Derecho, se ensanchará. En jurisdicciones con un Estado de Derecho pobre, enflacará. Ilustrémoslo.

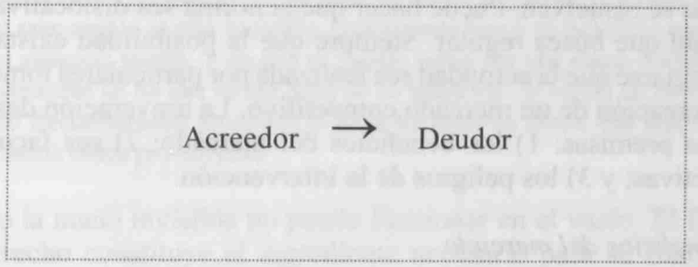
Caso 1: Jurisdicción con un Estado de Derecho *sólido*



Caso 2: Jurisdicción con un Estado de Derecho *mediocre*



Caso 3: Jurisdicción con un Estado de Derecho *pobre*



Como con los sistemas físicos, los vectores son facilitadores de transmisión de información. En nuestro caso, arrojan una lección clara: *el grosor del vector –el valor del derecho– depende del derecho y jurisdicción aplicable*. Si se trata de un Estado de Derecho pobre, el vector será esbelto, indicando poco valor. Si se trata de un Estado de Derecho robusto, el grosor será mayor, indicando mayor valor. La moraleja: el valor de un activo, un derecho, depende en forma crucial del Estado de Derecho en el que está inmerso. Y las consecuencias son claras. De allí que defienda la idea que el Estado de Derecho es un elemento de riqueza de las naciones. Impacta el patrimonio de todos quienes se ubican en él.

IV. Las sugerencias

Entendido el modelo, la pregunta es obligada: ¿de qué sirve? De mucho. Apreciado el impacto que tiene la ejecutabilidad de una obligación en el valor de un derecho, el enfoque se centra en ella. Y ello trae aparejado una lección: entre más fácil sea hacer cumplir una obligación, más vale, inclusive en ausencia de la utilización de los mecanismos coactivos para hacerla cumplir.

Existen tres políticas que deseo sugerir que se adopten: a) el mercado como opción; b) la intervención como excepción; y c) generar incentivos correctos.

1. El mercado como una opción

Antes de meter las manos en actividad económica, debe observarse qué sucede en la economía. Ya lo advertía Vivante: antes de *regular*,

hay que *observar*. El motivo: no hacerlo propicia más problemas de los que se resuelven. Puede hacer que la norma sea dislocativa de la realidad que busca regular. Siempre que la posibilidad exista debe privilegiarse que la actividad sea realizada por particulares fomentando la creación de un mercado competitivo. La aseveración descansa en tres premisas: 1) los beneficios del mercado; 2) sus facultades correctivas; y 3) los peligros de la intervención.

A. Beneficios del mercado

Un mercado es un medio en el que convergen los intereses de quienes desean saciar necesidades u obtener satisfactores y de quienes buscan saciarlos ofreciendo sus productos. Más formalmente, es un mecanismo mediante el cual compradores y vendedores interactúan para determinar el precio y cantidad de un bien o servicio.[6]

El mercado es un facilitador de intercambio.[7] Es *un* medio de juntar deseos: de quienes ofrecen y de quienes quieren. No es el *único* medio, sólo el más apto de las alternativas que a la fecha la humanidad ha explorado. No es perfecto. Sólo el mejor.

Gracias al mercado, todos los días satisfactores son producidos y vendidos al precio más adecuado dadas las circunstancias a las personas que más lo desean. Y las cantidades son impactantes. Diariamente cientos de millones de productos son ofrecidos por centenares de miles de productores y vendedores a muchos millones de consumidores mediante centenas de millones de operaciones. Éste interactuar no es organizado por nadie. Dicha orquesta no tiene director. Sucede sola. El único motor detrás de la misma es el imán del mercado. El interés privado. Y todas dichas fuerzas se conjugan equilibradamente gracias a un *medio* y un *mecanismo*. El *medio* es el mercado y el *mecanismo* es el de precios.

La metáfora de la mano invisible de Adam Smith sigue siendo tan vigente como cuando fue ideada. Smith decía:[8]

[6] Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economics*, 15a. ed., Nueva York, McGraw Hill, 1995, p. 23.

[7] Coase, Ronald R. H. Coase, *The Firm, The Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988, p. 7.

[8] Adam Smith, *The Wealth of Nations*, 1776. ("Every individual endeavors to employ his capital so that its produce may be of greatest value. He generally neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. He intends only his own security, only his own gain. And he is in this led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. By pursuing his own interest he frequently promotes that of society more effectually than when he really intends to promote it").

> Cada individuo se ocupa de emplear su capital con miras a producir el mayor valor posible. Por lo general no busca promover el interés público ni sabe cuánto lo está haciendo. Únicamente busca su beneficio particular, su ganancia propia. Y en ello es guiado como por una mano invisible que promueve un fin que no era parte de su intención. Al seguir su interés propio frecuentemente promueve el de la sociedad en forma más efectiva que cuando busca promoverlo.

Pero la mano invisible no puede funcionar en el vacío. El Estado de Derecho constituye el ingrediente necesario para su funcionar. Lo que es más, sin un 'brazo legal' fuerte la mano invisible actuaría artríticamente. Ya lo hacía ver el Premio Nobel de Economía, Ronald H. Coase:[9]

> Quienes operan en … mercados dependen … del sistema jurídico del Estado…

Podría preguntarse sobre la injerencia del derecho en el mercado y el mecanismo de precios. Es muy sencillo: es un costo. Dicho más apropiadamente, en la medida en que el Estado de Derecho es confiable, menos *costos de transacción* tienen que soportarse para comerciar. Entre menos confiable sea, más sinuoso será el terreno sobre el cual ocurren las operaciones descritas, y serán más riesgosas. Y el riesgo es un costo.

La moraleja que deseo derivar es la siguiente: el Estado no es más que un medio. Dicho medio debe procurar ser lo que fue diseñado a ser: un 'algo' que se justifique sólo en la medida en que su costo no exceda sus beneficios.

B. Facultades autocorrectivas del mercado

El mercado tiende a autocorregirse. Dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas

[9] Coase, *op. cit.*, p. 10 ("Those operating in … markets have to depend …on the legal system of the State…").

de un mercado particular tienden a remediarse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas incentiva la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece –más que ayuda– la solución de los problemas de un mercado.

En términos generales, en un mercado donde rige el principio *laissez-faire*, la regla general es ausencia de regulación económica. Son los particulares quienes determinan *qué* hacer, *cómo* y *para quién*. En forma excepcional, el Estado influye en dicha toma de decisiones. La teoría económica de la regulación nos dice que ello debe tener lugar *grosso modo* sólo en los siguientes casos: en presencia de un monopolio natural[10] y cuando existen externalidades[11] a combatir.

Además, la regulación implica monitoreo continuado por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello invita cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Ello dificulta que el agente económico responda a los estímulos del mercado. Por ello, con frecuencia el mercado –con todos sus bemoles– es superior a la mejor de las intervenciones.

Admito que la coyuntura internacional hace peligroso hablar de desregulación. Invito –no, ruego– al lector a concluir este estudio, o por lo menos esta sección IV.A, antes de desecharlo como resultado del paradigma pasado de desregulación, al que se le atribuye la actual crisis internacional.

C. Peligros de la intervención

Obviamente existen instancias en las que se justifica regular. No deseo insinuar que el liberalismo *total* es *la* solución a *todos* los problemas

[10] Un 'monopolio natural' existe cuando, al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. En términos más formales: cuando la curva de costo promedio declina siempre, no obstante la cantidad.

[11] Una 'externalidad' existe cuando la totalidad de los costos de producción de un producto no son reflejados en su precio; alguien tolera un costo sin ser remunerado, o recibe un beneficio sin pagar por el mismo. Existen externalidades positivas y negativas. Ejemplos de negativas son el ruido y la contaminación.

económicos, disto de ser un 'fundamentalista del mercado'. Pero tampoco es la regulación la solución a todos los problemas económicos. ¿Cómo distinguir?

Para que una regulación se justifique y sea positiva, debe constreñir la actividad a la que va dirigida de una manera costo-efectiva. Para ello, deben sopesarse: a) los *costos* impuestos por la regulación a la luz de los resultados que se busca que genere, b) los *resultados* que en verdad genera, y c) la probabilidad que el resultado sea distinto al esperado.[12]

Si los costos pesan más que los objetivos, o éstos pueden ser logrados de una manera que afecte menos la actividad económica, o los resultados no se logran, o se logran en una medida inferior a la que se desea, la regulación es inefectiva. Ya sea porque sobre-regula, regula mal o simplemente no se justifica.

La apreciación es importante por una realidad que no debe pasar desapercibida: los abogados somos *in natura* reguladores, y ello nos lleva fácilmente a ser *sobre*-reguladores. Dado nuestro entrenamiento, tenemos una tendencia natural a regular. Antes de hacerlo, debemos cuestionarnos si la regulación se justifica, o si la medicina es más dañina que la patología.

2. Evitar intervencionismo

El Estado tiene funciones que cumplir, pero no todas. La intervención es una tentación que debe evitarse. Debe percibirse como excepción, no como regla. Antes de implementar una medida legal o económica (por ejemplo, crear una burocracia) debe analizarse si: 1) es posible que la actividad sea realizada por particulares; y 2) si la medicina no es más dañina que la enfermedad. Después de todo, el Estado no es una panacea.

La experiencia muestra que una vez que un gobierno comienza una actividad, casi nunca es concluida. Más aún, tiende a expandirse y tenderá a requerir un presupuesto cada vez mayor, más que a su reducción o abolición.[13]

[12] Sobre esto, ver la sección siguiente sobre 'intervencionismo'.

[13] Esta aguda observación es realizada por Milton Friedman, *Free To Choose. A Personal Statement*, San Diego, Hartcourt, 1979, 1990, p. 32.

El Estado, la maquinaria estatal, es un peso que los ciudadanos tienen que pagar por vivir en una sociedad. Dicho 'peso' debe ser aminorado y los derechos de propiedad respetados. No hacerlo trae resultados negativos. Inclusive, un estudio reciente[14] concluye que el precario Estado de Derecho mexicano explica su mediocre desempeño económico en comparación con el mundo y América Latina en una etapa en la que todo el mundo se benefició de un crecimiento económico importante de los últimos años.[15] En sus palabras:[16]

> La propuesta [de Levy] contribuye a mejorar el bienestar de México en una dimensión que es esencial para la prosperidad de la sociedad moderna: *el fortalecimiento del Estado de Derecho.*
> [The proposal finally contributes to improving Mexico's welfare along a dimension that ... is essential to prosperity in a modern society: *strengthening the rule of law.*]
> (Énfasis en original)

Lo que aquí se defiende tiene implicaciones en otros ámbitos. La historia enseña que cuando un gobierno puede interferir fácilmente con la propiedad privada, tienden a generarse incentivos y desincentivos perversos.[17] Las palabras de Ludwig von Mises siguen siendo tan vigentes como cuando fueron emitidas en 1927:[18]

> ...lo que el liberalismo sostiene no es que el orden capitalista sea óptimo desde cualquier punto de vista. Afirma simplemente que, para alcanzar los fines que los hombres persiguen, la sociedad capitalista es la única indicada, y que los modelos sociales que se llaman socialismo, intervencionismo, socialismo agrario y sindicalismo son irrealizables.[19]

[14] Santiago Levy, *Good Intentions, Bad Outcomes. Social Policy and Economical Growth in Mexico*, Brookings Institution Press, Washington, 2008.

[15] Santiago Levy sostiene que el mediocre crecimiento de México en comparación con América Latina y el mundo, en particular en una época en la que todo el mundo se benefició de un crecimiento económico importante, obedece a que la combinación existente de programas sociales es dañina tanto en términos sociales como económicos. Las incoherentes políticas sociales existentes en México le dan a los trabajadores incentivos para buscar trabajos de baja productividad, e incentivan a las firmas a invertir en proyectos que son lucrativos en forma privada pero subóptimos en forma social. En términos generales, la estructura de incentivos implícita en los programas sociales hacen que los trabajadores sociales y firmas se comporten de manera que son contrarias al crecimiento productivo a largo plazo.

[16] Levy, *op. cit.*, p. 291.

[17] Esta aseveración puede ser cuestionada y estudiada en un interesante libro (curiosa, ¿o atinadamente?) escrito por un historiador ruso: Richard Pipes, *Property and Freedom*, Nueva York, Vintage Books, 1999.

[18] Ludwig von Mises, *Liberalismus*, Gustav Fisher, Jena, 1927.

No seguir dicho consejo tiene resultados no sólo negativos, sino con frecuencias sorpresivos. De nuevo, von Mises alerta:

> Desde cualquier lado que consideremos el intervencionismo, conduce siempre a un resultado que no está en las intenciones de sus autores y fautores, y que desde su propio punto de vista no puede menos de parecer irracional y contrario al objetivo perseguido, y por tanto políticamente insensato.[20]

La precaución es temporalmente importante. Nuestra coyuntura es peligrosa. Ante la debacle financiera reciente, el paradigma del papel del Estado en la economía seguramente se revisitará y posiblemente redefinirá.[21] Dos bandos se enfrentan: regulación *versus* desregulación. Mientras que quienes enarbolaban lo segundos son hoy puestos bajo la hoguera, quienes defendían lo primero son vanagloriados como los portadores de la voz de la razón, que algunos rehusaron escuchar.[22]

Postulo que existe un falso dilema. No se trata de *más* –sino *mejor*– regulación. Mientras las fuerzas ideológicas que cimientan el *statu quo* se ponen bajo la mira, es de esperarse que no se olvide todo lo

[19] Cita de la traducción al español por Juan Marcos de la Fuente: Ludwig von Mises, *Liberalismo. La tradición clásica*, Unión Editorial, Madrid, 2007, p. 133.

[20] *Ibidem*, p. 127.

[21] Inclusive algunos aseveran que la crisis es sintomática de que el capitalismo no es el mejor sistema. Considero que el postulado es exagerado e infundado. Es cierto que el problema financiero obedeció a problemas (inclusive deficiencias) del sistema capitalista. Pero concluir que ello es probativo del fracaso *in toto* del mismo me parece falaz. Creo que una postura más apropiada es que se trata de *un* fracaso –no *el* fracaso– de mercado. Un estudio reciente hace un análisis inteligente y objetivo del tema (Richard A. Posner, *A Failure of Capitalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2009). En esencia, el problema es macroeconómico. Y no olvidemos que dicha ciencia es joven (nació hace menos de un siglo, en los años treinta, después de la Gran Depresión) y seguimos aprendiendo.

[22] En las fechas en que éste estudio se concluía pensadores importantes lanzaron al mercado de las ideas obras que deben ser analizadas para empezar a (correctamente) dirigir este (importante) debate. Por ejemplo, Joseph Stiglitz en *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*; George Soros, *The New Paradigm for Financial Markets: The Credit Crisis of 2008 and What It Means*, Public Affairs, Perseus Book Group, United States of America, 2008; Charles R. Morris, *The Trillion Dollar Meltdown*, Public Affairs, Perseus Book Group, United States of America, 2008.

ganado hasta la fecha. Una lección importante del análisis económico del derecho es que la sobre regulación genera distorsiones y costos que entorpecen y encarecen la actividad económica.

Existe mucha experiencia y conocimiento ganado con respecto a cuándo regular, y cuándo no. De 1948 a verano de 2008 la economía mundial creció más que los últimos 2000 años. El bienestar económico presente nunca ha sido visto. Pero no es equitativo. Y ello es conspicuo. Ante los avances en las comunicaciones, la proclividad del surgimiento de los sentimientos que invitan los movimientos sociales alertados crece.[23]

3. Incentivos

A. El derecho como creador de incentivos

El derecho genera incentivos. Desafortunadamente, no siempre los correctos. Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo.[24] Un incentivo es una llave con un poder asombroso para cambiar una situación.[25]

La importancia de los incentivos no debe ser subestimada. Sus efectos son enormes, tanto social[26] como económicamente.[27] Cuando los

[23] La aseveración descansa en aquella corriente de opinión de la sociología que considera que no es la pobreza *per se* la que ha propiciado los movimientos sociales, sino cuando es aunada a la percepción de los desfavorecidos que otra clase social tiene beneficios sociales diversos. Es decir, es la *relatividad* de la *disparidad* la que propicia la *inconformidad*.

[24] Para abundar sobre este tema ver las obras *Incentives, Motivation and the Economics of Information*, Donald E. Campbell, Cambridge University Press, Cambridge, 2006 y *Repeated Games and Reputations, Long- Run Relationships*, Mailath, George J. and Larry Samuelson, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

[25] Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

[26] Piénsese por ejemplo en el caso de conducta ilícita. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿por qué no existe más crimen? La respuesta: el incentivo *social* de no ser percibido como un criminal.

[27] Los incentivos son los determinantes del desempeño económico. Así lo hace ver el (premio Nobel de economía) Douglas C. North al decir: "...incentives are the underlying determinants of economic performance" (*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 135).

incentivos se diseñan bien pueden ser muy efectivos. Mal manejados pueden generar el resultado inverso.[28]

Al diseñar normas jurídicas deben tomarse en cuenta los incentivos que generan. En mi experiencia, este ingrediente es totalmente pasado por alto.[29] Tanto a nivel legislativo, como contractual, como en la administración de instituciones y gestión de organizaciones.[30]

Y no sólo se trata de tomarlos en cuenta. Deben también ser esbeltos: deben provocar la conducta deseada al menor costo posible. Para ello, los mecanismos de mercado deben también ser tomados en cuenta pues con frecuencia son más efectivos.

B. Normas autoequilibrantes

Deseo hacer eco de una idea que he expresado en otros contextos:[31] en el diseño del derecho deben procurarse normas autoequilibrantes.[32] Por norma 'autoequilibrante' deseo aludir a normas que en su diseño incluyen mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces.

Pondré un ejemplo. En caso de que los jueces hagan condenas importantes en costas a partes cuyo *uso* de un derecho se convierte en *abuso* del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos veces el ejercicio de una acción, y la enderezará únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir,

[28] Por ejemplo, una multa pequeña puede *invitar*, más que *desalentar*, la conducta en cuestión.

[29] Y la omisión explica conducta reprochable en todos los segmentos de nuestra sociedad.

[30] Es cierto que el diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos. Y con frecuencia no es claro: es necesario palparlo empíricamente. Pero ello no milita en contra de su utilización, sino a favor de su continuado estudio.

[31] Francisco González de Cossío, *El Estado de Derecho: un enfoque económico*, Porrúa, México, 2007.

[32] El término 'auto-equilibrante' no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del derecho.

le haría un contraservicio. Los efectos accesorios son importantes: habrá menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad.

La procuración de dichas normas hace relevante la (empolvada) teoría del Abuso del derecho. Si un derecho es ejercido con el único objetivo de hacer daño, debe perderse. Y no sólo eso, puede (y debe) engendrar sanciones adicionales.[33]

La procuración de este tipo de normas hará más eficaz la aplicación del derecho y desestimulará el que se use abusivamente.

V. Comentario final

D = O*x*E: el *valor* de un derecho es igual al *quantum* de la obligación multiplicado por su *ejecutabilidad*.

Entre más pronto lo reconozcamos mejor podremos usar el modelo para hacer de la herramienta jurídica un mecanismo de bienestar social.

[33] La utilización cínica, farisea o selectiva de un derecho debe tildarse de abusiva.

LA CUESTIÓN TERRITORIAL EN EL FEDERALISMO MEXICANO DEL SIGLO XIX

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

SUMARIO: I. *Antecedentes novohispanos*. II. *Un México independiente: el primer intento federalista*. III. *Un México federalista: creación del Distrito Federal y nacimiento de los estados*. IV. *Fracaso del primer relevo presidencial y ataques al federalismo*. V. *Los límites internacionales durante el federalismo y el centralismo*.

No pocos autores señalan que el federalismo en México surge a partir de la Constitución de 1824, tanto en el ámbito político, económico, administrativo y en el territorial.

> El federalismo mexicano ha existido en diferentes constituciones de nuestro país, por ejemplo, en la Constitución de 1824, art. 4o., como forma de gobierno de la nación, así como el nacimiento de la República Mexicana de manera representativa, popular y federal.[1]

No obstante, existen hechos previos que preparan el advenimiento de esta forma de gobierno que adopta el gobierno mexicano, la cual responde a la propia tradición colonial novohispana, a la geografía y a las características económicas del nuevo país. Señala un viejo folleto publicado por un zacatecano en 1825 (y reimpreso en Veracruz en

[1] Antonio de Jesús Mendoza Mejía, *El federalismo, una forma de gobierno*, coordinación de Carlos Alfredo Sepúlveda Valle, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 166.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

1834) algunas de las ventajas del sistema federal que debe adoptar México, entre las cuales destacan:

> a) El sistema federal es más fácil de gobernar ya que cada estado dicta sus propios actos de gobierno y los habitantes no tienen que trasladarse al centro de la República para arreglar sus asuntos. "Caminar desde California a México para terminar cualquier asunto o querella es lo mismo que ir a Madrid, la diferencia es corta, las intrigas de la Corte son las mismas, afirmaba el folletista.
> [...]
> c) El federalismo dificulta el abuso del poder, "pues toda su ciencia y naturaleza consiste en la división y subdivisión de los poderes". Este argumento se adelanta al actualmente sostenido de que el federalismo es una expresión que encuentra su causa en el principio de división de poderes, cuya manifestación horizontal o en la misma esfera de poder consiste en la clásica división de los departamentos del poder: Legislativo, Ejecutivo, Judicial. Mientras que su manifestación vertical, inspirada en los mismos principios, se expresa en distintas esferas: federal, estatal y municipal.
> d) El sistema federal propicia el desarrollo intelectual, industrial y comercial del estado, pues debe depender tan sólo de sus propios recursos y no del centro del país. Al requerir autoridades propias, éstas deben provenir de su propio medio, pues no puede tolerarse que sean allegadas de una figura del centro del país, por lo que la institución se mejora para los futuros gobernantes de los estados.
> [...]
> f) Aunque hay aspectos comunes, el federalismo es el único sistema de gobierno que contempla un respeto por las diferencias específicas de cada estado, al ser atributo de su soberanía el legislar sobre las materias de su competencia, de la manera que mejor les parezca.[2]

I. Antecedentes novohispanos

Durante el periodo colonial, México vive bajo la administración de un gobierno central, el cual decide la aplicación de las disposiciones en sus territorios, sin tomar en cuenta a su población y diferencias geográficas, salvo en el caso de contabilizar el número de habitantes para el pago de impuestos.

[2] Manuel González Oropeza, *El federalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995 (Serie C, Estudios Históricos, 53), pp. 28-29.

En el aspecto territorial, en la Nueva España existieron varias clases de divisiones territoriales, como la eclesiástica, que era la más importante, la división territorial administrativa-judicial (determinada por los distritos jurisdiccionales de las audiencias, subdivididos en gobiernos, corregimientos y alcaldías mayores) y la administrativa-fiscal, surgida a partir de las Reformas Borbónicas del siglo XVIII. Esta es la que por ahora nos interesa señalar, por ser la más próxima al surgimiento de México como nación independiente, o como señala Edmundo O'Gorman,

> Como por los días en que se inició y consumó el movimiento de independencia, estaban vigentes el sistema de Intendencias y el de provincias Internas, debemos puntualizar la forma en que, según ellos, presentando el cuadro respectivo con la enumeración de las porciones que lo integraban, no sólo porque es el antecedente inmediato a las divisiones posteriores, sino porque durante algo más de dos años después de consumado el movimiento de emancipación sigue siendo válido, de tal suerte que debe afirmarse, literalmente, que aquella división colonial pertenece también a la historia política del México Independiente.[3]

Sin embargo, es necesario señalar la llamada "división antigua" del virreinato, compuesta por veintitrés provincias mayores:

- Reino de México (con cinco provincias mayores: México, Tlaxcala, Puebla de los Ángeles, Antequera, Valladolid).
- Reino de Nueva Galicia (con tres provincias mayores: Xalisco, Zacatecas, Colima).
- Gobernación de Nueva Vizcaya (con dos provincias mayores: Durango, Chihuahua).
- Gobernación de Yucatán (con tres provincias mayores: Yucatán, Tabasco, Campeche).
- Reino de Nuevo León.
- Colonia de Nuevo Santander (Tamaulipas).
- Provincia de los Tejas [*sic*].
- Provincia de Coahuila.
- Provincia de Sinaloa.

[3] Edmundo O´Gorman, *Historia de las divisiones territoriales de México*, 5a. ed., México, Porrúa, 1979 (Sepan Cuantos, 45), pp. 12-13.

- Provincia de Sonora.
- Provincia de Nayarit.
- Provincia de la Vieja California.
- Provincia de la Nueva California.
- Provincia de Nuevo México de Santa Fe.[4]

Lo anterior nos permite apreciar la extensión del territorio novohispano durante los siglos XVII y XVIII, hasta que, por orden de los monarcas Borbones, se dispone una nueva división territorial, que comprendía las llamadas Provincias Internas y las Intendencias, las cuales coexisten al mismo tiempo. Es durante la estancia del Visitador General de la Nueva España, José de Gálvez, que se decide aplicar esta nueva forma de división territorial, lo cual presentó varios problemas; la Comandancia General de las Provincias Internas comprendería toda la región norte del virreinato, lo que incluiría a las provincias de Sinaloa, Sonora, Californias, Nueva Vizcaya, Coahuila, Texas y Nuevo México, todas ellas estarían bajo un comandante general independiente del virrey novohispano, y cuya capital sería Arizpe, en Sonora.

Poco tiempo después se advirtió lo impracticable de esta acción, por lo que se decide dividir la comandancia en tres grandes porciones, se elimina su autonomía y de nuevo dependen del virrey, además se suman el Reino de Nuevo León y la Colonia de Nuevo Santander a estas comandancias. Las tres nuevas comandancias fueron:

- Coahuila, Texas, Nuevo León, Santander y los distritos de Parras y Saltillo.
- Nueva Vizcaya y Nuevo México.
- Sonora, Sinaloa y ambas Californias.

Un par de años más tarde (1787) se decide que las tres comandancias pueden reducirse a dos, y crear así las Provincias Internas de Oriente y las Provincias Internas de Occidente:

- Oriente: Coahuila, Tejas, Nuevo León, Santander, los distritos de Parras y Saltillo.

[4] *Ibidem*, pp. 13-14.

- Occidente: Nueva Vizcaya, Nuevo México, Sonora, Sinaloa y las Californias.

En 1792 se ordena de nuevo la creación de una Comandancia con las provincias de Coahuila, Texas, Nueva Vizcaya, Nuevo México, Sonora y Sinaloa (con los distritos de Parras y Saltillo), recuperando su autonomía del virrey. Las Californias, el reino de Nuevo León y la Colonia de Santander regresaban al poder del virreinato de la Nueva España. De nuevo se vuelve a adoptar, en 1804, la organización de 1787 bajo el nombre de Comandancias de Oriente y Occidente, y se ordena que las Californias, Nuevo León y Santander formen parte de las Provincias Internas, dependientes ambas del poder virreinal. Esta última forma de organización es la que consigna la Constitución española de 1812.[5]

Por lo que respecta a las Intendencias, éstas se crean a partir de la ley del 4 de diciembre de 1786, intitulada *Real ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de exército y provincia en el Reino de la Nueva España.* La trascendencia de esta institución es que "fue necesario, ante todo, hacer una división territorial que fijase las porciones sobre las que ejercían jurisdicción los intendentes, recibiendo cada porción el nombre de Intendencia".[6] Y continúa señalando O´Gorman: "la división se practicó tomando por base, como ya tengo dicho, las antiguas unidades territoriales que formaban las provincias de la Nueva España, aun cuando introdujo alguna novedad, sobre todo en los nombres, que se tomaron de la ciudad señalada por capital de la Intendencia".[7] De tal manera que la división territorial que existió en México al término del periodo colonial y durante la consumación de Independencia quedó conformada por doce intendencias, tres gobiernos y dos provincias internas.

Intendencias:

- México.
- Guadalajara.

[5] *Ibidem*, p. 19.
[6] *Ibidem*, pp. 20-21.
[7] *Ibidem*, p. 21.

Mapa de México, California y Texas, *ca.* 1850

La división territorial corresponde a la segunda mitad de la década de los años veinte del siglo XIX.
Fuente: http://www.vintage-views.com/product.php?productid=16331&cat=0&page=613.

- Puebla.
- Veracruz.
- Mérida.
- Oaxaca.
- Guanajuato.
- Valladolid.
- San Luis Potosí.
- Zacatecas.
- Durango.
- Arizpe.

Gobiernos (dependen directamente del virrey):

- Tlaxcala.
- Vieja o Baja California.
- Nueva o Alta California.

Provincias Internas:

Oriente:
- Gobierno del Nuevo Reino de León.
- Gobierno de la Colonia de Nuevo Santander.
- Gobierno de la Provincia de Coahuila.
- Gobierno de la Provincia de Texas.

Occidente:
- Gobierno de Nueva Vizcaya.
- Gobierno de las Provincias de Sonora y Sinaloa.
- Gobierno de la Provincia de Nuevo México.[8]

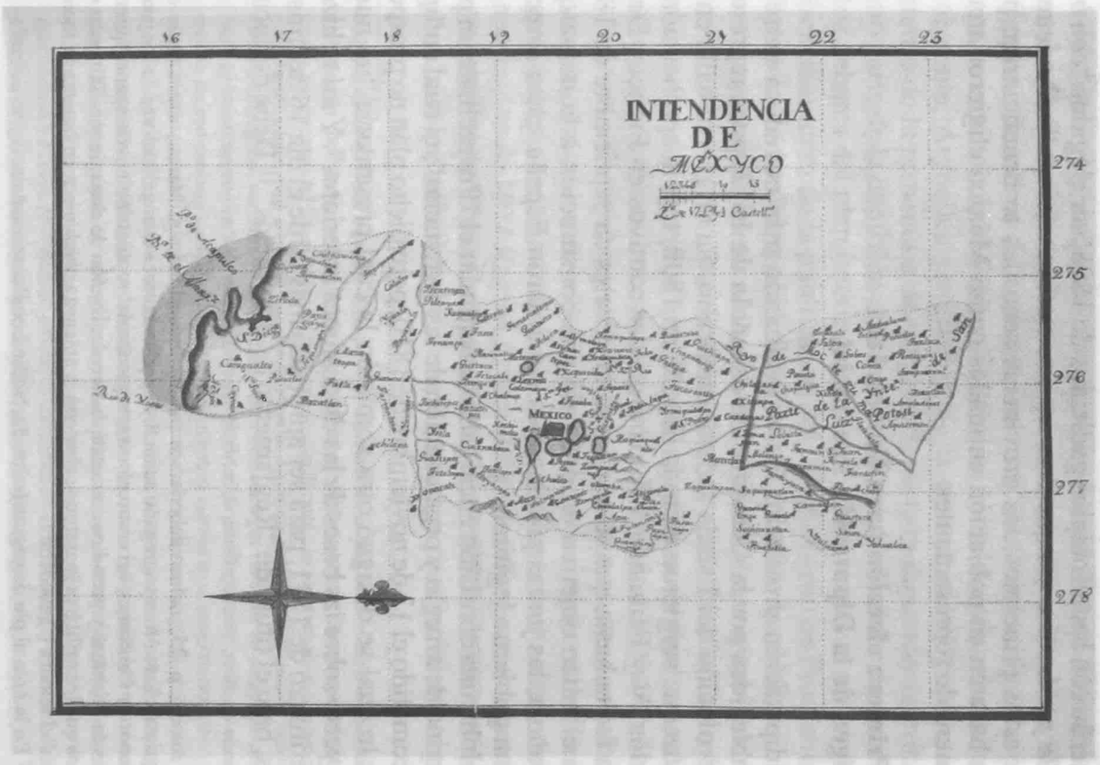
O'Gorman señala: "[la división en] Intendencias y Provincias Internas es el antecedente de las divisiones de México Independiente, resulta que éstas reconocen su origen en la antigua división de provincias; o en otros términos, que nuestra división política, la actual inclusive, descansa en la división territorial que surgió, independientemente de

[8] *Ibidem*, pp. 24-25.

Provincias de Nueva España	*Representantes en 1812**
Puebla de los Ángeles	Antonio Joaquín Pérez
Guadalajara	José Simeón de Uría
Tlaxcala	José Miguel Guridi y Alcocer
Zacatecas	José Miguel Gordoa y Barrios
México	José Ignacio Beye de Cisneros
Guanajuato	Octaviano Obregón
Durango de la Nueva Vizcaya	Juan José Güereña
Tabasco	José Eduardo de Cárdenas
Querétaro	Mariano Mendiola
Nueva España	José María Couto, Máximo Maldonado, Andrés Savariego, Salvador Sanmartín, José María Gutiérrez de Terán, Francisco Fernández de Munilla
Veracruz	Joaquín Maniau
Yucatán	Miguel González y Lastiri
Coahuila	José Miguel Ramos Arizpe
Chiapa(s)	Manuel de Llano
Valladolid de Mechoacán (Michoacán)	José Cayetano de Foncerrada

* José Bravo Ugarte, *Instituciones políticas de la Nueva España*, 2a. ed., México, Ed. Jus, 1992 (Colección Medio Milenio), pp. 92-93. Es también importante señalar que de los 183 diputados constituyentes, 130 eran de España, contra 53 de Ultramar, lo cual será uno de los debates más enconados por parte de los americanos, una justa representación por cada territorio del Imperio español. En las Cortes de 1820 volverán a retomar este punto, además de otros de índole económica.

Mapa de la Intendencia de México (siglo XVIII)



Fuente: *Relaciones geográficas del siglo XVI: México*, México, UNAM, IIA, 1979.

la ley, como respuesta a las necesidades militares de la conquista".[9] La importancia de esta división territorial que existe a inicios del siglo XIX radica en que permite a los diputados novohispanos, de acuerdo con los principios gaditanos de 1808, ser elegidos "*con base en la población*, aunque con representación nacional". De acuerdo con estos principios, las provincias centrales se beneficiaron, pues con base en su población entidades como México eligieron mayor número de representantes.

1. Primera elección para Cortes, 1811
Origen de la Diputación Provincial

La diputación provincial fue la institución más novedosa entre las establecidas por la Constitución española de 1812, pues representa la evolución del Estado federal mexicano. Su origen se halla en las juntas que surgieron en toda España en 1808, tras la aprehensión de Carlos IV y Fernando VII, para quedar cautivos en Francia. Desde esta fecha hasta que se reunieron las Cortes en septiembre de 1810, con el único objetivo de dotar de una constitución a la monarquía española, las juntas provinciales gobernaron España, pues carecían de un gobierno legítimo.

Hubo una comisión encargada de formular el "Proyecto de un plan interino de arreglo y organización de las provincias", el cual cumplió su cometido el 13 de noviembre de 1810, pero dicho plan no prosperó, por lo cual se designó otra comisión la cual presentaría "un nuevo proyecto sobre las bases de las discusiones anteriores". Y así se hizo el 4 de marzo de 1811, para ser aprobado más tarde el día 16 del mismo mes, bajo el título de "Reglamento de Provincias".[10] Debe destacarse

[9] *Ibidem*, p. 25. incluso deberíamos señalar "necesidades militares *y espirituales* de la conquista". Este último agregado se incluye por las labores evangelizadoras de los jesuitas en Sonora y California, así como en otras regiones del septentrión novohispano, quienes a través de misiones y presidios comenzaron la colonización de estas tierras. Tampoco olvidemos que los militares lograron acabar con la amenaza *chichimeca* en lugares de marcada actividad minera y ganadera.

[10] En la nota al pie de página (núm. 3), Nettie Lee Benson señala:

> En cada provincia habría una junta superior compuesta del capitán general, el intendente y nueve vocales. En las provincias de más de nueve corregimientos o partidos, habría tantos vocales como corregimientos o partidos. Cada partido habría de elegir un miembro o diputado a la Junta. Los elegidos deberían tener bienes o arraigo y ser naturales de la provincia o haber tenido en ella diez años de vecindad y estar adornados de las demás cualidades requeridas para ser diputado a Cortes. En encargo del vocal de las juntas provinciales duraría a lo más tres años, y se renovaría por terceras partes cada año. Los vocales habrían de servir sin sueldo, gratificación, honores ni tratamiento alguno, sin derecho a usar insignia ni distintivo por razón de su cargo, sin goce de fuero en las causas civiles; sólo en las criminales gozarían de privilegio de no poder ser acusados, sino en las audiencias o cancillerías territoriales mientras ejercieran el cargo de vocales.
>
> El capitán general, si lo hubiere, sería presidente de la junta y cada junta elegiría un vicepresidente de entre sus individuos por mayoría de votos, cuyo encargo duraría un año sin que pudiera ser reelegido. Cada junta también debería nombrar secretario, quien serviría sin sueldo ni gratificación, y podría ser reelegido después de transcurridos tres años de si nombramiento.
>
> Las juntas serían el conducto por el que el gobierno comunicaría a los pueblos las órdenes gubernativas y cuantas providencias estimasen convenientes dirigidas para la defensa de la patria, y habrían de ejecutar todos los negocios que el gobierno les confiase…

Nettie Lee Benson, *La Diputación Provincial y el Federalismo mexicano*, prefacio de Luis González y González, 2a. ed., México, El Colegio de México, LI Legislatura, Cámara de Diputados, 1980 (Serie Estudios Parlamentarios, 1), pp. 11-12.

que ninguno de los proyecto se "abrigaba el propósito de extender el ámbito... fuera de la península"; José Mejía, diputado americano por el Nuevo Reino de Granada había solicitado "que se extendiese también a América por el gran beneficio que reportaría al Nuevo Mundo si se adoptaba para aquellos países". Agustín Argüelles y Evaristo Pérez de Castro, miembros de la Comisión de Constitución, "advirtieron que ya se entendía que el plan interino *no* incluiría a las Américas"; no obstante, Argüelles manifestó que la constitución "proveería el gobierno de la provincias de ultramar". Ningún diputado americano formó parte de la comisión ni tampoco se volvió a hablar de América en los debates del plan interino.

Siete días antes de la publicación del "Reglamento de Provincias", el diputado de las Provincias Internas de Oriente, José Miguel Ramos Arizpe, se incorporó a las Cortes; él solicitaba nuevos derechos políticos para su tierra natal, entre ellos el establecimiento en Saltillo de una junta superior que llevara el nombre de "gubernativa", compuesta de siete miembros (dos de Coahuila, dos de Nuevo León, dos de Nuevo Santander y uno de Texas), y "que en las capitales de cada una de las cuatro provincias de estableciesen juntas subalternas, integradas por un número de vecinos que oscilaría entre tres y cinco. En noviembre de 1811 Ramos Arizpe dirigió una larga memoria a las Cortes, en donde expuso su propuesta, designando desde entonces que "en cada provincia habría una diputación provincial encargada

de la administración". Es decir, ya apuntaba sus ideas federalistas aún antes de conseguir la independencia. Tras su discusión en las Cortes, se aprobó el proyecto de Constitución, cuyo título VI se refería al gobierno interno de las provincias y pueblos.

Con la promesa de que se tendría en cuenta a las Américas cuando se tratara del asunto del gobierno provincial, al formular la Constitución, los diputados americanos comenzaron a prepararse para esa oportunidad, y durante los debates hicieron todo lo posible a su alcance para aumentar el número de diputados y ampliar los poderes de las diputaciones americanas. Al mismo tiempo, trataron de limitar la autoridad de los funcionarios, nombrados por el rey –el jefe político y el intendente–, privándoles de voz y voto en la diputación provincial. De acuerdo con el Proyecto de Constitución, se concedían seis diputaciones provinciales a la América septentrional: Nueva España, Nueva Galicia, Yucatán, las Provincias Internas de Oriente, las Provincias Internas de Occidente y Guatemala; más tarde se consiguió que la Nueva España tuviera dos: una en la capital y otra en San Luis Potosí.

La Constitución declaró a cada diputación políticamente independiente de las demás. Cada provincia (la constitución gaditana no establecía diferencias entre las provincias de España y las de Ultramar, punto fundamental que los diputados americanos aprovecharon para obtener una diputación en cada una de sus provincias) debía ser gobernada por un jefe político, un intendente y la diputación provincial, subordinados directamente al gobierno central de Madrid por medio del jefe político y los ministros de gobierno.

Ese nuevo sistema de gobierno que implantaba la Constitución de 1812 no contemplaba la figura del virrey, por lo cual "el jefe político era el único funcionario ejecutivo de la jurisdicción en que la diputación provincial tenía autoridad, y sería directamente responsable ante las Cortes de España. El jefe político en la Ciudad de México, que de hecho reemplazó al virrey, carecía de jurisdicción sobre los jefes políticos de Guadalajara, Mérida, San Luis Potosí, Monterrey o Durango. Cada provincia gozaba de una independencia completa con respecto a las demás".[11] Es decir, hacia 1812, la Constitución

[11] Párrafos adelante Benson señala que Calleja solicitó a sus fiscales una interpretación de las facultades que le correspondían según la Constitución, dictaminándose que si tenía jurisdicción en las diputaciones con asiento en la ciudad de México y San Luis Potosí, y pretendió hacer lo mismo con las diputaciones con asiento en Guadalajara, Monterrey, Durango y Mérida, pero por esas fechas se recibió la noticia de la revocación de Fernando VII de los decretos de las Cortes y de la Constitución de 1812. Años más tarde, cuando se nombra al Jefe político superior de la Nueva España, a Juan O'Donojú, el monarca español solicitó a veinte consejeros una interpretación sobre las facultades que tendría O'Donojú, y se determinó que sólo tendría jurisdicción en las provincias representadas en la diputación provincial de Nueva España (Veracruz, Oaxaca, Puebla, México, Michoacán y Tlaxcala), y que las demás diputaciones provinciales y sus jefes políticos eran por completo independientes de aquél. Y continúa señalando Benson: "Así, pues, el origen del federalismo en México se puede remontar a la forma de gobierno establecida por la Constitución de 1812 para España y sus colonias. Proveyó de un gobierno representativo y de independencia política a cada provincia. Creó las diputaciones provinciales, de las que seis se adjudicaron a México... Considerado generalmente como el padre del federalismo en México, Ramos Arizpe bien puede reclamar también la paternidad de la diputación provincial". *Op. cit.*, p. 21.

de Cádiz asignaba a la Nueva España una división territorial de cinco provincias, limitaba el poder sólo a una de ellas, impulsaba el movimiento electoral para integrar las diputaciones provinciales y favorecía su autonomía ante el virrey. De manera lamentable, esta situación ideal sólo dura unos cuantos meses y nunca llega a ponerse en práctica de manera íntegra.

A la par de estas acciones, en el movimiento insurgente encabezado por José María Morelos considera necesario establecer un grupo que tome medidas urgentes de gobierno y asegure la coordinación de acciones del movimiento armado. Surge así un congreso con representantes de las regiones liberadas, el famoso Congreso de Chilpancingo, dominado por delegados letrados (eclesiásticos y abogados). Pero como anota O'Gorman en la ya citada *Historia de las divisiones territoriales de México*, en la Constitución de Apatzingán, en su artículo 42, señala: "esta América Mexicana [posee] diecisiete "provincias", teniendo cada una la extensión "que hasta hoy" se les había reconocido, y además se estableció que las provincias no podían separarse unas de otras en su gobierno (artículo 43)". Las provincias reconocidas por este Congreso son México, Puebla, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Tecpan (Guerrero), Michoacán, Querétaro, Guadalajara, Guanajuato, Potosí, Zacatecas, Durango, Sonora, Coahuila y Nuevo Reino de León. Pero no se hace alusión a las provincias de Texas, Nuevo Santander (Tamaulipas), Nuevo México y las Californias, quizá por olvido o ignorancia.[12]

[12] O'Gorman, *op. cit.*, p. 32.

2. Primera elección municipal, 1813

Una vez firmada la Constitución de 1812, las Cortes iniciaron la tarea de formular los reglamentos necesarios para ponerla en vigor, es así que el 23 de mayo de ese 1812 se expidió un decreto convocando la elección de diputados a las primeras Cortes Ordinarias, bajo el nombre de "Instrucciones conforme a las cuales deberían celebrarse en las provincias de Ultramar las elecciones de diputados de Cortes para las del año próximo de 1813"; se mandaba formar juntas preparatorias en México, capital de Nueva España; en Guadalajara, capital de Nueva Galicia; en Mérida, capital de Yucatán; en Guatemala, capital de la provincia del mismo nombre; en Monterrey, capital de Nuevo León, una de las Provincias Internas de Oriente, y en Durango, capital de Nueva Vizcaya, una de las Provincias Internas de Occidente. "Cada Junta se compondría del jefe político; del arzobispo, obispo o quien hiciese sus veces; del intendente, si lo hubiere; del alcalde más antiguo, del regidor decano, del síndico procurador, y de dos hombres buenos, nombrados por las personas antedichas".

La primera diputación provincial establecida dentro de los límites actuales de México fue la de Mérida, en Yucatán, cuya jurisdicción incluía el Territorio que hoy forman Yucatán, Campeche y Tabasco. La junta preparatoria electoral fue inaugurada en Mérida el 29 de octubre de 1812. Aunque las actas de sesiones de esa junta no se han hallado, "se sabe que el proceso de elección se realizó expeditamente, pues antes de fines de 1812 los municipios ya habían instalado sus ayuntamientos, electos según la Constitución, y el segundo domingo de marzo de 1813 se efectuaron las elecciones de diputados a Cortes de acuerdo con los artículos constitucionales 61, 80 y 328".

El 15 de marzo de 1813, "Juan José Duarte, de Mérida; Ignacio Rivas, de Izamal; Diego de Hore, de Valladolid; José María Ruz, de Tekax; Manuel Pacheco, de Tihosuco; Francisco de Paula Villegas, de Calkini, y Andrés de Ibarra, de Campeche, fueron elegidos miembros de la diputación provincial de Yucatán, con José Joaquín Pinto, Francisco Ortiz y José Francisco de Cicero como suplentes".

También se estableció en 1813 la diputación provincial de Nueva Galicia, donde los decretos del 23 de mayo de 1812 fueron publicados un año después de su proclamación, "o sea el 24 de mayo de 1813".

La provincia de Guadalajara eligió a José Simón de Uría, Juan Manuel Caballero, Tomás Ignacio Villaseñor y José Chafino como diputado propietarios, y a Toribio González y Benito Antonio Vélez, como suplentes. La de Zacatecas, el 12 de septiembre de 1813, "nombró al Conde de Santa Rosa, a Jacinto Martínez y a Rafael Riestra como propietarios, y como suplente a Felipe Chavarrino".

José de la Cruz, jefe político de Nueva Galicia, comunicó al virrey de la Nueva España, el 20 de septiembre de 1813, que "aquel día la diputación provincial de Nueva Galicia quedó formalmente establecida..."[13]

La tercera diputación provincial establecida dentro de los límites de México fue la de las Provincias Internas de Oriente, con su capital en Monterrey. Durante el periodo de 1810 a 1814, hubo en esas provincias repetidos alzamientos revolucionarios: especialmente en Nuevo León y Texas, las revoluciones sucedían a las contrarrevoluciones. "No debe sorprender, sin embargo, que a pesar de todo se estableciese la diputación provincial en vista de que Nuevo León y Texas estaban gobernadas, desde el 1 de abril de 1811 hasta el 11 de marzo de 1813, por una junta gubernativa provincial, cuerpo semejante a la diputación provincial y a las juntas de España, precursoras de la diputación". Esta junta estuvo integrada por Blas José Gómez de Castro como presidente, Bernardo Ussel y Guimbarda como vicepresidente, José León Lobo Guerrero, José Vivero, José Valera, Melchor Núñez de Esquivel, Antonio Silverio de Verridi y Francisco Bruno Barrera, como miembros; esta junta se encargó del gobierno político y militar de Nuevo León desde abril de 1811 hasta 1813, cuando el virrey Calleja nombró a Ramón Díaz Bustamante, gobernador provisional de Nuevo León. Díaz Bustamante muere al mes de ocupar el cargo y se designa al Alcalde mayor, Pedro Manuel de Llano, como gobernador interino, quien deja el puesto a Fernando de Uribe, en su calidad de alcalde mayor recién electo. Uribe convocó la junta preparatoria electoral

[13] Se precisa que para 1813 se convocó a una elección para renovar cada diputación, tal como lo señalaba el artículo 327 de la Constitución de 1812; estas elecciones se llevaron a cabo, de manera tardía, en 1814, siendo electos Juan Francisco Calera y Juan Crisóstomo Dubal, y la suplencia recayó en Agustín de Iriarte. Estos diputados nunca ocuparon sus puestos, pues en ese mismo año Fernando VII revocó la Constitución y anuló todas las actas de las Cortes desde 1811. Benson, *op. cit.*, pp. 27-28.

de 1813, enviando notas a los gobernadores de Nuevo Santander, Coahuila, Texas y Nuevo León para levantar censos.

Por la inquietud y agitación de las provincias, señala Benson: "la elecciones parroquiales y de distrito no se desarrollaron tan rápidamente como esperaba la junta". Como la situación de Texas aún no se solucionaba, se decidió que Nuevo León enviara un tercer diputado, mientras Coahuila, Nuevo León y Nuevo Santander obtuvieron un suplente cada uno. Los diputados electos fueron Bernardino Cantú y José Lobo Guerrero por Nuevo León; Pedro Manuel de Llano como representante de Texas; Melchor Sánchez Navarro y Francisco Antonio Gutiérrez por Coahuila; Ylarión Gutiérrez y Pedro Paredes por Nuevo Santander. Los suplentes fueron Isidro Campos, José Grande y José María Gutiérrez. De tal manera que el 21 de marzo de 1814 se declaró instalada la diputación provincial de las Provincias Internas de Oriente, y comenzó a funcionar de inmediato.

La diputación provincial de México fue la última en establecerse; el jefe político de la Nueva España, Francisco Xavier Venegas, convocó a la junta electoral preparatoria el 11 de noviembre de 1812. Se declararon integrantes de la Nueva España las provincias de México, Puebla, Valladolid, Guanajuato, Oaxaca, Veracruz, San Luis Potosí, Tlaxcala y Querétaro. Debido a la numerosa población de San Luis Potosí y Guanajuato, se autorizó a que nombrara a tres diputados y un suplente por el primer estado, y de cuatro diputados y dos suplentes.

La Constitución de 1812 prescribió, de manera detallada, el método que se aplicaría para realizar estas elecciones: serían indirectas. Los ciudadanos de las parroquias debían escoger electores parroquiales, que, juntándose con los otros electores parroquiales, debían elegir electores de partidos; éstos, a su vez, debían reunirse en la capital de la provincia para nombrar los diputados a Cortes y a la diputación provincial. Las elecciones parroquiales de la Ciudad de México tuvieron lugar el 29 de noviembre de 1812. La junta preparatoria, en su bando oficial del 27 de noviembre de 1812, fijó el 1 de febrero de 1813 como fecha de reunión en la ciudad de los electores de partido de la provincia de México, para elegir diputados a Cortes. Según el artículo 328 de la Constitución, el diputado provincial por la provincia de México debió ser electo el 2 de febrero de 1813; pero no lo fue, porque hubo objeciones contra las elecciones parroquiales realizadas

el 29 de noviembre anterior. Por consiguiente, no se dio ningún paso para reunir a los electores parroquiales mientras Venegas estuvo a la cabeza del virreinato de la Nueva España. Venegas siguió publicando los decretos y bandos de las Cortes, pero sin hacerlos efectivos, y por último suspendió su aplicación. Un caso más del famoso "obedezco pero no cumplo".[14]

Félix Calleja reemplazó a Venegas el 4 de marzo de 1813, y para "apaciguar a los descontentos y a las facciones irresolutas de los realistas" decidió "restablecer la vigencia de la Constitución de 1812 y dar efectividad a los decretos de las Cortes", celebrando las elecciones de diputados; convocó a una reunión de electores parroquiales el domingo 4 de abril, en donde se eligieron los miembros del ayuntamiento, pero no los electores de partido, "si bien el objeto de la elección, inicialmente anunciada en septiembre de 1812, era el de elegir diputados a Cortes juntamente con la diputación provincial".

En la reunión siguiente de la junta preparatoria, convocada por Calleja para el 20 de abril de 1813, se resolvió que los respectivos intendentes de las provincias de Puebla, Veracruz, Oaxaca, Michoacán, Guanajuato, México y San Luis Potosí, así como los gobernadores de Tlaxcala y de Querétaro, prosiguieran y terminaran sin demora las elecciones de diputados a Cortes y de las diputación provincial. Los diputados a Cortes irían inmediatamente a Veracruz, donde se embarcarían para España, y los diputados provinciales de la Nueva España se presentarían en la Ciudad de México dentro de dos meses".[15] Oaxaca no envió representantes, porque estaba en poder de los insurgentes, por lo cual Calleja decidió que la provincia de México, por su numerosa población, enviara dos representantes más, y Michoacán un diputado propietario y un suplente; de esta manera se aseguraba que existieran siete diputados y tres suplentes.

Respecto a las elecciones parroquiales, éstas se llevaron a cabo el 4 de julio de 1813, "los electores parroquiales para la Ciudad de México designados en esa fecha se reunieron el 11 de julio y escogieron electores de partido; estos últimos, en reunión de los demás electores de partido de la provincia de México, nombraron diputados a Cortes el 18 de julio y provinciales al día siguiente. La provincia de México

[14] Benson, *op. cit.*, pp. 32-33.
[15] Benson, *op. cit.*, p. 33.

eligió diputados propietarios a José Miguel Guridi y Alcocer y José María Fagoaga, y suplente a José Antonio Cristo y Conde". Puebla eligió a José Mariano Marín; Querétaro a Pedro Acevedo y Calderón; Tlaxcala a Bernardo González Pérez de Ángulo; ante la imposibilidad de llevar a cabo elecciones en Oaxaca y Michoacán, por estar dominadas por insurgentes, no se efectuaron elecciones. "Cuando Bernardo González Pérez de Ángulo llegó a la Ciudad de México como representante de Tlaxcala, fue apresado en el acto y se le acusó de sedición en tiempos anteriores. A pesar de que apeló ante Calleja invocando la inmunidad de su cargo, su detención fue confirmada, su elección declarada nula y se mandó que Tlaxcala volviese a convocar a electores provinciales para elegir otro diputado. Juan Madrid y Quiñones denunció la elección de Guridi y Alcocer como diputado por la provincia de México, y el 23 de julio Calleja pidió informe al intendente sobre la elección de los representantes de México ante la diputación provincial de Nueva España, y abrió proceso sobre la acusación contra Guridi y Alcocer. No se dio más explicación de esa acusación, pero dado que no era natural de la provincia de México, posiblemente su elección fue impugnada fundándose en la falta de residencia, ya que los miembros de la diputación provincial debían ser naturales de la provincia que representaban o residentes en ella durante los últimos siete años".[16] Benson considera que por su probable afiliación política, a la sociedad de "Los Guadalupes", fue el motivo de su impugnación. Veracruz por su parte eligió a Antonio Manuel Couto como su representante el 15 de marzo de 1814.

La provincia de México, el 16 de marzo de 1814, según la Constitución, eligió como nuevos miembros propietarios de la diputación a José Ángel Gazano y Juan Bautista Lobo, junto con el Lic. Ignacio García Illuesca como suplente. Puebla eligió al Dr. Francisco Pablo

[16] Benson, *op. cit.*, pp. 35-36. *Cfr. La Constitución de 1812 en la Nueva España*, t. 1, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Archivo General de la Nación, Tipografía Guerrero Hermanos, 1912, pp. 213-217. Esta obra contiene diversos documentos relativos a las persecuciones de que fue objeto Bernardo González, diputado por la Provincia de Tlaxcala. Refiere que fue violada su inmunidad de su representación y fueros. El último documento precisa que "se debe declarar nula la elección de Diputado de Provincia que recayó en él [González] y hacerse de nuevo reuniéndose los electores que lo nombraron...", p. 217.

Benson señala que la Provincia de Tlaxcala eligió el 18 de mayo de 1814 como diputado a José Daza y Artazo, fiscal de la Audiencia de México y miembro anterior del Ayuntamiento de Tlaxcala.

Vázquez como propietario y a Juan Nepomuceno de Otero como suplente. La provincia de Veracruz dio aviso el 20 de junio de 1814, de la elección de Ramón Garay, alcalde de Veracruz, como su diputado. Así, para fines de mayo de 1814, habían sido nombrados seis de los siete diputados propietarios y dos suplentes: Guridi y Alcocer y Fagoaga por México, Marín por Puebla, Acevedo y Calderón por Querétaro, Daza y Artazo por Tlaxcala y Couto por Veracruz, con Cristo y Conde, suplente por México y Tomás Rodríguez Pontón, suplente por Puebla.

Entonces surgió la cuestión de si podría integrarse la diputación provincial con unos diputados elegidos para los años de 1813 a 1814 y otros para el bienio de 1815 a 1816. Se resolvió, en una reunión de la junta preparatoria celebrada el 18 de abril, que si la diputación se instalase antes del 1 de junio de 1814 debería componerse de los miembros ya elegidos, pero que, en todo caso, en dicha fecha el cuerpo debería ser renovado con los diputados recién elegidos.

La diputación no quedó constituida ni en junio ni julio; pero Calleja decidió que con los cinco diputados presentes en México se debía instalar la diputación provincial (dos de México más un suplente, otro de Querétaro y uno más de Tlaxcala). Es así que el 13 de julio de 1814 quedó constituida oficialmente la diputación provincial de la Nueva España.

Respecto a Chiapas, Benson precisa que antes de la Constitución de 1824, eran "una simple provincia de la audiencia de Guatemala. Se erigió en intendencia en 1790 y su jurisdicción fue deslindada para incluir los partidos de Chiapa, Tuxtla y Soconusco, con capital en Ciudad Real.

"En agosto de 1814, se habían instalado cuatro de las seis diputaciones provinciales autorizadas dentro de la región mexicana: las de Yucatán, Nueva Galicia, Provincias Internas de Oriente y Nueva España. Los miembros de la otra, la de San Luis Potosí, habían sido elegidos, pero por los indicios conocidos puede dudarse de que fuera instalada. En cuanto a la sexta, la de las Provincias Internas de Occidente, ninguna mención se este cuerpo se ha hallado aún".[17]

En marzo de 1820, en España una Junta Provisional Consultiva convocó a Cortes, y para el 9 de julio las nuevas Cortes comenzaron

[17] Benson, *op. cit.*, p. 41.

su primera legislatura que duró hasta el 9 de noviembre de ese mismo año. Lo inesperado de la convocatoria hizo que en esta primera legislatura la Nueva España tan sólo tuviera seis representantes: José Miguel Ramos Arizpe (quien estuvo preso en Valencia desde 1814 hasta 1820, acusado entre otras cosas por haber participado en las Cortes de Cádiz de 1812 y por supuestos abusos en su encargo como diputado, de ahí que estuviera presente en tan poco tiempo),[18] Francisco Fagoaga, José María Montoya, José María Couto, José Mariano Michelena, Juan de Dios Cañedo y Manuel Cortazar.[19]

Para octubre de 1820, Ramos Arizpe y Michelena presentaron en las Cortes una iniciativa que consideraba los siguientes aspectos:

> 1) que se estableciera una diputación provincial en la ciudad de Arispe, capital de la intendencia de Arispe, comprendiendo las provincias de Sonora y Sinaloa; 2) que aquella diputación provincial tuviera jurisdicción sobre Sonora y Sinaloa y el territorio de la alta y baja California; 3) que la alta y baja California fueran agregadas a la intendencia y al mando militar y político de Arispe; 4) que se estableciera una diputación provincial en Valladolid de Michoacán, con jurisdicción sobre las intendencias de Valladolid de Michoacán y Guanajuato; 5) que la diputación provincial de San Luis Potosí tuviera jurisdicción sobre la intendencia de Zacatecas.[20]

con lo cual pretendían aumentar las diputaciones provinciales de México (y Guatemala), y dar una mejor dirección a los asuntos de las provincias de Zacatecas, San Luis Potosí y Michoacán, además de favorecer el poblamiento de las Californias. Ramos Arizpe manifestó, quizá de manera predestinada, que estas acciones ayudarían

[18] Con la vuelta al trono de Fernando VII en 1814, se disuelven las Cortes el 10 de mayo, por lo cual Ramos Arizpe es detenido. Se le sometió a un riguroso juicio, acusado de traición al rey, y después de más de un año en las cárceles de Madrid fue trasladado al monasterio cartujo de Porta Coeli en Bétera, cercano a Valencia. Allí permaneció, sin condena, hasta que las clases populares valencianas lo liberaron en 1820, junto a otros presos políticos, con motivo de la proclamación de la Constitución de 1812 en Valencia y la derogación del régimen absolutista.

[19] Manuel Chust, *La Constitución de Cádiz*, en: *Gran Historia de México Ilustrada*, Josefina Zoraida Vázquez (coord.), 5 vols., España, Planeta DeAgostini, 2004, t. III, *El nacimiento de México*, *op. cit.*, p. 118. Véase también la obra de Francisco Javier Rodríguez Gutiérrez, *El doctor José Miguel Ramos de Arizpe, de súbdito a ciudadano. Documentos, 1808-1822*, Coahuila, Congreso del Estado de Coahuila, 2008, p. 22.

[20] Benson, *op. cit.*, p. 49. Benson cita esta información del *Diario de las sesiones de Cortes*, de 1820.

a impedir que países extranjeros se apropiaran de la desembocadura del río Colorado, pues el Tratado de las Floridas dejaba abierta las puertas del territorio español a extranjeros,[21] así como de las zonas más septentrionales que estaban siendo amenazadas por colonias navales rusas en el Pacífico, cercanas a San Francisco. Por ello resultaba favorable crear la diputación de Arispe con jurisdicción sobre Sinaloa, Sonora y las Californias. De manera lamentable, no fue autorizada su creación. No obstante, sí se aprobó la diputación de Valladolid, para las Provincias de Michoacán y Guanajuato. Para mediados de 1821 el Ayuntamiento de Puebla de los Ángeles solicitó a Ramos Arizpe, como miembro de la Comisión de Asuntos Ultramarinos de las Cortes, su intervención para que se le otorgara una diputación provincial, pues se temía que otras provincias de Puebla y Veracruz se hicieran independientes.

El total de diputados americanos en estas primeras Cortes fue de treinta, y todos ellos ostentaban la condición de suplentes, ya que los diputados electos en las provincias americanas no habían tenido tiempo de llegar a la península tras su elección. Sería hasta 1821 cuando comenzaron a llegar la mayor parte de los diputados americanos, que junto a los suplentes completaron una representación americana de 77 miembros, ya que los peninsulares no admitieron la integración de todos los diputados suplentes; 39 fueron representantes de Nueva España en calidad de propietarios, más los siete suplentes de las

[21] El Tratado de las Floridas, Adams-Onís o Tratado de Transcontinentalidad de 1819-1821 (también llamado *Tratado de amistad, arreglo de diferencias y límites entre su Majestad Católica y los Estados Unidos de América* y algunas veces denominado *Florida Purchase Treaty* o *Tratado de La Florida* de 1819-1821) fue el resultado de la negociación entre España y Estados Unidos para fijar la frontera entre la nación norteamericana y el entonces virreinato de la Nueva España. La frontera se fijó más allá del río Sabina y Arkansas hasta el paralelo 42°, como consecuencia inmediata España perdió sus posesiones más allá de esa latitud como lo fue el territorio de Oregón, también perdió definitivamente las Floridas, Luisiana y la posibilidad de navegar el río Misisipi. La Corona española quedó como única soberana de Texas, territorio que Estados Unidos reclamaba como parte de la Luisiana y, por lo tanto, comprada a los franceses en 1803. El tratado fue beneficioso para las dos partes. En el caso de España, recibía la soberanía de Texas a cambio de una soberanía, que *de facto* no tenía, en Florida. Luis de Onís acudió como representante del rey Fernando VII de España, mientras que por los estadounidenses lo fue el Secretario de Estado, John Quincy Adams. La negociación se inició en 1819 y aunque se firmó en ese mismo año, fue ratificado hasta el 22 de febrero de 1821 por ambas partes. Esto significaba una grave amenaza de Estados Unidos sobre los territorios novohispanos, http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Adams-On%C3%ADs, 20/mayo/2010.

Provincias de Nueva España	*Representantes en 1821**
Chiapas	Fernando Antonio Dávila
Guadalajara	Bernardino Amati, Francisco Arroyo, José Jiménez de Castro, José Miguel Ramírez, Tomás de Vargas
Guanajuato	Lucas Alamán, Ventura Obregón
México	Marqués del Apartado, José Joaquín Ayestarán, Juan de Dios Cañedo, Manuel Cortázar, José María Couto, José Antonio Cristo, Francisco Fagoaga, Manuel Gómez Pedraza, José Francisco Guerra, José María Gutiérrez de Terán, José María Hernández Rico, Francisco Molinos del Campo, Tomás Murphi, Andrés del Río, Andrés Sabariegos, Eusebio Sánchez
Nueva España	José María Montoya, José Miguel Ramos Arizpe
Nuevo Reino de León	Juan Bautista Valdés
Oaxaca	Patricio López y José María Murguía
Puebla	Ignacio Nora, José María Puches, Félix Quío y Tehuanhuey
San Luis Potosí	Matías Martín Aguirre
Sonora y Sinaloa	Francisco Delgado, José María Quirós y Millán
Tlaxcala	José Mariano Moreno
Valladolid de Michoacán	Antonio María Fraga, Juan Nepomuceno Gómez Navarrete, José Mariano Michelena, Antonio María Uraga
Veracruz	Pedro Lallave, Joaquín Maniau
Yucatán	García Moreno, Manuel García Sosa, Juan López Constante, Lorenzo de Zavala
Zacatecas	Conde de Alcaraz

* *Ibidem*, p. 119.

Cortes anteriores, siendo los diputados de la Provincia de México los más numerosos (pues, de acuerdo con los principios gaditanos, los diputados se eligieron con base en la población de cada provincia).

Los diputados americanos prosiguieron con las ideas autonomistas que los diputados anteriores habían iniciado, como la reclamación sobre una igualdad de representación territorial equitativa a la población que existía en sus tierras, niveles de administración autónomos y varias propuestas económicas, como la creación de ferias, libertad de cultivos, eliminación del monopolio real, comercio libre con extranjeros, reducción de impuesto y aranceles, entre otros. Sin embargo, los representantes novohispanos veían que sus demandas sobre la cuestión americana y sus ideas liberales sobre el gobierno eran rechazadas por los peninsulares, por lo que ante las nuevas noticias del *Plan de Iguala* y la conformación del Ejército Trigarante las aspiraciones independentistas resultaban ser la única salida posible. De ahí que gestionaran para enero de 1821 la designación de Juan de O'Donojú como nuevo Jefe Político Superior de la Nueva España (en sustitución de la figura de virrey), pues eran conocidas sus ideas liberales y quizá podía entender mejor las ideas de Iturbide. A fines de julio de 1821, cuando O'Donojú llega a las costas de Veracruz, la situación en México había cambiado: ya no era importante la creación de diputaciones provinciales en todas las intendencias ultramarinas en las que estas no existieran, puesto que ya se había consumado la independencia.

No obstante este hecho, algunas provincias continuaron con la instalación de sus respectivas diputaciones. Puebla, quien lo había pedido meses atrás, lo hizo en agosto de 1821, y para el 1 de septiembre ya tenía electos a siete diputados a la diputación provincial. Chiapas fue la siguiente provincia que eligió diputación, pero con mayores contratiempos: el Ayuntamiento de Comitán primero, y la Provincia de Chiapas después, se declararon independientes de España y también de Guatemala, y en octubre comenzaron los preparativos para anexarse a México.

II. Un México independiente: el primer intento federalista

Al concluir la independencia y al acordarse los *Tratados de Córdoba*, se instala la Junta Provisional Gubernativa el 28 de septiembre de

1821, la cual elige como su presidente a Agustín de Iturbide, quien a su vez levanta el *Acta de Independencia* y designa a los cinco integrantes de la Regencia. Con el paso de los días, se sumaron a la independencia de México las Provincias Internas de Occidente (Sinaloa, Sonora, Nueva Vizcaya y Nuevo México), las Internas de Oriente (Nuevo Santander, Nuevo León, Coahuila y Texas), las Capitanías Generales de Yucatán y Guatemala, así como Chiapas y las Californias.[22]

En noviembre de ese año, Iturbide decreta la ley de bases para convocatoria para el Congreso Constituyente Mexicano, lo que indudablemente significa adoptar una división territorial que sustituyera al Imperio, que a su vez significaba una unidad territorial sin divisiones políticas (pues sólo eran administrativas y militares), de tal manera que "la enumeración de provincias contenida en la convocatoria, bien puede considerarse como la primera división territorial política de México independiente aunque en rigor esto no aconteció sino hasta la promulgación del Acta Constitutiva, pues con anterioridad se conservaron las antiguas divisiones del último tiempo de la Colonia".[23] De acuerdo con esta convocatoria, se señalan 21 provincias como partes integrantes de México:

- México.
- Guadalajara.
- Veracruz.
- Puebla.
- Nueva Vizcaya.
- Sonora.
- Valladolid.
- Oaxaca.
- Zacatecas.
- San Luis Potosí.

[22] La Capitanía de Guatemala permanecerá unida al país por poco tiempo, pues para 1823 el Congreso mexicano aprobó que las "Provincias Unidas de Centroamérica" (entre ellas Guatemala) dejaran de pertenecer a México, pues ellas así lo decidieron a través de la Diputación Provincial Guatemalteca. Chiapas decidió su separación de Guatemala y ratificó su anexión a México, aunque años después intentará separarse, lo mismo que Yucatán, por las luchas entre centralistas y federalistas. Véase Edmundo O'Gorman, *op. cit.*, pp. 40-44.

[23] *Ibidem*, p. 38.

- Guanajuato.
- Mérida de Yucatán.
- Tlaxcala.[24]
- Nuevo Reino de León.
- Nuevo Santander.[25]
- Coahuila.
- Texas.
- Nuevo México.[26]
- Californias.
- Querétaro.[27]
- Chiapas.

Tabasco, que hasta entonces había estado bajo jurisdicción de Yucatán, presentó en septiembre una propuesta a través de Manuel Crescencio Rejón para crear la Provincia de Tabasco y una diputación provincial en San Juan Bautista –hoy Villahermosa–.[28]

Más tarde se agregaría Guatemala[29] a partir del 5 de enero de 1822. No obstante, pocos meses más tarde Chiapas se declara independiente (junio de 1823), y Guatemala está a punto de hacer lo mismo, a través de la instalación de su congreso, llamado Asamblea Nacional Constituyente.

[24] Tlaxcala obtuvo de Itubide, probablemente como en el caso de Puebla, el derecho de establecer una diputación provincial.

[25] Nuevo Santander, una de las Provincias Internas de Oriente, sin solicitar autorización para ello, eligió siete diputados, y así se lo hizo saber al gobierno central en 1822. Véase Benson, *op. cit.*, pp. 65-67.

[26] Benson señala que esta diputación fue electa a principios de 1822 pero, como en el caso de Nuevo Santander, lo hizo sin notificar al gobierno central. Así funcionó entre 1822 y 1823, "al parecer sin ser reconocida, pero tampoco molestada, por parte del gobierno nacional". Véase Benson, *op. cit.*, pp. 69-70.

[27] Querétaro estaba en la misma situación. Fue creada como provincia de la Nueva España en noviembre de 1812 con derecho a elegir diputados a Cortes y a la diputación provincial de la Nueva España. La Junta Provisional Gubernativa de 1821, al no expedir un decreto sobre elecciones, la privó de ello, por lo cual protestaron sus habitantes ante Congreso en varias ocasiones, hasta que a fines de agosto de 1822 su demanda fue aceptaba y pudieron elegir diputados. Véase Benson, *op. cit.*, pp. 67-68.

[28] Benson, *op. cit.*, pp. 72-73.

[29] Entre las provincias que integraban a Guatemala en esta época se cuentan: Chiapa[s], Chimaltenango, Chiquimula, Comahuaya, Costa Rica, Escuintla, Goatemala [*sic*], León de Nicaragua, Quesaltenango, San Miguel, San Salvador, Sololá, Sonsonete, Suchitepec, Tegucigalpa, Totonicapa, Verapaz y Zacatepeques. Véase O'Gorman, *op. cit.*, p. 49.

Debemos advertir que no pocos autores señalan que México tenía en mente el modelo de Estados Unidos, en donde la Federación y los gobiernos estatales tenían un régimen de soberanía compartida, existía la división de poderes y se defendían los derechos de los estados.[30] México, desde un inicio, limitó las facultades fiscales del gobierno federal y privilegió el Poder Legislativo sobre los otros dos poderes. Enrique Burgos señala:

> ...el modelo federalista que adopta el Estado mexicano difiere un tanto en las circunstancias originales del modelo americano.
>
> El modelo americano fue un esfuerzo por centralizar lo que parecía muy tendiente a fragmentarse o a descentralizarse en sus colonias. En cambio, en México es un esfuerzo por descentralizar, por lo que el federalismo se constituyó como una forma que, siendo innovadora, permitía ese ejercicio de descentralización, pero a la vez logra la preservación, la integración del Estado mexicano, a partir de las antiguas provincias, después trasformadas en estados, a partir del Acta Federal del compromiso federal del 31 de enero de 1824.[31]

El *Plan de Casa Mata* (1 de febrero de 1823)[32] demandaba un nuevo Congreso, pero se convocó a los miembros del Primer Congreso Constituyente para que elaboraran una nueva ley electoral a fin de convocar a nuevas elecciones. Al mismo momento se presentan solicitudes para la separación de Durango y Chihuahua, de Sonora y Sinaloa, Coahuila, Nuevo León y Texas.

Es importante señalar que tras la aceptación del plan por parte de muchas diputaciones provinciales, éstas se hicieron cargo de la administración de sus provincias, como ocurrió en San Luis Potosí, Nueva Galicia, Michoacán, Yucatán, Nuevo Santander y las Provincias Internas de Oriente.[33]

Texas, Coahuila y Nuevo León, tres integrantes de estas provincias, también demandaban la creación de diputaciones provinciales en sus territorios; entre Saltillo y Monterrey existía una gran competencia por convertirse en el centro de actividades de la zona, y esta competencia se agravó cuando Monterrey se convirtió en la sede del obispado de Linares y capital de las Provincias Internas de Oriente en 1812. Diez años después, Ramos Arizpe insistía en que la diputación provincial radicara en Saltillo, y al mismo tiempo se conocía que Nuevo Santander había elegido siete diputados propietarios y tres suplentes sin autorización del gobierno. Las noticias llegadas sobre el *Plan*

[30] Juan Bruno Ubiarco Maldonado, *El federalismo en México y los problemas sociales del país*, Porrúa, Asociación de alumnos y ex alumnos de posgrado en derecho, A. C., 2002, p. 249. El autor señala: "La tesis de que el federalismo mexicano tiene su origen en el estadounidense carece de fundamentación; aunque sí puede afirmarse que el federalismo de aquel país influyó al constituyente de 1824". Una de las principales afirmaciones de muchos autores es que los constituyentes mexicanos vieron en el federalismo una forma para evitar el desmembramiento del país, pues tenían en mente el federalismo que en 1776 formó a Estados Unidos y que para las primeras décadas del siglo XIX confirmaban la buena ruta de ese modelo aplicado por los norteamericanos.

[31] Enrique Burgos García, "Entrevista con el gobernador del estado de Querétaro, 5 de agosto de 1995: Federalismo y política fiscal", en: *Crónica legislativa. Órgano de información de la LVI Legislatura*, año IV, Nueva época, núm. 3, junio-julio de 1995, p. 135.

[32] El *Plan de Casa Mata* fue redactado por Gregorio Arana, bajo las órdenes de José Antonio de Echávarri, al cual se adhirieron otros jefes del ejército imperial, como Luis Cortázar y Rábago y José María Lobato, y otros hombres importantes, como Antonio López de Santa Anna, y después Vicente Guerrero, Nicolás Bravo. Su intención fue la de reinstalar el congreso y declarar nulo el Primer Imperio, no reconociendo a Iturbide como emperador de México; lo cual significaba también el cambio en la forma del Estado, de monarquía a república. Tras el desconocimiento de Agustín I se formaría un triunvirato, integrado por Pedro Celestino Negrete, Nicolás Bravo y Guadalupe Victoria, quien más tarde se convertiría en el primer presidente de la República. Benson advierte que erróneamente se atribuye a Santa Anna este plan, cuando en realidad es de Echávarri. Véase Benson, *op. cit.*, pp. 90-93. En estas páginas Benson describe de manera minuciosa los hechos que corroboran la paternidad del plan a Echávarri y la manera en que él invitó a Santa Anna y Guadalupe Victoria (incluidos sus generales Vicente Guerrero y Nicolás Bravo) a unirse contra Iturbide.

[33] Benson precisa la rapidez con que las provincias aceptaron el Plan de Casa Mata (*op. cit.*, p. 107), en el siguiente cuadro:

Rapidez con que las Provincias de México adoptaron el Plan de la Casa Mata del 1 de febrero de 1823			
Veracruz	Febrero 2	Michoacán	Marzo 2
Puebla	Febrero 6	Yucatán	Marzo 4
Oaxaca	Febrero 7	Durango	Marzo 5
Guanajuato	Febrero 25	Nuevo León	Marzo 6
Guadalajara	Febrero 26	Coahuila	Marzo 14
Querétaro	Febrero 26	Nuevo Santander	Abril 9
Zacatecas	Marzo 2	Tabasco	Abril 9
San Luis Potosí	Marzo 2	Texas	Abril 15

Lo cual ponía de manifiesto que México quedaba dividido en provincias o estados independientes. Es también importante señalar que Chiapas nunca se adhirió al plan, y se desconoce la opinión de las diputaciones de Sonora, Sinaloa, Nuevo México y Tlaxcala.

Águila federalista de 1824

Fuente: *mx.kalipedia.com/...mexico/.../fotos-aguila-federalista-mexicana.html?*

de Casa Mata agitaron aún más la situación de las tres provincias, pues Ramos Arizpe, apoyado por el ayuntamiento, las autoridades militares y eclesiásticas de Monterrey, se adhirieron a dicho plan, y al carecer de diputación provincial, deciden nombrar una junta provincial de gobierno, la cual asumiría la administración política y económica de las Provincias. Ramos Arizpe se convirtió en presidente de dicha junta, y el 1 de abril de 1823 instaló la diputación provincial con los miembros que especificaba el decreto de 11 de octubre de 1822, "entregando por completo la administración de las Provincias Internas de Oriente (salvo Nuevo Santander) de conformidad con el Plan de Casa Mata".[34]

Entre mayo y junio la diputación provincial y los ayuntamientos de estas provincias se habían declarado partidarios de una república federal y comenzaron a promover la creación de "un estado federal centralizado de las Provincias Internas de Oriente",[35] hecho que alarmó al gobierno central, quien de inmediato y a iniciativa de Servando Teresa de Mier, propusieron la creación de diputaciones en las provincias de Nuevo León, Coahuila y Texas.[36]

Es hasta que el decreto de 17 de junio de 1823 expide "la ley de bases para las elecciones del nuevo congreso convocando a las provincias para que eligiesen sus respectivos representantes. Esta disposición enumera las provincias consideradas como integrantes del territorio, y en consecuencia, hace una división territorial".[37] Se enumeran 23 provincias en la ley de esta convocatoria, aunque después se agregaron dos más,[38] mismas que existen al momento de firmarse el Acta Constitutiva de la Federación:

[34] Benson, *op. cit.*, p. 81. En la misma obra se señala que aunque Coahuila y Nuevo León se habían unido al plan, Texas no lo hizo, véase p. 102.

[35] *Ibidem*, p. 82.

[36] Las cuales eligieron a sus respectivos diputados en septiembre de 1823, y tomaron posesión de sus cargos entre octubre y diciembre de ese año.

[37] O'Gorman, *op. cit.*, p. 47.

[38] De acuerdo con O'Gorman, algunos días después de emitirse la ley de bases de las elecciones, se consignan algunos cambios, como el considerar que las Provincias de Occidente ahora se dividen oficialmente en Sonora y Sinaloa, el que Nueva Vizcaya se divida en Durango y Chihuahua, así como la creación de una provincia llamada Istmo, formada por las jurisdicciones de Acayacan y Tehuantepec. Por lo que respecta a Chiapas y Guatemala, estos territorios no están considerados en la época inmediata a la expedición del Acta Constitutiva.

- California (Alta)
- California (Baja)
- Coahuila
- Durango
- Guanajuato
- Guadalajara
- León, Nuevo
- México
- Nuevo México
- Michoacán
- Oaxaca
- Puebla
- Querétaro
- San Luis Potosí
- Santander [Tamaulipas]
- Sinaloa
- Sonora
- Tabasco
- Texas
- Tlaxcala
- Veracruz
- Yucatán
- Zacatecas
- Chihuahua
- Istmo

Al mismo tiempo que esto ocurría, sucedían dos hechos de notable relevancia. El primero de ellos es que tras la adhesión de varias provincias al *Plan de Casa Mata,* la Provincia de Puebla, a principios de marzo de 1823, envió comunicaciones a las diputaciones provinciales y ayuntamientos de todo México "proponiendo que se enviaran representantes a Puebla con el objeto de conferenciar sobre el problema de constituir un gobierno central provisional y también sobre el restablecimiento del Antiguo Congreso o la convocatoria de uno nuevo".[39]

[39] Benson, *op. cit.*, p. 108.

> Los que suscribimos esta petición como nombrados por las Diputaciones provinciales de Guadalajara, Valladolid, Oajaca, Zacatecas, Guanajuato, Querétaro y S. Luis Potosí, para concurrir á la Junta que en marzo próximo anterior convocaron los señores generales del Ejército Libertador para la ciudad de Puebla, convencido altamente de que faltaríamos á la honrosa confianza que nos dispensaron nuestros comitentes, si no manifestásemos los deseos de aquellas provincias sobre el importante asunto que al presente ocupa la atención de V. Sob. relativo á la nueva convocatoria propuesta por los señores Muzquiz y Gomez Farias; hemos creido de nuestro deber acercarnos con el respeto debido á V. Sob. y representarle lo que en el particular estimamos por conveniente.[40]

Más adelante, en este mismo texto, se manifiesta de manera más clara esta idea:

> Sean estas cuales fueren, á nosotros no nos corresponde otra cosa que hacer presente á V. Sob. así como lo hicimos á la comisión, que la opinión, que el deseo general de nuestras provincias es el de la convocatoria de un nuevo Congreso. Quieren, Señor, y piden á V. Sob. que no se les precise á confiar el muy interesante encargo de constituir á la Nación á un Congreso cuyos miembros fueron elegidos sin la libertad que es debida, como nombrados en número limitado de clases determinada. A un Congreso, en el que la representación nacional está monstruosamente fijada en el número de partidos y no en la población, como lo exijia la justicia para reconcentrar en él la concurrencia de todos los ciudadanos á la formación de las leyes, único principio elemental de los gobiernos representativos…[41]

Esta propuesta causó cierta confusión en otras provincias (como en las Internas de Oriente, Querétaro y Guanajuato), a lo cual debe sumarse la noticia de la reinstalación del Congreso convocado por Iturbide,[42] es por ello que los jefes de las fuerzas rebeldes reunidos

[40] *Representación de los comisionados de las Provincias al Soberano Congreso.* México, Imp. del ciudadano Alejandro Valdés, 1823, Biblioteca Nacional, Fondo Lafragua, Miscelánea, v. 292 LAF.

[41] *Ibidem*, p. 4.

[42] A través de una Comisión de la Junta Nacional Instituyente creada por Iturbide, se plantea la necesidad de una nueva convocatoria para el Congreso, como lo exigía el *Plan de Casa Mata*; no obstante, los comisionados "propusieron la reinstalación del disuelto Congreso, como la más rápida y efectiva solución del dilema". Iturbide convocó al Congreso el día 4, el cual se reunió el día 7 de marzo, pero algunos diputados consideraron que su autoridad estaba menoscabada, pues muchos de sus integrantes habían formado parte de la

en Puebla, acompañados de algunos miembros de la diputación provincial y diputados del disuelto Congreso, expiden el 7 de marzo un manifiesto "en el que se desconocía al recién reinstalado Congreso, por no gozar éste de completa libertad, y se pedía a las otras diputaciones provinciales que enviaran dos representantes a Puebla con el objeto de determinar la mejor manera de restablecer la representación nacional". Lo cual significaba que no se reconocía ni se obedecería al Congreso convocado por Iturbide, por no ser nacional, por haber sido convocado por el ex dictador y porque además incluía a diputados que habían demostrado su falta de carácter ante los atropellos de Iturbide; se exigía además la salida de Iturbide de la capital, o en su defecto, que fueran los diputados quienes determinaran el lugar donde debían reunirse para establecer el nuevo Congreso.

Los representantes enviados por el Congreso a Puebla para negociar ante los jefes militares del *Plan*, no lograron convencerlos de su independencia y libertad de acción con respecto a la intervención de Iturbide. Los representantes de Guadalajara, Michoacán, Oaxaca, Zacatecas, Guanajuato, Querétaro y San Luis Potosí "exigían la convocatoria de un nuevo congreso que promulgase la Constitución".[43] Valentín Gómez Farías, como miembro de la comisión del Congreso,

Junta Nacional Instituyente. Tomás Alamán, tío de Lucas Alamán, solicitó que se esperara la llegada de los demás diputados y la respuesta de las provincias al decreto que "establecía la nueva convocación del antiguo cuerpo". En esta demanda coincidieron otros diputados, como Lorenzo de Zavala, José Antonio Valdés y José Joaquín de Herrera, pues aseguraban que el número de diputados presentes no era suficiente para que el Congreso pudiera reasumir sus funciones. Esto ocurre después de tres semanas, no sin varios intentos por declarar abierto el Congreso durante este tiempo de espera, incluso ni después de la abdicación de Iturbide el 19 de marzo. Véase Benson, *op. cit.*, pp. 115-120.

[43] *Ibidem*, p. 128. Francisco García, en un escrito titulado: *Observaciones de un Diputado sobre el dictamen de la comisión especial de convocatoria*, señala:

> La misma comisión confiesa, que en Veracruz á poco de publicarse el plan de Casa Mata, salieron las indicaciones en que se empezó á hablar de convocatoria; y que Puebla y demás provincias adherentes comenzaron á proyectar otra libremente. ¿Y después de todo esto aun se pone en duda la voluntad de la nación? ¿pero qué la duda sola no será bastante para adoptar el partido seguro de convocar otro Congreso que explique sin ella la voluntad general? ¿con una duda de tanta trascendencia resolveremos constituir el Estado? ¿una Constitución dictada en tales circunstancias, tendría el apoyo indispensable de la fuerza moral, que consiste en la opinión? No, Señor, el Estado quedaría constituido en falso y expuesto á caer al primer baiben [*sic*]: los enemigos de nuestro sistema se engrosarían con los descontentos, que produciría una conducta de esta naturaleza, y apoyados en la nulidad de la Constitución intentarían trastornarla prevalidos de la razón, que les ministraría una posición tan falsa como en las que quedaba el Estado.

señalaba que las diputaciones provinciales y los ayuntamientos habían aceptado el *Plan de Casa Mata* en donde claramente se incluía la convocatoria a un nuevo Congreso, por lo tanto pedía se aceptara la voz del pueblo y se creara una nueva asamblea constituyente.

> ...la nación ha cambiado su situación política, y las provincias se han pronunciado por un Congreso nuevo, sin arrepentirnos de haber sufrido privaciones, sarcasmos y otros malos por defender la libertad, y los imprescriptibles derechos de los hombres, resolvamos pronto desocupar las sillas de este santuario de las leyes, y tornaros á nuestras casa y á nuestros destinos, dispuestos siempre á servir á la patria cuando nos llame. Si V. Sob. adoptara esta medida dará una prueba mas de desinterés personal, y de obediencia y respeto al pueblo soberano; callará á los críticos, y dejará en expectativa á los descontentos; al contrario si resuelve continuar el disgusto que se ha manifestado tomará incremento, y esa guerra que se tome si no permanece, acaso se verificará si no se disuelve. Señor no demos ocasión á que digan algunos genios atrevidos: *ese Congreso se ocupa en constituirnos y no debe hacerlo, sólo se limita á trabajar en lo necesario, en aquello que exige el orden de la sociedad y su conservación, mientras se reúne otro que con poderes mas amplios é instrucciones forme la gran carta de nuestro pacto, entonces merecería nuestro reconocimiento, pero traspasando como vemos estos límites El mismo nos pone en la precisión de desobedecerlo.* En este caso empeoraría nuestra situación, por que las fuentes de la riqueza pública están obstruidas, los giros paralizados, falta de confianza, todo está examine, y este triste cuadro que en mi concepto no se puede animar con la contaminación de este Congreso, resultaría mas melancólico si prosiguiese sus sesiones: así lo temo y por lo mismo insisto en la proposición que el señor Muzquiz y yo presentamos á V. Sob.
>
> México abril 17 de 1823.
>
> Gómez Farías[44]

Francisco García, *Observaciones de un Diputado sobre el dictamen de la comisión especial de convocatoria*, México, Imp. de Alejandro Valdés, 1823, Biblioteca Nacional, Fondo Lafragua, Miscelánea v. 287, LAF.

[44] Valentín Gómez Farías, *Voto particular, como individuo de la comisión especial nombrada por el Soberano Congreso para examinar la cuestión, de si se debe o no convocar un nuevo Congreso,* México, Imp. Nacional, 1823, 9 p. Biblioteca Nacional, Fondo Lafragua, Miscelánea v. 287, LAF. Las cursivas son originales del documento.

Las Provincias de Michoacán, Querétaro y Guanajuato apoyaban el establecimiento de un nuevo Congreso, y no sólo eso, sino la emisión expedita de una nueva ley electoral que asegurara el establecimiento de una república federal.[45] Antonio López de Santa Anna y otros ciudadanos presentaron una "enérgica petición sobre la convocatoria de [una] nueva asamblea", lo cual, aunado a las actitudes de las provincias, obligó al Congreso a publicar un decreto el 21 de mayo, el cual reveló que 71 miembros votaron a favor de la convocatoria para un nuevo Congreso, mientras que 33 votaron en contra. Un mes más tarde se nombró una comisión para elaborar los planes electorales, cuyo uno de sus integrantes fue Carlos María Bustamante.

No obstante la abrumadora opinión de las provincias, la falta de acción del Congreso hizo que algunas comenzaran a deliberar sobre las medidas que debían adoptarse para proclamar la República Federal y suspender el cumplimiento de los decretos del gobierno central, y en este caso se hallaba la diputación de Guadalajara, quien decidió informar esta situación a otras diputaciones provinciales.

Benson señala que el jefe político de la provincia, Luis Quintanar, incluso ordenó que las tropas custodiaran sus fronteras y suspendió el envío de fondos a México. Incluso fue más allá, pues en junio de ese año emitió un plan de gobierno provisional para el "nuevo Estado", que ahora se llamaría Jalisco en vez de Guadalajara. Es así como Jalisco (Guadalajara) se convirtió en la primera provincia en establecer un Congreso Provincial el 14 de septiembre de 1823.[46] Yucatán se convirtió en la segunda provincia en establecer su Congreso Provincial. No obstante, es Oaxaca la primera provincia que se convierte en estado, el 28 de julio de 1823. Zacatecas fue la cuarta provincia en declararse estado libre,[47] y así continuaron otras provincias, como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

[45] Benson, *op. cit.*, p. 137. Esto sucedía en Querétaro, en junio de 1823.

[46] Benson, *op. cit.*, pp. 142-145.

[47] "Casi todas las provincias expidieron enérgicas declaraciones a favor del federalismo, pero únicamente Yucatán, Oaxaca, Guadalajara y Zacatecas organizaron sus gobiernos estatales enfrentándose a la fuerte oposición del gobierno central. Las demás, aunque encaminándose al mismo fin, actuaban con mayor circunspección y al parecer no contradecían al gobierno central en la forma en que las cuatro citadas". Benson, *op. cit.*, p. 169.

Instalación de los Congresos Constituyentes Estatales en México[48]

Denominación	*Fecha de instalación*	*Fecha de la erección en estado*
Oaxaca	1 de julio de 1823	23 de diciembre de 1823
Yucatán	20 de agosto de 1823	23 de diciembre de 1823
Jalisco	14 de septiembre de 1823	23 de diciembre de 1823
Zacatecas	19 de octubre de 1823	23 de diciembre de 1823
Querétaro	17 de febrero de 1823	23 de diciembre de 1823
México	2 de marzo de 1823	20 de diciembre de 1823
Puebla	19 de marzo de 1824	21 de diciembre de 1823
Guanajuato	25 de marzo de 1824	20 de diciembre de 1823
Michoacán	6 de abril de 1824	20 de diciembre de 1823
San Luis Potosí	21 de abril de 1824	22 de diciembre de 1823
Tabasco	3 de mayo de 1824	7 de febrero de 1824
Tamaulipas	7 de mayo de 1824	7 de febrero de 1824
Veracruz	9 de mayo de 1824	22 de diciembre de 1823
Nuevo León	1° de agosto de 1824	7 de mayo de 1824
Coahuila y Texas	15 de agosto de 1824	7 de mayo de 1824
Chihuahua	8 de septiembre de 1824	6 de julio de 1824
Durango	8 de septiembre de 1824	22 de mayo de 1824
Estado Interno del Occidente	12 de septiembre de 1824	10 de enero de 1824
Chiapas	5 de enero de 1825	26 de mayo de 1824

Las acciones de Guadalajara y Zacatecas motivaron que el Congreso Nacional planeara durante mayo y junio el envío de tropas para someterlos, y así sucedió para inicios de julio, pues las tropas se enfilaron hacia Guadalajara, comandadas por Pedro Celestino Negrete y Nicolás Bravo. Sabedores de este acontecimiento, las dos provincias hicieron saber "que no consentirían agresión externa de ninguna clase", y menos aún a través de una aparente orden del

[48] Benson, *op. cit.*, p. 207. Esta tabla procede íntegramente de libro de la misma autora.

Supremo Poder Ejecutivo de colaborar con las tropas de Negrete y Bravo para proteger la provincia de San Luis Potosí.[49]

El intendente de Zacatecas informó a Bravo que su intención no era proteger, sino "eliminar la oposición al sistema federal que algunas provincias habían adoptado"; tanto Guadalajara como Zacatecas se prepararon para la lucha, pero antes de enfrentarse, Bravo acordó conferenciar con ambas provincias el 8 de agosto de 1823, con la finalidad de evitar la lucha y que no se obstruyera la reunión del Congreso, respetando todos los preceptos de la ley electoral y las disposiciones del gobierno nacional.

Tanto los representantes del estado de Jalisco (ya no provincia de Guadalajara),[50] como los de Zacatecas,[51] respondieron que las órdenes emitidas por el gobierno central habían sido obedecidas, y sólo hicieron adiciones a la ley electoral en lo concerniente a sus estados sin afectar a la nación. Al día siguiente se reiteró:

> ...la voluntad de reconocer y obedecer al gobierno central en todo lo que se refiera al bienestar de la nación en su totalidad, de contribuir en proporción a los gastos nacionales y de utilizar sus recursos y fuerza para mantener la independencia y libertad.[52]

Los participantes de ambas partes aceptaron las explicaciones y realizaron un escrito que incluía doce artículos, que más tarde entregaron a Bravo, quien eliminó del escrito lo que Zacatecas y Jalisco demandaban como sus derechos; los representantes de éstos no aceptaron las enmiendas de Bravo y le recomendaron aceptar el acuerdo tal y como se había hecho inicialmente. Bravo no aceptó tal acuerdo, pero lo envió a México para recibir instrucciones.

Los demás estados estaban ya bastante agitados por el despliegue de fuerzas del gobierno nacional para someter a Jalisco y Zacatecas, además del consabido retraso de la convocatoria al Congreso; para agosto, éste ordenó a Bravo retirar sus fuerzas, mientras Jalisco y

[49] *Ibidem*, p. 160.

[50] Por el Estado de Jalisco participaron Luis Quintanar, Pedro Vélez y Juan Cayetano Portugal.

[51] Por Zacatecas participaron Pedro de Iriarte, Juan José Román y Santos Vélez. Por parte de Bravo estuvo José Domínguez y Mariano Villaurrutia, y más tarde se integró Juan Domínguez.

[52] Benson, *op. cit.*, p. 163.

Mapa de los Estados Unidos de Méjico, 1828

Fuente: Mapoteca "Manuel Orozco y Berra", Colección General, Varilla CGRM06, 7751-CGE-7216-A. (Varilla de Visitas), 77 x 110 cm.

Zacatecas instalaban sus congresos, el 14 de septiembre y el 19 de octubre, respectivamente.

El segundo hecho notable era que Ramos Arizpe, en noviembre de 1823, presentaba ante el pleno de la Asamblea legislativa su *Proyecto de Acta Constitutiva*, conteniendo 36 artículos.

Cuando se aprobó el Acta Constitutiva de la Federación el 31 de enero de 1824, la "nación asumió la soberanía, pero compartida con estados libres, *soberanos* e independientes, *en lo que exclusivamente tocara a su administración y gobierno interior.* La cuestión de la titularidad de la soberanía quedó inconclusa, y con ella, la duda de si los diputados representaban a la nación o a sus estados",[53] pero comenzó también la crítica feroz al federalismo, al señalar que "desuniría lo que había estado unido", en otras palabras, "el sistema federal institucionalizaba la fragmentación consolidada por las reformas borbónicas, el liberalismo español y la independencia... respondía también a la tradición regional, a las dimensiones del territorio y a la falta de comunicaciones",[54] se temía por la fuerte centralización heredada de la Colonia, pero también ante la idea de que algunos estados se declararan naciones independientes y dejaran de formar parte de la federación. En octubre de este año se promulga la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos,* en donde el artículo 5 constitucional proclama:

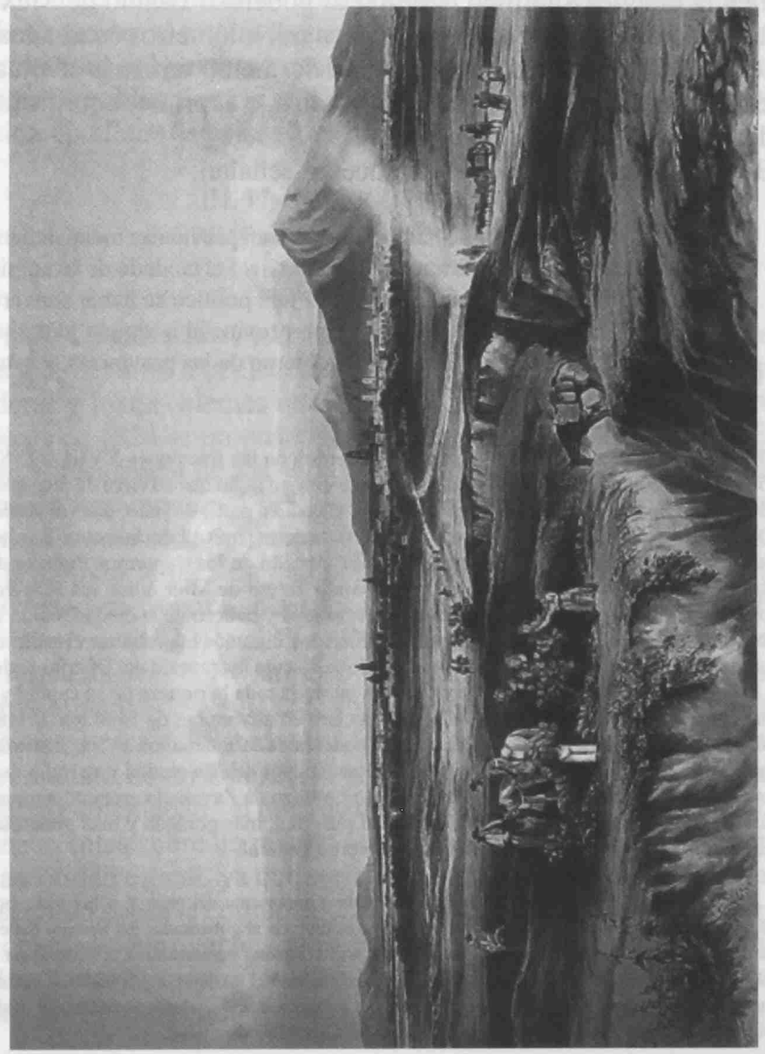
> 5. Las partes de esta federación son los Estados y Territorios siguientes: el Estado de Chiapas, el de Chihuahua, el de Coahuila y Tejas, el de Durango, el de Guanajuato, el de México, el de Michoacán, el de Nuevo León, el de Oajaca, el de Puebla de los Ángeles, el de Querétaro, el de San Luis Potosí, el de Sonora y Sinaloa, el de Tabasco, el de las Tamaulipas, el de Veracruz, el de Jalisco, el de Yucatán y el de los Zacatecas: el Territorio de la Alta California, el de la Baja California, el de Colima y el de Santa Fe de Nuevo México. Una ley constitucional fijará el carácter de Tlaxcala.[55]

Algunas semanas más tarde Tlaxcala fue declarado Territorio de la Federación; y en noviembre de ese mismo año el Congreso, en uso

[53] Josefina Zoraida Vázquez, "Los primeros tropiezos", pp. 527-582, en *Historia General de México*, versión 2000, México, El Colegio de México, 2002, p. 532.

[54] *Idem.*

[55] Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México,* dirección y efemérides de Felipe Tena, 22a. ed. actualizada, México, Porrúa, 1999, p. 168.



Guadalajara, Daniel Thomas Egerton, litografía acuarelada, *Views of Mexico*, Londres, 1840

Fuente: www.acces.bicentenario.gob.mx/index.php?optio...

de las facultades que le concede la fracción XXVIII del artículo 50 constitucional, elige a la Ciudad de México como sede de los Supremos Poderes de la Federación, con lo cual se crea el Distrito Federal, que en la práctica significó debilitar al poderoso Estado de México (el cual, durante el siglo XIX, perdió cien mil kilómetros cuadrados de su territorio), lo que significó el primer desmembramiento efectuado en el territorio de alguna entidad federativa, o el primer equilibrio de poderes entre la federación).[56]

Benson opina que todos estos sucesos señalan:

> ...el hecho de que México se hallaba dividido en provincias independientes, cada una de las cuales había tomado por completo el cuidado de su administración dentro de sus propias fronteras. El jefe político se había convertido en el ejecutivo provincial, y la diputación provincial o alguna junta había asumido las funciones legislativas del gobierno de las provincias, y esto en casi todas ellas...[57]

[56] Reynaldo Sordo Cedeño señala que de acuerdo con las fracciones XVIII y XIX del art. 50 constitucional, el Congreso General podía elegir un lugar que sirviera de residencia a los Supremos Poderes de la Federación, cosa que sucedió a partir de julio, pues el gobierno de Querétaro ofreció su capital como sede de los poderes, más tarde Jalisco y Zacatecas hicieron lo mismo. Varios diputados apoyaban el traslado de los Supremos Poderes de la ciudad de México, Sin embargo, fue fray Servando Teresa de Mier quien les hizo ver la historia y prestigio de México, sus instalaciones, oficios y belleza de la ciudad, como sede de los poderes. Ante la elocuencia del padre Mier, los diputados aprobaron el rechazo al traslado de los poderes. En octubre del mismo año se discute la creación del Distrito Federal, ante lo cual se opone el Estado de México, pues perdería toda la riqueza de su capital y a la propia ciudad. La votación fue apretada, y se declara en noviembre de 1824 que la ciudad de México será la residencia de los supremos poderes de la federación y "su distrito será comprendido en un círculo cuyo centro sea la plaza mayor de esta ciudad y su radio de dos leguas". De esta manera se evitaba, como señaló Lorenzo de Zavala, la preponderancia del Estado de México, al quitarle no sólo la ciudad más rica, más poblada y más poderosa de la federación, sino también de fortalecer al gobierno general.

> ...tendría control directo de la ciudad más poblada e importante del país; y, sobre todo, podría disponer de la riqueza de esta ciudad. El gobierno nombraría al gobernador del Distrito Federal y una ley posterior dispondría que las rentas del Distrito Federal pertenecían a la Federación. Los confederalistas perdieron la lid cuando el Congreso rechazó el traslado de los poderes. Sin darse cuenta, los diputados del Estado de México cavaron su tumba cuando votaron en contra del traslado, pues seguramente no imaginaban que iban a perder a la codiciada ciudad.

Reynando Sordo Cedeño, "El Congreso Nacional: de la autonomía de las provincias al compromiso federal", en *El establecimiento del federalismo en México*, Josefina Zoraida Vázquez (coord.), pp. 151-153.

[57] Benson, *op. cit.*, p. 121.

Asimismo, revelan la desintegración del gobierno central, el cual ahora sí ya daba muestras claras de que no tenía poder para obligar a las provincias para aceptar sus decretos.

Sin duda alguna, todos estos hechos estaban encaminados a una sola situación: el establecimiento del federalismo en México, no sólo por órdenes del gobierno central, sino por decisión de las provincias, el único problema era la manera en cómo debía realizarse su implantación en el nuevo país.

III. Un México federalista: creación del Distrito Federal y nacimiento de los estados

El libro *Constitución Política del Distrito Federal*[58] explica las razones que llevaron a la elección de la Ciudad de México como capital federal y los problemas que ello traía para el Estado de México; a inicios de 1824 se propuso elegir "fuera de las capitales de los Estados, la residencia de los supremos poderes federales", repitiendo el modelo impuesto en 1787 por Estados Unidos al elegir un Distrito Federal como sede permanente de los poderes federales.[59] Es así que se promovió la idea de que la residencia federal estuviera fuera de la Ciudad de México, pues los acontecimientos derivados del *Plan de Veracruz* (1822) y el *Plan de Casa Mata* (1823) no favorecieron la reinstalación del Congreso Constituyente en la ciudad, tras el derrocamiento de Agustín de Iturbide. Fueron los mismos diputados constituyentes del Estado de México quienes promovieron el "establecimiento de un Distrito Federal fuera de la Ciudad de México", pues argumentaban "el mito de que no podía haber dos jurisdicciones concurrentes sobre un mismo territorio, como la autoridad federal y la autoridad estatal, ya que sería difícil prevenir los conflictos que se suscitaran sobre la competencia de ambas autoridades, así como que se crearían controversias sobre el cobro de impuestos". Tras deliberar sobre varias opciones en los estados de Guanajuato y Querétaro, se optó por este último, viendo a su capital como la más viable para

[58] Manuel González Oropeza, *Constitución Política del Distrito Federal*, prólogo de Edgar Elías Azar, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2009.

[59] *Ibidem*, pp. 1-8.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

convertirse en capital de la federación, a sugerencia del diputado queretano Félix Osores.[60]

Pese al dictamen favorable de la Comisión Especial para inclinarse por Querétaro, fueron varios miembros del gabinete quienes expresaron su rechazo y debatieron para que el Distrito Federal no saliera de la Ciudad de México; el secretario de Justicia, Pablo de la Llave, y el secretario de Relaciones Interiores y Exteriores, Lucas Alamán, expresaron que la Ciudad de México era el centro político tradicional del país, amén de ser el punto de unión entre los dos océanos. Ante la inclinación ahora observada para que la Ciudad de México se convirtiera en capital federal, los diputados del Estado de México emprendieron la defensa de su capital, entre ellos José María Luis Mora, mientras que José Ignacio Oropesa y José María Guridi y Alcocer, lo hicieron como diputados por la Ciudad de México. De poco servían los argumentos y protestas de aquellos, pues los federalistas ganaban en su idea. Otro argumento de mayor peso para evitar el traslado de poderes a otra ciudad, fue el alto costo que tendría el cambio a Querétaro, entre gastos de mobiliario, mudanza de familias y la infraestructura necesaria para albergar a los empleados que residirían en esa ciudad. Ante tantas discusiones y situaciones en contra, "el 30 de octubre de 1824 se votó por el Congreso Constituyente, en forma definitiva, que la Ciudad de México sería el asiento de los poderes federales", arrancándole así al Estado de México un valioso territorio: su capital.[61] La Legislatura del Estado de México interpuso diversos recursos para evitar esta situación:

> La Legislatura manifestaba que el establecimiento de la sede federal había sido decretada mediante la ley constitucional del 18 de noviembre de 1824, y no de acuerdo al procedimiento marcado en la propia Constitución en el artículo 50, fracción XXVIII, mediante la consulta de las legislaturas afectadas, por lo que, sin necesidad de despojar a la ciudad de su carácter de sede federal, se le debería restituir al Estado su propia capital.[62]

[60] Querétaro ya gozaba desde el 24 de noviembre de 1824 de la categoría de territorio federal.

[61] Por consiguiente, el Estado de México, al carecer de capital, tuvo que elegir una nueva residencia para los poderes estatales; los miembros del Congreso del Estado de México propusieron una ciudad adecuada para ser la sede de los poderes locales, que recayó primero en Texcoco (de febrero a junio de 1827), después en Tlalpam (San Agustín de las Cuevas, a partir de agosto de 1827), y finalmente en Toluca (a partir de julio de 1830).

Al crearse el Distrito Federal, varios diputados consideraron pertinente extender sus límites hacia oriente, para evitar que estuviera rodeado por el Estado de México y tener así una salida hacia Puebla y Tlaxcala.[63]

Se considera que el compromiso federal salva la integridad del territorio (aunque se separaran las Provincias Unidas de Centroamérica), pero crea un gobierno federal dependiente de los estados, tanto en el plano militar como fiscal; advierten una supremacía del poder legislativo sobre los otros, de tal manera que el Ejecutivo resultaba débil y sólo podía gobernar cuando contaba con facultades extraordinarias (no olvidemos el rotundo fracaso en la sucesión pacífica de la presidencia en 1829, con una sublevación militar, con un abandono a las leyes y una anarquía generalizada en el país). El presidente era elegido por las legislaturas estatales, y los gobernadores, en su mayoría, también lo eran por sus propias legislaturas; sólo algunos estados crearon juntas electorales y sólo en Zacatecas lo hacían los ayuntamientos.[64]

Algunos estados comenzaron a advertir problemas en sus territorios, en donde ciertas regiones pretendían su soberanía (por la enorme extensión territorial y la lejanía con la capital del estado). Territorios como Colima y Nayarit comienzan la búsqueda de su reconocimiento como estados, separándose de Michoacán (1823-1857) y Jalisco (1823-1849, y todavía hasta 1884), respectivamente. En el caso del Estado de México, desde épocas tan tempranas, como 1827, existe un temor ante la separación de ciertas regiones, que más tarde conformarían a los actuales estados de Guerrero, Hidalgo y Morelos.[65]

[62] González, *op. cit.*, p. 38.

[63] Años más tarde, al crearse los estados de Morelos e Hidalgo en 1869, se diluía esta preocupación de que el Distrito Federal estuviera cercado por el Estado de México.

[64] Vázquez, *op. cit.*, p. 533.

[65] *Discusión sobre asignación de San Agustín de las Cuevas como capital del Estado de México. Abril 28 de 1827*, Biblioteca Legislativa "José María Luis Mora", Instituto de Estudios Legislativos del Congreso del Estado de México. En una de sus páginas, este manuscrito dice: "Si se hubiera pensado en Cuernavaca [como capital del Estado de México] se habría lo menos corregido la ventaja de poner á las autoridades supremas del Estado en un punto donde pudiese *velar sobre la fidelidad de los pueblos del sur, de quienes se dice que vacilan, y á quienes es preciso atender y cuidar*... [cursivas nuestras]. No debemos olvidar

Progresos de la República Mexicana, Anónimo, publicado en *El Toro,* en el fascículo *Siguen las hijas del cojo retozando en el Parián, diálogo tercero entre el cohetero y el tamborilero* (15 de julio de 1829). Es una crítica a los excesos de la logia yorkina, Rafael Barajas (El Fisgón), *La historia de un país en caricatura. Caricatura mexicana de combate (1826-1872),* México, Conaculta.

IV. Fracaso del primer relevo presidencial y ataques al federalismo

Durante el gobierno de Guadalupe Victoria (1824-1829) se logró el reconocimiento de la independencia mexicana por parte de Estados Unidos, Gran Bretaña y algunos países sudamericanos, como Chile, Colombia y Perú. El reconocimiento británico sirvió para que México obtuviera un par de préstamos que le permitieron a Victoria pagar los sueldos del ejército y de los empleados del gobierno. También tuvo que enfrentar un intento español por reconquistar su antigua colonia en 1825, y tras este fracaso, se decretó la primera expulsión de españoles residentes en México. Las creaciones de las logias de rito escocés (de tendencias centralistas) y de rito yorkino (de tendencias federalistas y auspiciado por el recientemente nombrado embajador norteamericano, Joel R. Poinsett) serán también parte esencial de la vida política del país durante el gobierno de Victoria, sobre todo a partir de las elecciones de 1826,[66] hasta que el levantamiento del vicepresidente Bravo, con apoyo de los escoceses, es sofocado por Vicente Guerrero, quien es líder de los yorkinos, en 1827.[67] Estos enfrentamientos presagiaban los problemas que se presentarían en las elecciones del año siguiente, las cuales:

> ...se complicaron al presentar algunos estados sus propios candidatos. San Luis Potosí propuso a Ignacio López Rayón como Presidente y a Jacobo

que el actual estado de Querétaro, desde 1824, se separó del Estado de México, e incluso se pretendió que fuera la capital federal del país.

[66] En opinión de Cecilia Sheridan: "...desde el proceso electoral para elegir diputados y senadores en 1826 se notó claramente que todos tenían en la mira las elecciones presidenciales de 1828, tomando en cuenta que el partido triunfante determinaría el victorioso para el siguiente cuatrienio ejecutivo. La politización se había acelerado con la publicación de folletería, periódicos y hojas sueltas que se vendían como pan caliente en las esquinas...". Cecilia Sheridan Prieto, "La construcción de una nueva nación, 1823-1828", en *Gran historia de México ilustrada,* México, Planeta De Agostini, 2002, t. 5, p. 159.

[67] Pese a esta campaña militar en la que logra exiliar al vicepresidente Bravo y algunos de sus seguidores, los yorkinos no confiaban en Guerrero para ocupar la candidatura a la presidencia de la República por su falta de preparación, por lo que eligieron al ministro de Guerra, Manuel Gómez Pedraza, para dicho cargo, pues contaba con el antecedente de haber sido diputado novohispano en las Cortes de Cádiz de 1821, desempeñaba un cargo de ministro en el gobierno de Victoria y pertenecía a la clase criolla educada. Muchos consideraban que Gómez Pedraza podría acabar con las logias y restablecer el orden constitucional que marcaba el documento de 1824.

> Villaurrutia como vicepresidente. Chiapas apoyaba a Rayón con Juan Pablo Anaya y se rumoraba que Ramos Arizpe influiría en Coahuila-Texas a favor de Michelena. Los yorkinos tardaron en decidir su candidato a la vicepresidencia y al final propusieron a Anastasio Bustamante. A pesar de ello, cuando el primero de septiembre de 1828 el Congreso General procedió a abrir los votos de las legislaturas de los estados –que eran las que votaban para elegir al ejecutivo–, se dieron cuenta de que al final, los votos favorecían la candidatura de Gómez Pedraza. Sin duda, el temor al progreso de la revolución los había decidido por quien parecía garantizarles que la impediría. Votaron por Pedraza: Chiapas, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Tabasco, Veracruz y Zacatecas. Durango se abstuvo y los demás votaron por Guerrero. La desilusión de los yorkinos se convirtió de inmediato en deseos de venganza. De esa manera, la "baja democracia" –como llamaba Zavala a los yorkinos radicales por favorecer la igualdad de las clases sociales– de inmediato desafió el resultado y decidió romper el orden constitucional.[68]

En los primeros días de diciembre de 1828 se sucedieron la toma del edificio de la Acordada, el motín del Parián, la renuncia a la presidencia del propio Gómez Pedraza y la presión de los yorkinos por que se declarara presidente electo a su candidato (Guerrero). El 1 de enero de 1829, un nuevo Congreso reunido se enfrentó a la delicada situación, pues sin facultades constitucionales para el caso, el 9 de enero el Congreso terminó por declarar presidente a Guerrero y vicepresidente a Bustamante, tras aceptar la renuncia de Gómez Pedraza, cuya elección fue anulada por el Congreso, "cediendo al clamor popular". De esta manera culminó la total violación de la Constitución de 1824, y el régimen quedó marcado por la ilegitimidad. Así terminaba su gobierno el presidente Victoria, con un rotundo fracaso en la sucesión pacífica de la presidencia, con una sublevación militar en su contra, con un abandono a las leyes y, por lo tanto, con una anarquía generalizada en el país. Por si fuera poco, existía la amenaza de España de volver a intentar reconquistar México, lo cual sucedió entre julio y septiembre de 1829.

Aunque los yorkinos federalistas fracturaron el orden establecido por la Constitución para la elección presidencial de 1829 y agitaron la estabilidad del país, también es digno mencionar que propusieron

[68] Sheridan Prieto, *op. cit.*, p. 159.

algunas reformas en diversos ámbitos, como en el electoral, pues "proponían las elecciones directas –que eliminaban estos peldaños, elecciones de parroquia, partido y provincia– para establecer la fórmula: un ciudadano, un voto. Aunque esta propuesta electoral no prosperó, bien habla de que las intenciones de los yorkinos era incorporar a las clases populares al sistema político mexicano".[69]

El 4 de abril de 1829 Guerrero asume la presidencia de una República con graves problemas económicos y amenazas de invasión española. Por un lado se aplican radicales reformas fiscales que gravaban a los contribuyentes mexicanos y se facultaba al gobierno nacional para cobrar las contribuciones directamente sin intermediarios; y por otro lado Guerrero obtiene del Congreso facultades extraordinarias para preparar la defensa de Tampico contra la invasión española, a través de la movilización de tropas de ejército y milicias de los estados.

Se genera descontento entre los estados y los sectores acaudalados de la sociedad, pues lo acusan de intentar convertirse en dictador, y finalmente provocan su caída en diciembre de ese año, por medio del *Plan de Jalapa*, pronunciado por el vicepresidente Anastasio Bustamante. El 16 de diciembre Guerrero sale hacia el sur del país para combatir a los sublevados, y solicita al Congreso designar a José María de Bocanegra como presidente interino, el cual sólo gobierna unos cuantos días, hasta que se da el golpe militar, y un Consejo de Gobierno, designado por el Congreso, asume el Poder Ejecutivo. Los miembros de este consejo de gobierno son Pedro Vélez, Luis Quintanar y Lucas Alamán, quienes gobiernan del 23 al 31 de diciembre de 1829, hasta que el 1 de enero de 1830 entregan la presidencia a Anastasio Bustamante. Él se apoya en Alamán, quien disciplina al ejército, saneó las finanzas públicas, renegoció la deuda externa e interna, y, sobre todo, obtuvo su control del Congreso nacional, presionando para que varios diputados y senadores renunciaran a su curul, o bien, fueran expulsados del país. Otra de las medidas de Alamán fue restringir en las elecciones la participación política de los grupos populares, medida que también fue apoyada por uno de los principales ideólogos del liberalismo en la primera mitad del siglo XIX: José Ma. Luis Mora.

[69] Sheridan Prieto, *op. cit.*, p. 165.

También de esta época procede la división de Sonora y Sinaloa en dos estados, propuesta que ya había sido anunciada desde años antes.

Debido al descontento popular por las medidas de Anastasio Bustamante y las restricciones que hace Alamán al voto, Guerrero se subleva en la Costa Chica, Tierra Caliente, Oaxaca, Michoacán, Jalisco y Colima, pero es capturado y asesinado en febrero de 1831. Después de su muerte, Santa Anna se levanta en armas contra Bustamante, mientras que Gómez Pedraza pretende regresar a México, aunque hacia esas fechas Santa Anna lo había declarado enemigo del gobierno, por lo cual no puede desembarcar y se dirige a Nueva Orleáns.

Algunos inconformes con el gobierno de Bustamante deciden esperar las elecciones de 1832 para poner fin a esa administración e impulsar a su candidato, Manuel Mier y Terán; sin embargo, éste se suicida, y entonces el apoyo se le otorga a Santa Anna. Bustamante trata de controlar la sublevación, pero ésta ya se ha extendido por varios estados del país. El 2 de enero de 1832, Santa Anna se pronuncia en Veracruz por el regreso de Gómez Pedraza para concluir el periodo de gobierno. En la hacienda de Zavaleta, Santa Anna y Bustamante pactan, con Gómez Pedraza como testigo de honor, la amnistía "u olvido general" de lo pasado en 1828, a fin de que Gómez Pedraza ocupara la presidencia de la República en los pocos meses que faltaban para cumplir el cuatrienio legal de la segunda presidencia, es decir, el periodo entre el 1 de abril de 1829 y el 31 de marzo de 1833. Gómez Pedraza toma posesión del cargo en la ciudad de Puebla el 24 de diciembre de 1832, y entra en la capital el 3 de enero de 1833, una de sus decisiones en nombrar ministro de Justicia a Miguel Ramos Arizpe, quien ya antes había ocupado este cargo en la administración anterior (con Victoria, de 1824 a 1829). Gómez Pedraza ejerció el cargo hasta el 3 de abril de 1833, cuando hace entrega del mismo a Valentín Gómez Farías, quien es el vicepresidente y ejerce en ausencia de Antonio López de Santa Anna, quien había sido electo presidente de México.

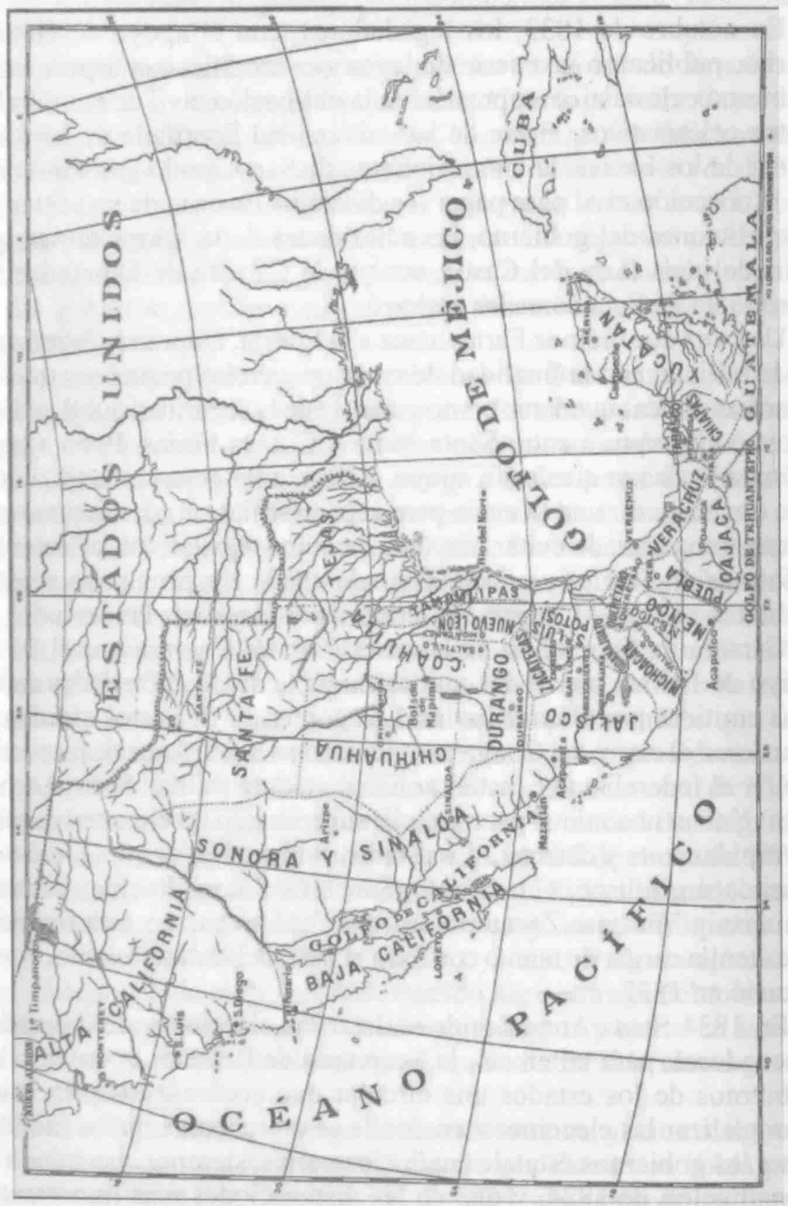
Gómez Farías asume el cargo de manera interina, y retoma algunos de los temas que desde que era diputado por Zacatecas había proclamado: reforma a la Constitución de 1824, abolición de los fueros eclesiásticos y militares, y desamortización de los bienes de manos

muertas. Los afectados reaccionaron de manera inmediata, por lo cual Santa Anna salió a combatirlos.

En octubre de 1833, los legisladores, con el apoyo de Gómez Farías, publicaron una serie de leyes que modificaban aspectos del gobierno eclesiástico: supresión de la obligación civil de cumplir los votos eclesiásticos, cierre de la Universidad Pontificia de México, venta de los bienes de los misioneros de San Camilo y la abolición de la coacción civil para pagar los diezmos. En caso de no acatar las disposiciones del gobierno, las autoridades de la Iglesia tenían que salir del país (Ley del Caso); aunque la Cámara de Diputados las aprobó, la de Senadores las rechazó.

Una vez que Gómez Farías ataca a la Iglesia, emprende la reforma de la milicia: con la finalidad de crear un ejército pequeño y que las guardias cívicas quedaran como garantes de la seguridad pública. Esto provocó la ruptura entre Santa Anna y Gómez Farías. Poco a poco Gómez Farías se queda sin apoyo, y llega a tal grado esta situación, que decide pedir una licencia para separarse del cargo, mientras que Santa Anna trata de evitar mayores cambios legislativos, al vetar las reformas al ejército y a la Iglesia, alentando los pronunciamientos militares contra el Congreso y termina por clausurar las sesiones de la Cámara de Diputados; se lanza el *Plan de Cuernavaca* el 25 de mayo de 1833, a través del cual se exigía la derogación de las reformas emitidas por Gómez Farías. Los gobiernos de varios estados se opusieron al cierre del Congreso y acusaron a Santa Anna de pretender anular el federalismo e instaurar una dictadura militar. Estos hechos presagiaban una nueva guerra civil; sin embargo, el ejército reaccionó rápidamente y derrotó a los estados sublevados, como Querétaro, Michoacán, Jalisco, Guanajuato, San Luis Potosí, Puebla, Oaxaca, Chiapas y Yucatán. Zacatecas no movilizó tropas en esta ocasión, pues temía cargar de nuevo con todo el peso del levantamiento, como ocurrió en 1832.

En 1834 Santa Anna decide realizar las elecciones de diputados y senadores; para tal efecto, la Secretaría de Relaciones envió a los gobiernos de los estados una circular que contenía los principios para realizar las elecciones, en donde se otorgaban amplias facultades a los gobiernos estatales para efectuarlas, siempre apegadas a la Constitución de 1824, y una de las disposiciones más importantes fue la de permitir a los elegidos contar con amplias facultades para



México antes de la guerra con Estados Unidos. 1821 (*ca.*), 1835

Fuente: *En defensa de la Patria*, AGN, p. 22.

actuar, lo cual era anticonstitucional; apoyados en esta idea, varios estados, como Jalisco, Veracruz, Querétaro y el Estado de México, interpretaron que no sólo se trataba de "reformar la Constitución de 1824, sino elaborar una nueva bajo principios diferentes". Santa Anna trató de reprimir el movimiento.

Santa Anna mantenía que sólo eran necesarias algunas reformas a la constitución vigente para que el sistema federal funcionara de manera adecuada, y el 15 de octubre hizo la declaración más trascendente en ese sentido. Según ésta, el gobierno no reconocía en las juntas electorales otras facultades que las determinadas por la Constitución de 1824 y por lo tanto no podían otorgar a los elegidos más que las prescritas por ella. Las elecciones se realizaron sin mayores contratiempos, y el grupo centralista logró ocupar casi un 25% del total de congresistas; este Congreso comenzó a funcionar en enero de 1835, y durante los primeros cinco meses de labores se logró cancelar gran parte de la legislación reformista, se redujo la milicia cívica y se nombró una comisión para reformar la Constitución de 1824, con la limitación consistente en que se impedía cambiar el sistema de gobierno.

Al advertir el presidente que le resultaría difícil contener a los centralistas del Congreso, se retiró a su hacienda en Veracruz y el Congreso nombró a Miguel Barragán como presidente interino, favoreciendo el cambio de sistema federalista por el centralismo.

Se considera que fueron dos los procesos que aceleraron este cambio de sistema; uno de ellos fue la derrota de Zacatecas, principal fuerza del federalismo. En marzo de 1835 el Congreso Nacional ordenó la reducción de la milicia cívica, ante lo cual se opuso el Congreso de Zacatecas y solicitó su anulación; mientras que la milicia zacatecana se aprestaba para resistir, Santa Anna, de regreso en la capital, pidió al Congreso Nacional el mando del ejército para castigar a los zacatecanos. Santa Anna ocupa Zacatecas el 10 de mayo de 1835, sin mayor resistencia, con lo cual dio un fuerte golpe a los federalistas, y deja abierta la puerta a los centralistas, quienes ven la posibilidad de un apoyo en el caudillo veracruzano. Parte de los castigos impuestos a Zacatecas por pronunciarse contra las medidas del Congreso fue la mutilación de su territorio en aras de la creación del estado de Aguascalientes, el despojo de armas y municiones, así como la disminución de su milicia cívica, "bajo la inspección del Gobierno General, y en

clase de Territorio",[70] lo que viene a representar el segundo desmembramiento de importancia contra una entidad federativa.

El otro proceso, más amplio y de mayor impacto, sería llevado a cabo en los ayuntamientos de las ciudades principales de los estados, en particular en los del centro del país (Veracruz, Estado de México, Morelos), extendiéndose entre las pequeñas comunidades y los pueblos indígenas. Un ejemplo de este proceso lo constituye el pronunciamiento por el centralismo ocurrido en el Ayuntamiento de la Ciudad de México, el 12 de junio de 1835, en donde "la plebe" es incitada (mediante dádivas) para aclamar el cambio de sistema. Curioso es señalar que las manifestaciones parten de iglesias y conventos hacia el Ayuntamiento de la ciudad (recuérdese que uno de los reclamos para el cambio del sistema es la derogación de las leyes reformistas y de la Ley del Caso que afectaba a la Iglesia).[71]

[70] O'Gorman, *op. cit.*, p. 71.

[71] En su *Diario histórico de México, 1822-1848*, Carlos María de Bustamante relata lo ocurrido la noche del viernes 12 de junio de 1835, cuando un grupo de "ciudadanos" pedía a gritos la instauración del centralismo como forma de gobierno, y se percata de varias "irregularidades" durante este hecho. En un diario de la época llamado *La Oposición. Federación y Unión* (en su primera época), también se hace referencia a este hecho, en donde se advertía la compra de "la plebe" para manifestarse y obligar al Congreso a adoptar el centralismo.

Hacia las 10 de la noche comenzaron los "léperos" o "plebe" a echar cohetes, sonar tambores y tañer campanas por varios rumbos de la ciudad, precedidos de los alcaldes de los cuarteles, desde las parroquias, como Santo Domingo, San Agustín, San Francisco, Santa Catalina y Salto del Agua, lanzando gritos como "¡Viva la Junta Central!", "¡Mueran los guajolotes!", agitando también banderas tricolores. Desde La Ciudadela se oían cañonazos. Con ello comenzaba la asonada y gritería, como estaba acordado con antelación, en la cual el "pueblo" solicitaba el apoyo del Ayuntamiento para cambiar el sistema federal por el centralista. Andrés Quintana Roo, por su parte, asegura que la "plebe" equivocó las "instrucciones recibidas" con anticipación, y en vez de gritar lo que les habían mandado: "¡Viva el sistema Central!" y "¡Mueran los sanculotes!", gritaban "Viva la Junta Central", y "Mueran los guajolotes". Esta asonada duró toda la noche del 12 y terminó hasta el mediodía del sábado 13; una vez que se reunió la "plebe" en el Ayuntamiento, crearon una Comisión Encargada para proponer el modo y orden que debe observarse en el pronunciamiento de la capital del Distrito, para que examinase el cambio de sistema y extendieron un impreso en donde solicitan ese cambio. La "plebe" se retiró a las iglesias y conventos a recibir la respuesta aprobatoria que esperaban. Se señala que el Lic. Andrés Quintana Roo, hacia la mañana del sábado 13 de junio, solicitó castigo a los integrantes de este "motín", pues estaban prohibidas tales reuniones, "aun cuando se verifican sin armas". Véase Carlos María de Bustamante, *Diario histórico de México, 1822-1848*, Josefina Zoraida Vázquez y Héctor Cuauhtémoc Hernández Silva (eds.), presentación de Andrés Henestrosa, México, CIESAS, El Colegio de México, 2001, 2 v., junio de 1835, del 8 al 14 de junio; véase también *La Oposición. Federación y Unión*, México, Primera época, t. III, núm. 64, p. 256, 13 de junio de 1835.

Entre julio y septiembre, el Congreso llegó a la conclusión de que éste tenía plenos poderes para variar la forma de gobierno, de tal manera que el 25 de septiembre se publicó una ley por la cual "el Congreso general se había convertido en constituyente"; así es como "el Congreso, reunido en una sola cámara", sancionó dos leyes importantes: la Ley del 3 de Octubre y la Ley del 23 de Octubre. La primera señaló que los gobernadores subsistirían en sus cargos, las legislaturas dejarían de existir y serían sustituidas por juntas departamentales, permanecerían en sus funciones jueces y tribunales de los estados y "la administración de justicia no se alteraría hasta la expedición de una nueva ley en la materia"; la segunda ley aprobaba "las Bases de Reorganización de la Nación Mexicana" (*Bases Orgánicas*), que estableció un sistema centralista de gobierno provisional, mientras se redactaba la nueva Constitución, lo cual ocurrió de octubre de 1835 a diciembre de 1836.

El 15 de diciembre de 1835 el Congreso expidió las Bases Constitucionales, mediante las cuales se dio por terminada la vigencia de la Constitución de 1824 y se implementó un nuevo sistema centralista de gobierno. Esta Constitución es conocida con el nombre de las *Siete Leyes*, y fue aprobada el 30 de diciembre de 1836. A través de este ordenamiento se estableció el Supremo Poder Conservador, encargado de regular los actos de los otros poderes; además, se limitaron las prerrogativas del Legislativo y del Ejecutivo y se ampliaron las del Poder Judicial; de igual forma, se mantuvo el carácter republicano, representativo y popular, pero con un sistema de centralización del poder, y se dividió la república en departamentos, con funciones restringidas y control desde el centro. Para Reynaldo Soto Cedeño, las *Siete Leyes* reflejaron tres preocupaciones fundamentales: lograr un mejor equilibrio entre los tres poderes, restringir la participación democrática para evitar los excesos de años anteriores y dar mayor estabilidad a las relaciones entre el gobierno nacional y el de los departamentos,[72] pues además:

> ...los centralistas estructuraron su proyecto de democracia bajo tres principios: 1) restringir la participación política, por medio de la propiedad o su

[72] Reynaldo Soto Cedeño, "La primera república centralista 1835-1842", en *Gran historia de México ilustrada*, México, Planeta De Agostini, 2002, t. 5, pp. 188 y 189.

equivalente en un ingreso por un trabajo o profesión; 2) elegir por mecanismos selectivos a funcionarios de alto nivel; y 3) definir con precisión las responsabilidades en los procesos político-administrativos. El resultado de estas ideas fue un poco contradictorio: por un lado, el sistema se hizo complejo y quienes podían participar en el eran una minoría, pero por el otro se definieron los derechos individuales y los centralistas expidieron las mejores leyes electorales de la primera mitad del siglo XIX.[73]

No obstante las ventajas que en apariencia ofrecía el centralismo, el cambio de sistema fue el pretexto argumentado por los texanos para separarse de la federación hacia fines de 1835.[74] La Convención texana, reunida el 3 de noviembre, declaró que el establecimiento

[73] Soto Cedeño, *op. cit.*, p. 189.

[74] Debe recordarse que desde 1820 Moisés Austin había solicitado permisos de colonización en el territorio de Texas, pero sería su hijo Esteban quien aprovecharía esta concesión de introducir 300 familiar para colonizar ese estado; conforme pasaba el tiempo, las leyes de colonización favorecieron la introducción de nuevas familias anglosajonas en Texas, hasta que para 1826 comenzaron los abusos de los hermanos Edwards en los territorios cercanos a Nacogdoches, y tuvo que intervenir el comandante de las Provincias Internas de Oriente para anular el contrato de colonización con 800 familias anglosajonas. Al año siguiente se promulga la Constitución de Coahuila y Texas, en donde se prohibía de manera absoluta la esclavitud. Este hecho generó descontento entre los colonos, por lo cual Austin tuvo que negociar para que Texas quedara exceptuada de la vigencia de esta ley. Conforme aumentaba el número de colonos, se pretendía la separación de Coahuila y Texas; para 1832 los texanos se unen al plan de Santa Anna, pretendiendo que éste los apoye para crear la Constitución del estado de Texas. En 1833 Austin parte rumbo a México, en donde la situación política no es la más adecuada para solicitar la separación de Coahuila y Texas, y sin embargo envía un aviso al ayuntamiento de Béjar para que comiencen a organizar un gobierno local para Texas, incluyendo además varias críticas al gobierno de México. Al enterarse Valentín Gómez Farías de ello, ordena su detención a principios de 1834; permanece en México hasta 1835, y cuando por fin regresa a Texas, tiene en mente el deseo de ver libre a Texas del dominio mexicano. Mientras tanto, la reducción de la milicia cívica en marzo de 1835, y el posterior sometimiento de Zacatecas por Santa Anna, provocaron en el gobierno de Coahuila y Texas el temor de ser atacados, por lo cual el colono William Travis promovió la expulsión de la tropa mexicana de la provincia argumentando que el gobernador Agustín Viesca iba a ser apresado por su adhesión al federalismo, en tanto el congreso del estado autoriza a Viesca a trasladarse de Saltillo a Texas para establecer su gobierno.

Aunque los ciudadanos texanos desconocían los hechos en México y deseaban "permanecer unidos al gobierno federal", Travis logró reunir un grupo armado y atacar el puerto de Anáhuac, en donde se unieron más colonos. Se comenzaron a formar "comités texanos" en Nueva Orleáns, Nueva York y otras ciudades norteamericanas, movilizando voluntarios, armas y dinero, a cambio de recibir tierras en Texas. Los voluntarios quedaban bajo las órdenes de Samuel Houston, mientras que las milicias quedaron al mando de Austin. El 2 de marzo de 1836 se declararon independientes de México. Años más tarde se unirán a Estados Unidos (1845).

del centralismo en octubre rompía el "pacto" con México, por lo que era necesario organizar un gobierno provisional, basado "en los principios de la Constitución de 1824". No fue sino hasta fines de noviembre cuando Santa Anna organiza un ejército para combatir a los insurrectos, y el Congreso mexicano publica una circular en la que se determinaba castigar a los extranjeros que penetraran a territorio nacional con aspecto hostil o armas. Se hizo inevitable la guerra con Texas, y aunque Santa Anna se aprestó a combatirlos a principios de 1836, y logró algunas victorias en Béjar y El Álamo, en abril fue capturado en San Jacinto, por Samuel Houston y obligado a firmar los *Tratados de Velasco*, en donde México se obligó a retirar sus tropas de Texas y reconocer su independencia (pero se impuso a Texas la condición de permanecer independiente, tanto de México como de Estados Unidos).

Pero no sólo Texas protestó contra el cambio de sistema, sino que al tomar los centralistas el poder en México, desde la Ciudad de México nombraron a un gobernador en Yucatán y ordenaron que se enviaran a los campesinos mayas para luchar en la guerra contra Texas, lo cual deterioró la economía yucateca e indignó al pueblo en general. Los federalistas yucatecos se levantaron contra el gobierno centralista, pues argumentaron que México, al dejar de ser una federación, rompía su pacto con Yucatán, pues se habían violado las cláusulas de la incorporación de la península a la confederación mexicana. Los federalistas yucatecos empezaron a formar un ejército federalista de forma secreta, durante cinco años, para tratar de repeler a los centralistas en 1840.

El ejército federalista de Yucatán, comandado por el capitán Santiago Imán, tomó la ciudad de Valladolid, y el 12 de febrero de 1840 emitió un acta, donde se establecía que el federalismo debía ser restaurado como forma de gobierno para combatir la pobreza en el territorio. El acta exigió el restablecimiento de la Constitución Mexicana de 1824.

Seis días después, en presencia de las tropas de la guarnición de Mérida (capital de Yucatán), al mando de Anastasio Torrens, y una gran cantidad de simpatizantes, se firmó el acta en la que se apoyaba al movimiento triunfante de Valladolid y se proclamaba la independencia del territorio yucateco, hasta que el gobierno centralista mexicano reconociera que el estado de Yucatán era libre e independiente y se

restableciera la Constitución Federal de 1824. El 6 de junio de 1840, la ciudad de Campeche (entonces perteneciente a Yucatán) se rindió a los federalistas tras un sitio militar. El gobierno centralista de México le declaró la guerra a Yucatán.

El 16 de marzo de 1841, estando en junta el primer Ayuntamiento Constitucional de Mérida, irrumpió en la sala un grupo de personas encabezadas por Miguel Barbachano y Tarrazo (futuro gobernante de Yucatán). Sin violencia y sin armas solicitaron al Cabildo que se hiciera la petición al Congreso, requiriendo la independencia de Yucatán. Al aceptar el Ayuntamiento se desató la euforia del grupo y se dice que hubo un atronador y unánime aplauso. Dentro de esa euforia algunos miembros del grupo arriaron la bandera mexicana, sin medir las consecuencias, y enarbolaron en su lugar un pabellón que se llamó yucateco. Oficialmente unos días después se removió el lábaro mexicano de barcos y edificios en favor de *La Bandera Yucatanense*.

El 1 de octubre de 1841, la Cámara de Diputados local aprobó el *Acta de Independencia de la Península de Yucatán*. El primer artículo anunciaba: "*El pueblo de Yucatán, en el pleno uso de su soberanía se erige en república libre e independiente de la nación mexicana*".

Casi de manera paralela, el 13 de febrero de 1841 el estado de Tabasco declaró su separación de México en protesta por el régimen centralista implantado en el país y por las sanciones impuestas al estado por Bustamante. El gobernador del estado, Victorio V. Dueñas, asumió las facultades de Presidente, mientras que el Congreso del estado asumió las de un Congreso General, creándose dos ministerios, el de Guerra y Marina y el de Hacienda.

Desde Yucatán se trasladó una comisión encabezada por don Justo Sierra, para proponer a las autoridades tabasqueñas la creación de una república independiente de México conformada por ambas entidades. La propuesta no prosperó, ya que Tabasco se reincorporó a México el 2 de diciembre de 1842 cuando Santa Anna levantó las sanciones contra el estado impuestas por Bustamante, e implantó la República Federalista.

Durante este periodo de autonomía se obtienen algunos de los logros más importantes del pueblo yucateco, como fue la redacción de una de las constituciones más avanzadas de su tiempo, la *Constitución de 1841*, que empleó términos y conceptos de extrema novedad y que

aún permanecen vigentes: las garantías individuales, la libertad religiosa y la figura jurídica del amparo. Pero también durante el periodo de la llamada "II República" se vivió una terrible crisis social, llamada "la Guerra de Castas," que obligó a los gobernantes yucatecos a pedir ayuda militar a México a cambio de la reincorporación de Yucatán a la soberanía mexicana, la cual sucede en 1848.

V. Los límites internacionales durante el federalismo y el centralismo

Por lo que respecta a los límites internacionales, México ratificó en 1832 el Tratado de Límites suscrito entre Estados Unidos y España en 1819. En 1835, tras la caída del federalismo y la instauración del centralismo, sólo pueden señalarse dos cambios importantes sancionados por las *Bases Orgánicas*; uno es el cambio de denominación de los "Estados" por el de "Departamentos", y la separación de Texas de la Federación, argumentando la disolución del "pacto social que existía entre Texas y los demás miembros de la Confederación Mexicana".[75]

Otros cambios fueron la desaparición del Distrito Federal y Tlaxcala y su incorporación al Departamento de México; las dos Californias quedaron integradas como un solo departamento, lo mismo pasa con Colima que se agregó a Michoacán; Nuevo México dejó de ser Territorio y se erigió como Departamento; por último, se decretó la separación de Texas y Coahuila en dos departamentos distintos, aunque en la realidad Texas ya no pertenecía a México.

[75] *Ibidem*, p. 79.

LEGADOS EN EDAD ADRIANEA. DISPOSICIONES NORMATIVAS

Yuri González Roldán

Sumario: I. *Constitución que confirma la tesis proculeyana respecto al legado* per praeceptionem. II. *Rescripto que no concede al legatario los intereses por la mora de la persona que debe cumplir el legado*. III. *Senadoconsulto que concede a todas las ciudades del imperio la posibilidad de recibir legados*. IV. *Legado de uso*. V. *Senadoconsulto que prohíbe dejar en legado cosas unidas a edificios*. VI. *Rescripto en materia de* legatum partitionis. VII. *Constitución que se refiere al legado concedido a la* Augusta. VIII. *Consideraciones finales*.

I. Constitución que confirma la tesis proculeyana respecto al legado *per praeceptionem*

Como es notorio en el periodo adrianeo los últimos representantes de las escuelas jurídicas, al formar parte del *consilium principis*, llegaron a encontrar puntos de encuentro respecto a opiniones jurisprudenciales que contrastaban;[1] así un texto de Gayo 2.221 demostraría como el príncipe en una constitución había preferido la tesis proculeyana en materia de legado *per praeceptionem*:

> Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: TITIUS HOMINEM STICHUM CAPITO, superva-

[1] Sobre este punto ver *S. H. A. De vita Hadriani* 18.1 y el análisis del pasaje en nuestra obra Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 386 ss.

cuo adiecta PRAE syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.

Pero los autores de la escuela contraria piensan que también (al heredero) extraño pueda ser legado *per praeceptionem*, como si de este modo sea escrito: TICIO TOMARÁ AL HOMBRE ESTICO, inútilmente añadida la silaba *PRAE*; y por este motivo se considera esta cosa legada *per vindicationem* (*sed-videri*); y esta opinión se dice que fue confirmada por una constitución del divino Adriano (*Quae-confirmata esse*).

El argumento que presenta interés en nuestra investigación es la referencia a una constitución de Adriano que habría tomado en consideración la tesis proculeyana y no sabiniana; pero antes de tratar de la disposición adrianea debemos analizar el fundamento de las dos tesis.

La tesis sabiniana se encuentra explicada por el jurista en los pasajes anteriores 2.217-218:

217. *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.*218. *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse convalescere: 'nam eo', inquit, 'senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur'. Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, veluti peregrino, cum quo testamenti factio non sit: quo plane casu senatusconsulto locus non est.*

Pero ciertamente nuestros maestros piensan que a ninguna otra persona puede ser legado en este modo (*per praeceptionem*) que a quien hubiera sido escrito heredero de alguna parte (*sed-scriptus esset*); ya que '*praecipere*' es tomar anticipadamente; y esto solamente sucede en la persona del que fue instituido heredero de alguna parte, porque aquel tendrá un legado anticipado fuera de la porción de la herencia (*quod-habiturus sit*). 218. Y por este motivo si haya sido legado a un extraño es inútil el legado; a tal punto que Sabino consideró que ni tampoco con base en el senadoconsulto Neroniano puede sanarse (*Ideoque-convalescere*); "en efecto", dice, "por este senadoconsulto solamente son convalidados aquellos legados que por un vicio de las palabras no valen con base en el derecho civil, no aquellos que no fuesen debidos por motivo de la misma persona del legatario" (*nam-non deberentur*). Pero Juliano y Sexto decidieron que también en este caso es convalidado el legado con base en el senadoconsulto (*Sed-legatum*), y que en efecto por las palabras también sucede esto, que por el derecho civil el legado sea inútil, mientras que es evidente que al mismo correctamente sea legado con otras palabras, por ejemplo, *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo* (*nam-sinendi modo*); pero entonces por el vicio de la persona no vale el legado, cuando haya sido legado al que de ningún modo puede ser legado, por ejemplo, al peregrino, el cual no tiene *testamenti factio*. En este caso claramente no tiene lugar el senadoconsulto (*tunc-non est*).

Como hemos observado, según Sabino, el legado *per praeceptionem* otorgado a un extraño no habría podido convalidarse ni siquiera con el senadoconsulto Neroniano;[2] porque si bien, con tal disposición, los legados ineficaces por motivo de forma habrían podido producir efectos jurídicos, en el presente caso el problema no se refería únicamente a la forma, sino a la misma persona del legatario. Juliano mete en discusión el fundamento de la tesis de su escuela (opinión seguida también por su discípulo Africano), porque según el jurista efectivamente el problema se refería a las palabras y no a la persona del legatario. Tal situación habría permido aplicar el Neroniano, a diferencia del caso en que hubiera sido concedido un legado a un peregrino. El legado habría sido considerado eficaz, como si hubiera sido hecho correctamente; tal situación nos haría pensar que para Juliano el legado *per praeceptionem* de la cosa que pertenecía al testador habría podido ser convalidado y obtendría las mismas consecuencias jurídicas del legado *per vindicationem* por la afinidad que existía entre los dos tipos de legados, acercándose de este modo a la tesis de la escuela contraria.[3]

[2] Sobre tal senadoconsulto V. Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante <<conversione>> in diritto romano*, Napoli, 1965, 129 con amplia discusión de la doctrina anterior.

[3] Sobre este punto justamente M. García Garrido, *Gayo 2.216-223 sobre el <<Legatum per praeceptionem>>* en *AHDE*, 31, 1961, 500 afirma que Juliano y Africano llegan a las mismas consecuencias prácticas de los maestros proculeyanos: el legado *per praeceptionem*

La tesis de la escuela sabiniana, en donde prevalecía el formalismo y no la intención del testador, habría cambiado a partir de Juliano gracias a que el jurista consideraba adecuado aplicar el Neroniano al presente caso; probablemente si no hubiera existido tal disposición difícilmente se habría contrapuesto a la opinión de Sabino. No nos encontramos en la posibilidad de determinar el momento preciso en que los proculeyanos habrían propuesto una 'interpretación correctiva' respecto al legado *per praeceptionem* concedido a un extraño, pero como el fundamento de tal tesis no se encontraba en el senadoconsulto probablemente fue anterior al mismo.[4]

Los proculeyanos, así como los sabinianos, estaban de acuerdo que el legado *per praeceptionem* podía solamente ser concedido a un heredero; no se encontraba en discusión la naturaleza de tal legado, sino la posibilidad que un vicio en las palabras hubiera podido ser corregido y que una disposición inválida para el derecho civil produjera consecuencias jurídicas aplicándose la voluntad del *de cuius* también al caso en que existiera un error de forma.

La solución proculeyana fue seguramente innovativa al considerar como no escrita la partícula *prae* alterando el significado del verbo *praecipere* y transformándolo en *capere*; así, en lugar de encontrarse escrito *L. Titius hominem Stichum praecipito* (L. Ticio tomará anticipadamente el hombre Estico en Gayo 2.216), habríamos debido considerar: *L. Titius hominem Stichum capito* (L. Ticio tomará el hombre Estico en Gaio 2.193). El senadoconsulto interpretó todavía más ampliamente la tesis proculeyana, porque si bien un legado *per praeceptionem* concedido a una persona que no era heredero habría podido transformarse *per vindicationem* (en el caso en que la cosa hubiera pertenecido al *de cuius*); antes de la disposición, si la cosa hubiera sido ajena, el legado habría seguido siendo considerado ineficaz para los proculeyanos (en los dos casos no era posible dejar en legado una cosa que no perteneciera al *de cuius*). Gracias al Neroniano el legado *per praeceptionem* de cosa ajena habría sido considerado *per damnationem* (Gaio 2.222).

a favor de un extraño es válido con la diferencia que los segundos lo equiparan al legado *per vindicationem*, mientras los primeros lo transforman en el tipo apto para realizar la finalidad querida por el testador.

[4] J. F. Leuba, *Origine et nature du legs per praeceptionem*, Lausanne, 1962, piensa que probablemente la tesis proculeyana fue anterior al Neroniano.

Después de haber observado que en la edad adrianea existían puntos de encuentro entre las dos escuelas respecto al legado *per praeceptionem* concedido a un extraño, veamos la referencia a la constitución adrianea mencionada en Gayo 2.221 que habría aplicado la tesis proculeyana (*quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse*). Según Biondi[5] el verbo *dicitur* usado por el jurista hace pensar que la confirmación de la doctrina de los Proculeyanos no se encontraba expresamente establecida en la constitución de Adriano, sino que en la misma se podía considerar la recepción de tal doctrina en vía interpretativa.

Nosotros creemos, como afirma el investigador, que en la constitución falta una referencia expresa a la tesis proculeyana. Probablemente el emperador había respondido a una cuestión respecto a la validez de un legado *per praeceptionem* concedido a un extraño con los mismos criterios de la escuela proculeyana y por esto Gayo habría usado los términos *confirmata esse*. El jurista no tenía dudas de la existencia de la constitución, pero el verbo *dicitur* haría pensar que el mismo Gayo no había tenido la oportunidad de observar directamente la disposición adrianea; noticias sobre la misma las había obtenido en modo indirecto y probablemente había sido referida en una obra de otro jurista adrianeo.

La constitución no representa una novedad en la materia de legados, simplemente reconoce una realidad propia del periodo histórico. Un legado con un vicio de forma habría podido ser corregido y tal era la posición consolidada en la jurisprudencia.

II. Rescripto que no concede al legatario los intereses por la mora de la persona que debe cumplir el legado

Respecto a las diferencias que existen entre los fideicomisos y los legados Gayo menciona en un texto de sus Instituciones en 2.280 un escrito deAdriano:

> *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum vero usurae non debentur:*

[5] B. Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, 274 n.2.

idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis optinere video.

Igualmente son debidos los intereses y frutos de los fideicomisos si solamente haya actuado la mora del pago el que deberá el fideicomiso (*Item-debebit*); mientras que no son debidos los intereses de los legados (*legatorum-non debentur*), y esto es indicado en un escrito del divino Adriano (*idque-significatur*); sin embargo, sé que Juliano decidió que en aquel legado que es dejado *sinendi modo,* es el mismo derecho que en los fideicomisos (*scio-fideicommissis*), y veo que esta decisión prevalece mayormente también en estos tiempos (*quam-video*).

El presente texto forma parte de los pasajes de las Instituciones en que Gayo menciona las diferencias entre fideicomisos y legados (del texto 2.268 al 2.284 trata de aquellas que todavía existen en su tiempo mientras que del 2.284 al 287 aquellas que dejaron de existir).[6] La mora *debitoris* en el caso del fideicomiso producía la obligación del heredero de entregar los intereses y los frutos mientras que en el caso de los legados el heredero no se encontraría obligado a los intereses. El jurista, después de haber afirmado tal diferencia entre las dos figuras, menciona que esto fue referido en un escrito de Adriano.

Un primer problema que debemos afrontar es el referente a que si la disposición decía que en el fideicomiso el fiduciario moroso se encontraba obligado a los frutos y a los intereses o simplemente afirmaba que en el legado el heredero moroso no se encontraba obligado a los intereses. La determinación del contenido del escrito no puede ser delimitado con certeza,[7] porque la palabra *idque* usada por el jurista podría hacer pensar en las dos posibilidades. Nosotros sabemos que los rescriptos tenían una eficacia jurídica particular limitada al caso que los habían originado; sin embargo, como afirma Masiello,[8] adquirieron con el tiempo una validez general, sobre todo por dos razones; porque como las decisiones provenían del príncipe,

[6] Respecto a las técnicas expositivas de Gayo ver R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979, 2 y V. Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi* en *Sodalitas. Scritti in O. di A. Guarino,* 5, 1984, 2132 n.3.

[7] En tal sentido ver también Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit., 2132 ss.

[8] T. Masiello, *Corso di Storia del Diritto Romano,* Bari, 2008, 154.

fueron consideradas ejemplares y utilizadas para la solución de casos similares. En segundo lugar, por la continua referencia de las mismas en las obras de los juristas, circunstancia que causó la generalización de las normas contenidas en las mismas. Según nuestra opinión, si el escrito se refería a un caso específico probablemente el parecer del príncipe habría tenido como origen un problema en que el heredero no había cumplido la disposición testamentaria a favor del legatario en el tiempo establecido, se encontraba en mora y era necesario determinarse por Adriano si el heredero habría debido pagar también los intereses. Probablemente en su decisión había hecho mención que si bien en materia fideicomisaria se debían los frutos y los intereses en el caso del legado no se debían los segundos.[9] No debería causar sorpresa la falta de la referencia a los frutos porque, como afirmamos en otro lugar,[10] en edad adrianea *fructus* y *usurae* (si bien la jurisprudencia distinguía claramente los dos conceptos) tenían las mismas consecuencias jurídicas, por esto si el heredero que no había cumplido el legado en el tiempo establecido no se encontraba obligado a pagar los intereses tampoco se encontraría obligado a pagar los frutos.[11]

Claramente el caso que originó el escrito trataba de un legado obligatorio, porque, como es notorio, la cosa legada *per vindicationem* sin que sea sujeto a término o condición es adquirido por el legatario el dia de la *aditio hereditatis* y si en el texto se habla de mora en el pago del fideicomiso y del legado, debería considerarse el presupuesto que habría sido necesario por parte del heredero un acto positivo. Gayo no

[9] Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit., 2133 ss., aceptando la tesis de P. Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano,* Milano, 1936, 117 n.6 afirma que el caso dirigido a limitar el escrito adrianeo únicamente a los legados parecería confirmada en las palabras de Gayo. Ciertamente el jurista, después de haber enunciado el principio general sobre los efectos de la *mora* en los fideicomisos, parece introducir una pausa y después, retomando la exposición propone la regla para los legados atribuida a un *rescriptum Hadriani* (después la investigadora parecería que no excluye la tesis contraria). Nosotros no dudamos que el escrito hubiera tratado únicamente de los legados, pero no vemos el motivo por el que la disposición no hubiese afirmado que la regla era diferente para los fideicomisos, porque como dijimos anteriormente la palabra *idque* podría interpretarse también en este modo.

[10] González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano,* cit., 241 ss.

[11] Situación por la que parecería poco probabile creer que en el manuscrito veronés se habían olvidado de incorporar la palabra *fructus* o sospechar de la naturaleza glosemática del término *usurae.* Sobre este punto ver los autores citados por A. Pezzana, *Contributo allo studio del legato sinendi modo,* Milano, 1958, 100 ss.

se encontraba obligado a especificar en el escrito que el problema se refería a un legado obligatorio, porque anteriormente en 2.194 había explicado que en el legado *per vindicationem* después de aceptar la herencia la cosa se hace del legatario con base en el derecho de los Quirites (*ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit...*).

Debemos subrayar que Gayo, al explicar los criterios que distinguen los fideicomisos y los legados obligatorios, no limita su consideración al legado *per damnationem* (aunque la constitución adrianea habría tratado de tal tipo de legado), porque si bien el jurista afirma que en el caso del legado *sinendi modo* Juliano había considerado diferente y que tal tesis había prevalecido en su tiempo, esto significa que también respecto a este tipo de legado existía una tesis diferente a la julianea y que ya no era seguida en jurisprudencia. Si damos por ciertas las consideraciones anteriores el texto de Gayo sería muy claro:

> Una de las diferencias que distinguen los fideicomisos y los legados obligatorios es el que se refiere a los intereses; mientras que en el primer caso son debidos, en el segundo no lo son. Tal diferencia encontraría confirmación en un escrito de Adriano que trataba del legado *per damnationem* y el presente criterio había sido aplicado, según Gayo, también al legado *sinendi modo* hasta que Juliano afirmó lo contrario, tesis que había prevalecido en el tiempo en que Gayo había escrito su obra.
>
> La *ratio* de las diferencias entre fideicomiso y legado *per damnationem* respecto a los intereses no es mencionada por Gayo, pero parecería adecuado aceptar la explicación propuesta en la doctrina que veremos inmediatamente.
>
> Son debidos los intereses *post moram* en los fideicomisos porque en el periodo clásico los mismos son asimilados a los negocios de buena fe; así, los intereses debidos a la mora podían ser exigidos con acciones que provenían de tales negocios, situación que se extendió al fideicomiso.[12] Si nosotros consideramos como una cosa probable que en el escrito adrianeo hubiera sido mencionado tal principio debemos determinar si tal disposición lo había referido por la primera vez o simplemente confirmaba una tesis jurisprudencial.

[12] Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano,* cit., 119 ss, S. Riccobono jr, *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano* en *AUPA*, 29, 1962, 281 ss., G. Cervenca, *Contributo allo studio delle <<usurae>> c.d. legali nel diritto romano,* Milano, 1969, 170 ss.

Creemos que la posición de Riccobono jr[13] pueda ser aceptada. El investigador demostró que Neracio afirmó tal principio como puede demostrarse con un texto de Paulo, *libro secundo ad Neratium* en D.32.26 en donde se refería el pensamiento del jurista de edad antonina: *is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur* (el que debe un fideicomiso es obligado, después de la mora, a pagar no solamente los frutos, sino también todo el daño en que fue afectado el fideicomisario). Cervenca[14] no niega la paternidad de Neracio a tal principio, pero el investigador afirma que debe considerarse que Neracio Prisco vivió hasta la edad de Adriano, y esto hace más dificil poder excluir con seguridad que el principio referido por Gayo en 2.280 no pueda pertenecer más que a un determinado jurista a la cancillería imperial adrianea.

El comentario de Cervenca según nuestra opinión no es decisivo, porque si bien no nos encontramos en grado de establecer el año preciso en que fue hecho el escrito adrianeo como tampoco la fecha en que se hizo la obra de Neracio Prisco, debemos considerar que si el jurista fue cónsul en el año 97 d.C. el viejo jurista dificilmente habría podido permanecer en actividad después del 131 d.C.[15] Parecería más probable que el principio del escrito fuera posterior a la obra de Neracio Prisco y no al revés, porque en el caso en que la disposición hubiera sido hecha después del año 131 d.C, el jurista no habría tenido la oportunidad de referirla en su obra. Además un criterio similar fue referido por Paulo, *libro quarto decimo responsorum* en D.22.1.14.1 en donde decía, citando el libro primero de Neracio de una obra que no podemos identificar,[16] que el heredero en mora debería entregar los partos de la esclava al fideicomisario.[17] Si los dos pasajes de Paulo hicieran referencia a la misma

[13] Riccobono jr, *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit. 282 ss. En el mismo sentido Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit. 2134 ss.

[14] Cervenca, *Contributo allo studio delle <<usurae>> c.d. legali nel diritto romano,* cit. 171 n. 291.

[15] Sobre este punto ver F. Grelle, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano,* Napoli, 1972, 134.

[16] Confront. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 1, rist. Roma, 2000, 777 ss. Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit., 2136 ss., propone la tesis que la obra de Neracio fueran los *responsa* y los argumentos que presenta parecen ser aceptables.

[17] *Heres rogatus erat post mortem suam sine reditu hereditatem restituere: quaesitum est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati restituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit. Paulus respondit ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. Neratius libro primo ita refert eum, qui similiter rogatus esset, ut mulierem restitueret, partum eius restituere cogendum non esse, nisi tunc editus esset, cum in fideicommisso restituendo moram fecisset.*

obra de Neracio, el libro primero, sería todavía más dificil aceptar la posición de Cervenca, porque no solamente el jurista habría escrito su obra en edad adrianea, sino que además habría iniciado su redacción.

En conclusión parecería más probable que la posibilidad que en materia fideicomisaria el heredero en mora se encontrara obligado a los frutos y a los intereses no haya sido una "novedad" de la cancilleria imperial, la misma simplemente reconoció una tesis que había sido propuesta por Neracio antes de la redacción de la disposición y aceptada por la jurisprudencia en edad adrianea por las razones propuestas en doctrina.[18] En el caso en que Neracio hubiera sido el autor de la presente tesis (no tenemos pruebas para proponer que haya sido un jurista anterior), podemos considerar que antes de la edad de Trajano el fiduciario en mora no se encontraría obligado a los frutos y a los intereses al mismo modo que en el caso de los legados obligatorios, pero después gracias a Neracio la situación cambió.

Respecto a la mora del deudor la diferencia de visión entre el legado *per damnationem* y el legado *sinendi modo*, la doctrina[19] destaca que si bien los dos producen una *actio ex testamento,* en el primer caso esta es *certi* y en el segundo *incerti*. En el legado *per damnationem* a la orden del testador de *dare* (*heres meus damnas esto dare*) corresponde, en el heredero, la obligación bien determinada de transferir al legatario el bien legado, produciendo los mismos efectos procesales derivados de la *actio ex stipulatu*, que al ser una *actio certi*, también ella en la *intentio* y en la *condemnatio* no autorizaba al juez a condenar a una cantidad mayor de la que hubiera sido indicada; por esto la imposibilidad de obtener los intereses. En el legado *sinendi modo* se

neque interesse existimo, an ancilla specialiter an hereditas in fideicommisso sit. (Se había rogado al heredero, que después de su muerte restituyese la herencia sin los réditos, se preguntó: ¿Se habrían de restituír los partos de las esclavas, nacidos vivendo todavía el heredero, conforme a las palabras del testamento, con las que el testador entendió que sólo se habían de deducir los réditos? Paulo respondió, que los partos nacidos de las esclavas antes de llegar el día del fideicomiso no se comprenden en el fideicomiso. Dice Neracio en el libro primero, que aquel a quien de semejante manera se le hubiese rogado, que restituyese una esclava, no ha de ser obligado a restituir el parto de ésta, sino si hubiese sido dado a luz cuando hubiese incurrido en mora en la restitución del fideicomiso; y no creo que importe que en el fideicomiso se comprenda especialmente la esclava, o la herencia.

[18] Además, la profesora Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit., 2139 hizo notar gracias a un texto de Ulpiano, *libro quinquagensimo nono ad edictum* en D. 42.4.7.16 como la elaboración de Neracio del *ius* se encuentra considerado en un rescritto de Adriano y no al revés: *...Neratii sententia existimantis...et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur* (Existe una opinión de Neracio que estima...y esto se contiene en un escrito de Adriano, cuyo derecho observamos).

[19] La presente tesis fue afirmada por Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano,* cit. 115 ss., y aceptada por Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit. 2144 ss.

solicitaba contrariamente que el heredero que debía cumplir con el legado siguiera un cierto comportamiento (*heres meus damnas esto sinere*), que al inicio era considerado como un *non facere,* y después se transformó en una actividad directa para eliminar los obstáculos que no permitieran la aprehensión al legatario de la cosa legada. Se adaptaba así a este tipo de legado la *intentio* de la *actio incerti in personam* (*quidquid Nm Nm Ao Ao ex testamento dare facere oportet*), como en tal *intentio* existía la referencia al *facere* (diferentemente al caso del legado *per damnationem*) era posible pretender los frutos y los intereses por parte del heredero moroso como sucedía en los juicios de buena fe.

Según nuestra opinión, sin meter en duda la explicación anterior, quisiéramos subrayar que parecería existir en el texto gayano un panorama de criterios jurisprudenciales aplicados en edad adrianea: en este periodo histórico había sido aceptada la tesis de Neracio (el fiduciario moroso se encontraba obligado a los frutos y a los intereses) mientras que en el caso de los legados obligatorios no existía tal posibilidad como había sido evidenciado en el escrito adrianeo (aplicando tal criterio al legado *per damnationem*). Juliano propondrá una nueva opinión respecto al legado *sinendi modo* (antes o después del rescripto, no lo sabemos,[20] pero de todos modos tal tesis no era contraria al escrito porque no se refería al legado obligatorio tratado en la disposición).[21] En referencia al legado *sinendi modo* habrían existido dos posiciones en edad adrianea; una tradicional en donde en tal legado el heredero no habría tenido derecho a los intereses como sucedía con el legado *per damnationem* y aquella propuesta por Juliano que proponía en modo diferente. Después del periodo

[20] Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit. 2143 ss, cree en la anterioridad del parecer de Juliano porque el presente *significatur* y el pasado *placuisse* lo demostrarían. La presente afirmación podría ser aceptada, pero si contrariamente consideramos que Gayo no hubiera estado de acuerdo con la tesis julianea tal tesis encontraría un obstáculo, porque con el presente *significatur* el jurista habría subrayado la persistencia de un criterio que todavía existía en su tempo (si bien no era seguido por la mayoría de los juristas) y con el pasado *placuisse* la opinión de Juliano no sería anterior al rescripto, sino anterior a la fecha en que Gayo habría escrito su obra.

[21] Por ello Juliano respecto al legado *per damnationem* seguía el mismo criterio del escrito adrianeo como puede demostrarlo el texto de tal jurista, *libro trigesimo sexto digestorum* en D. 30.91.7 en donde afirmaba que en el caso del legado *per damnationem* son debidos a partir de la *litis contestatio* además de los partos de las esclavas y los frutos de los fundos, todo lo que al esclavo dejado en legado le hubiera llegado por herencia o legado (*cum homo ex testamento petitus est, causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et, sicut partus ancillarum, sicut fructus fundorum interim percepti in hoc iudicium deducuntur, ita quod servo legatorum vel hereditatis nomine interim obvenerit praestandum est petitori*) esto es, antes de tal momento no deberían entregarse los frutos (o los intereses) como había sido dicho en el rescripto. En el mismo sentido Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit. 2144 ss.

adrianeo si bien existirían todavía juristas que seguían la tesis tradicional, la opinión julianea habría encontrado más seguidores como recuerda Gayo (*et his temporibus magis optinere video*).

No sabemos si Gayo aceptaba la tesis de Juliano que introduce con los términos *scio tamen*,[22] porque si bien en el periodo en que escribía sus *Institutiones* era más seguida la tesis julianea, parecería que fuera más de acuerdo con la tesis tradicional,[23] en caso contrario no podría ser explicada la razón por la que el jurista todavía hubiera hecho referencia a una diferencia entre fideicomisos y legados obligatorios cuando tal diferencia habría sido aplicada únicamente a un tipo de legado obligatorio; por esto, si Gayo había hecho referencia a la tesis de Juliano no lo había hecho porque la hubiera aceptado, sino simplemente para destacar que el criterio tradicional se estaba transformando.

III. Senadoconsulto que concede a todas las ciudades del imperio la posibilidad de recibir legados

En nuestro anterior libro hicimos notar que la 'capacidad' de las ciudades en materia hereditaria se había formado gradualmente.[24] En un texto que se encuentra en *Ulp.* 24.28 existe una referencia a un senadoconsulto de edad adrianea que probablemente fue promulgado por iniciativa imperial:

> *Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest: idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est.*
>
> Todas las ciudades que se encuentran bajo el imperio del pueblo romano pueden obtener legados y esto fue introducido por el divino Nerva y después fue constituido diligentemente con base en un senadoconsulto del cual fue autor Adriano.

[22] Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit. 2140 ss, con referencias bibliográficas, ha demostrado la paternidad de Gayo de tales palabras. No sabemos a qué obra de Juliano hubiera hecho referencia, si bien existen varias hipótesis propuestas por la investigadora.

[23] Giodice-Sabbatelli, *Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommessi*, cit., 2145 sin tomar una posición sobre tal punto afirma que Gayo incorpora la tesis de Juliano en sus Instituciones en modo "cauto".

[24] González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 339 ss.

Del presente texto es posible considerar que antes de Nerva no existía una disposición normativa que hubiera concedido a todas las ciudades del imperio la posibilidad de recibir legados, pero que a partir de tal periodo, probablemente con base en una constitución, habría sido afirmado tal principio y después confirmado en un senadoconsulto emanado en edad adrianea.

Nosotros sabemos, gracias a las fuentes literarias, que en el periodo anterior a Nerva diferentes personajes habían iniciado a conceder legados a las ciudades, así como se recuerda en Svetonio, *Tiberius* 31:

> *...Iterum censente (Tiberius), ut Trebianis legatam in opus novi theatri pecuniam ad munitionem viae transferre concederetur, optinere non potuit quin rata voluntas legatoris esset.*
>
> Otra vez pidió (Tiberio) para los habitantes de Trevi la autorización a destinar a la manutención de una calle una cantidad que había sido concedida en legado para construir un nuevo teatro. No pudo obtener lo que pidió y la voluntad del que había dejado el legado fue confirmada.

En el senado se había discutido respecto a un legado concedido a la ciudad de Trevi[25] *sub modo*. El *de cuius* había establecido que la cantidad debía ser utilizada para construir un nuevo teatro, pero el emperador Tiberio, que se encontraba presente en tal sesión del senado, había propuesto utilizarla para otra finalidad: el mantenimiento de una calle. Nosotros sabemos que a partir del periodo republicano las contribuciones o donaciones habían sido un modo por el cual los ciudadanos podían dotar a las ciudades de nuevas construcciones a favor del bien común[26] y creemos que el habitante, en tal periodo histórico, habría podido comenzar a conceder legados a favor de su ciudad para ser recordado después de su muerte.[27] La propuesta del emperador de destinar el dinero para otra finalidad modificando el

[25] La primera mención de los habitantes de Trevi (*Trebiates*), considerados entre los pueblos que habitan en la sexta región, se encuentra en Plinio, *nat.* 3.19. Sobre este argumento ver: S. Marchi, *La forma urbana dell'antica Trevi* en *Cittá dell'Umbria*, a cura di L. Quilici e S. Quilici Gigli, Roma, 2002, 170 ss.

[26] Sobre este punto ver L. Zerbini, *Pecunia sua: munificenza privata ed utilitá pubblica nelle cittá romane delle regiones 9. ed 11*, Soveria Mannelli, 2008, 13 ss.

[27] P. Voci, *Diritto Ereditario Romano*, 1, Milano, 1967, 421 ss, afirma que la capacidad de la comunidad de ciudadanos romanos de recibir legados fue reconocida por primera vez en el tiempo de Augusto porque, a diferencia de la capacidad de ser consideradas herederas (que no sucedió en el derecho clásico sino mediante privilegio), el legado (al menos según

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

modus ocasionaba un conflicto entre el respeto de la voluntad del testador y la utilidad pública.[28] Probablemente la propuesta de Tiberio, no aceptada en el senado, se encontraba fundamentada en los mismos criterios que mucho antes Cicerón en *de officiis* 2.60 había hecho notar respecto a los monumentos de prestigio.[29]

Si un testador había concedido a una ciudad un legado antes de Nerva era necesario que el senado convalidara la voluntad del *de cuius*, como se encontraba escrito en el pasaje de Suetonio: *quin rata voluntas legatoris esset*, pero la convalidación de los senadores era necesaria sobre todo para determinar la idoneidad de la obra pública que había establecido el *de cuius* a favor de la ciudad. La disposición de Nerva, citada en *Ulp.* 24.28, confirmaba la existencia de una práctica que probablemente se haya iniciado a favor de la comunidad de ciudadanos romanos y después de las comunidades *peregrinae*,[30]

la teoria más antigua, considerada por los Sabinianos), se adquiría sin un acto particular de aceptación.

[28] En edad posterior el príncipe tendrá la libertad de modificar el *modus* en el caso en que el testador hubiera concedido a un municipio dinero para destinarlo a una finalidad precisa como recuerda Valente, *libro secundo fideicommissorum* en D. 50.8.6 (4): *Legatam municipio pecuniam in aliam rem quam defunctus voluit convertere citra principis auctoritatem non licet*...(No es lícito sin la autoridad del príncipe aplicar a otra cosa, que a la que quiso el difunto, el dinero legado a un municipio…) El pasaje fue analizado por F. Messina Vitrano, *La convertibilitá del modo eretto su legato o fedecommesso nel diritto romano classico e giustinianeo* en *Studi in O. di S. Riccobono,* 3, Palermo, 1936, 99 ss., pero como el pasaje habría sufrido muchas transformaciones según el investigador y al final cambió todo el contenido. Contrario a sus conclusiones, Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni,* cit. 573 ss. El testador, para evitar que fuera modificada la finalidad del legado concedido a las ciudades, habría podido incluir en su testamento una cláusula en donde habría afirmado tal contrariedad; así, por ejemplo, Escévola, *libro vigesimo secundo digestorum* en D.33.1.21.3: *Lucius Titius testamento patriae suae civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris eiusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur, et adiecit haec verba: 'quod si condicione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam'...* (Lucio Ticio legó ciento en su testamento a la ciudad de los Sebastinos, su patria, para que en años alternados se celebrasen con sus intereses certámenes en nombre del mismo, y añadió estas palabras "pero si la ciudad de los Sebastinos no hubiere querido recibir el dinero a ella legado con la expresada condición, quiero que de ningún modo le estén obligados mis herederos, sino que tengan para sí el dinero"… Sobre este punto M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento,* Firenze, 1966, 28 n.2 con más referencias bibliográficas.

[29] Sobre las probables causas del 'odio' de Cicerón por los teatros, portales y nuevos templos ver R. Morlino, *Cicerone e l'edilizia pubblica: De officis, II, 60* en *Athenaeum,* 62, 1984, 620 ss.

[30] Sobre este punto ver D. Johnston, *Munificence and Municipia: bequests to towns in classical Roman Law* en *JRS,* 75, 1985, 107 con más referencias bibliográficas.

porque en el texto encontramos los términos: *civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt* que habrían incluido bien sea a las primeras que a las segundas. Adriano habría propuesto en el senado que fuera confirmada tal práctica y así el senadoconsulto habría confirmado la 'capacidad' de todas las ciudades de recibir legados.[31]

A diferencia del periodo de Tiberio, en edad adrianea el príncipe habría tenido total libertad para modificar la finalidad del dinero que había sido dejado en legado a una ciudad como recuerda Valente, *libro secundo fideicommissorum* en D. 50.8.6 (4): No es lícito sin la autoridad del príncipe aplicar a otra cosa, que a la que quiso el difunto el dinero legado a un municipio... (*Legatam municipio pecuniam in aliam rem quam defunctus voluit convertere citra principis auctoritatem non licet*...) y el senado sobre tal punto habría podido continuar a establecer directivas como se encuentra mencionado en el mismo pasaje: ...pero el senado prohibió que el dinero dejado en legado a un municipio para que con sus réditos se dé cacería o espectáculos se invierta en estas cosas...(...*sed municipio pecuniam legatam, ut ex reditu eius venatio aut spectacula edantur, senatus in eas causas erogari vetuit*...).

IV. Legado de uso

En un pasaje de Pomponio del libro quinto de su comentario a Quinto Mucio en D. 7.8.22 pr. refiere un escrito de Adriano respecto a un legado de uso:

> *Divus Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.*[32]
>
> El divino Adriano estableció que habiéndose dispuesto a favor de algunas personas en legado el uso de un bosque sean considerados legados a ellos

[31] El presente pasaje es considerado por Grelle, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano,* cit., 146 para afirmar que desde el final del siglo I d.C. los emperadores intervienen para limitar la incapacidad sucesoria de los municipios.

[32] Respecto al contenido clásico del texto S. Riccobono, *Sull "usus"* en *Studi in Onore di V. Scialoja,* 1, Milano, 1905, 599 ss. piensa que las palabras *et vendere* son interpoladas y sobre este punto G. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, 130, piensa que son un pleonasmo. Según nuestra opinión podría considerarse simplemente que falta en el texto el sustantivo *lignum*.

también los frutos (*divus-videri*), porque si no les es permitido a los legatarios cortar el bosque y vender (la leña) como sucedería con los usufructuarios, nada habrían conseguido con base en tal legado (*quia-legato*).

Como es notorio, el uso consiste en el *ius utendi* a diferencia del usufructo en donde se encuentra incluida también la posibilidad de percibir los frutos.[33] El testador podía conceder en legado el uso de una casa, de un fundo, de animales o de esclavos en donde el legatario si bien no hubiera obtenido los frutos de la cosa, de todos modos habría podido percibir una utilidad patrimonial; así como el legatario habría podido habitar en la casa, su beneficio económico habría consistido en no pagar la renta, lo mismo sucedería en el caso de un fundo rústico en donde el legatario habría podido usarlo como casa de campo, el uso de un animal o de un esclavo producía al legatario un beneficio económico consistente en el trabajo producido. El problema que presenta una especial dificultad y que afronta Adriano es el que se refiere al legado de uso de un bosque, porque mientras que la residencia de campo podría servir para dormir así como un fundo con un bosque (*fundum cum silvis*), no sucede lo mismo con un bosque (*silva*).[34] Usar de un bosque significaría simplemente tener el derecho de pasear y probablemente recoger algunas ramas para hacer leña o algún fruto silvestre para consumo personal[35] sin que los legatarios hubieran

[33] Gayo, *libro septimo ad edictum provinciale* en D. 7.8.1.1.: constitúyese también el nudo uso, esto es, sin el fruto… (*constituitur etiam nudum usus, id est sine fructu…*) Ulpiano, *libro septimo decimo ad Sabinum* en D. 7.8.2 pr.: Aquel a quien se dejó el uso puede usar, pero no puede gozar de los frutos…(*cui usus relictus est, uti potest, frui non potest…*). Sobre este problema ver Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano,* cit. 430 ss.

[34] Respecto al término bosque (*silva*) encontramos un texto de los *Commentari in Vergilii Aeneidos* de Servio gramático 1.310, que sería muy posterior (Mauro Servio Onorado vivió entre el final del cuarto siglo d.C. y el inicio del quinto) presenta una distinción válida en edad clásica, el lugar (*lucus)* es la unión de árboles con una finalidad religiosa, el *nemus* es un conjunto de árboles ordenados y la *silva* un grupo de árboles amplio y selvaje: '*Nemorum*' *autem silvarum. Interest enim inter nemus et silvam et lucum; lucus enim est arborum multitudo cum religione, nemus vero composita multitudo arborum, silva diffusa et inculta.*

[35] Si bien el *usus* es diferente al *usus fructus* porque el usuario no puede tener los frutos a diferencia del usufructuario; la jurisprudencia, a partir de Sabino y Cassio, comienza a concederle la facultad de servirse de los frutos del fundo pero no para obtener un beneficio económico sino para satisfacer necesidades de uso cotidiano. El pasaje de Ulpiano, *libro septimo decimo ad Sabinum* en D. 7.8.12.1 recoge el pensamiento jurisprudencial sobre tal punto, que si bien se refiere a un fundo (y no a un bosque) no vemos razones para no aplicar tal criterio al bosque (ciertamente respecto a los frutos que podría producir): …Sabino y Cassio dicen que para el uso cotidiano puede servirse de la leña, y del huerto, y de las frutas, y de las hortalizas, y de las flores, y del agua, no para obtener una ganancia, sino para el

obtenido un beneficio económico consistente en cortar la leña.[36] Si bien el texto usa el término *silva* (bosque) parecería que el problema específicamente se refería a una *silva caedua* (bosque destinado para la tala),[37] porque del pasaje se observa que la finalidad económica del bosque en el presente caso era la tala de los árboles.

uso, esto es, no hasta el abuso. Lo mismo dice Nerva y añade que también podrá usar de la cama de paja de los animales, pero que no habrá de servirse ni de las hojas, ni del aceite, ni del trigo, ni de los frutos. Pero Sabino, Cassio, Labeón y Próculo añaden además esto: que podrá tomar lo que baste para su sustento y el de los suyos también de lo que nace en el fundo, y de aquellas cosas que negó Nerva. Juvencio dice que también puede usar de ello con sus invitados y huéspedes. Su opinión me parece verdadera; porque se ha de proceder con más largueza respecto al usuario, según la dignidad de aquel a quien se dejó el uso. Pero éste usará, según opino, solamente en la casa de campo. Pero se ha de ver, ¿acaso las frutas, las verduras, las flores y la leña, se usarán solamente en el mismo lugar, o también se las podrá llevar a la ciudad? Pero es mejor admitir que también se las pueden llevar a la ciudad; porque tampoco es pesado el gravamen de estas cosas, si abundaran en el fundo. (…*Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum:idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit: Iuventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti: quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. sed utetur his, ut puto dumtaxat in villa. pomis autem et oleribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferii possint: sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo*). Sobre el texto ver la doctrina citada por Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano,* cit. 448 ss., pero, según nuestra opinión, si bien el texto podría ser motivo de una larga disertación respecto a su contenido clásico (que no haremos en este momento) creemos que el mismo refleja el pensamiento clásico aunque existan problemas en la forma, sobre todo porque los criterios jurisprudenciales se encuentran fundamentados en la *humanitas*; por ejemplo, no parecería muy "humano" que a un legatario le fuera concedido el uso de un fundo rústico en donde se encontraran vides y que en los días en que se encontrara en tal fundo no tuviera la posibilidad de tomar un racimo de uvas para metérselo en la boca o un poco de vino para acompañar sus platillos. El pensamiento de Celso demuestra una visión mayormente aristocrática (aceptada por Ulpiano), el usuario podría inclusive usar los frutos para sus invitados y huéspedes tomándose en consideración la dignidad de la persona. Correctamente Riccobono, *Sull "usus",* cit., 600 es contrario a la tesis que D. 7.8.22 pr. pueda interpretarse en el sentido que se permita cualquier uso de los frutos de la cosa, porque el texto no dice simplemente que Adriano dio al usuario el poder de cortar la leña del bosque, sino que aclara que el emperador, en un rescripto, interpretó el legado en el sentido que a los legatarios fuera permitido no solamente el uso sino también el usufructo.

[36] Así Paulo, *libro nono ad Plautium* en D. 7.1.48.1: *silvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat*…(es sabido que el bosque destinada para la tala, aunque cortado fuera de tiempo, forma parte de los frutos…).

[37] Gayo en su comentario séptimo al edicto provincial en D. 50.16.30 pr. afirma que el bosque destinado a la tala (*silva caedua*) según algunos es aquél que se tiene para ser talado;

El emperador, en la valoración de la cuestión, probablemente habría debido observar cuál había sido la efectiva voluntad del testador; según nuestra opinión, la intención del *de cuius* había sido la de conceder a los legatarios el usufructo del bosque, pero se había equivocado en la forma incluyendo los términos *uti* pero no el *frui*. Además, en el caso en que los legatarios hubieran tenido como actividad económica la tala de los bosques, parecería absurdo que el testador les hubiera concedido solamente la posibilidad de realizar un paseo, disfrutar del aire fresco y no el beneficio económico de la leña. Adriano, para darle un contenido económico a la disposición testamentaria interpreta el concepto de *usus* como *usus fructus* no porque haya negado una distinción entre los dos conceptos que era válida en todo el periodo clásico, sino para permitir que el legado pudiera tener una función económica. Sobre tal aspecto la argumentación que habría sido el fundamento de su decisión y que probablemente se encontraba en el escrito adrianeo: *quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, Nihil habituri essent ex eo legato* (porque si no les es permitido a los legatarios cortar el bosque y vender la leña como sucedería con los usufructuarios, nada habrían conseguido con base en tal legado).[38]

Riccobono[39] hizo notar que lo mismo sucedía para el uso del dinero (*usus pecuniae*), como puede observarse en un pasaje de Ulpiano, *libro octavo decimo ad Sabinum* en D. 7.5.5.2, en donde el jurista severiano cita el pensamiento de Juliano y Pomponio:

> *Quae in usu fructu pecuniae diximus vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usum fructum et Iulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus.*

después cita una opinión de Servio, el cual considera que es aquél que puede ser cortado desde el inicio del tronco y renace o desde las raíces: '*silva caedua' est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur*, diferente al bosque de pastizaje '*pascua silva'* que es destinado a la alimentación de los animales § 5: *'Pascua silva' est, quae pastui pecudum destinata est.* Riccobono, *Sull "usus"*, cit., 600 da por supuesto que el problema se refiere a un bosque destinado a la tala.

[38] Riccobono, *Sull "usus"*, cit. 600 piensa que las palabras *nihil habituri essent* son de Pomponio, pero nosotros creemos que se encontraban en el mismo escrito de Adriano.

[39] Riccobono, *Sull "usus"*, cit. 600 ss.

> Respecto a lo que dijimos del usufructo de dinero y de las otras cosas que son para consumirse debe ser referido también al uso (*quae-sunt*), ciertamente Juliano escribió (y también Pomponio en el libro octavo de las estipulaciones), que el uso del dinero y su usufructo tienen el mismo contenido (*nam-stipulationibus*).

El texto de Ulpiano corresponde al comentario de un senadoconsulto de fecha incierta (probablemente de los primeros años del imperio) con el cual podía concederse en legado el usufructo de todas las cosas que se encontraran en el patrimonio del disponente incluyéndose por esto aquellas que se extinguen o se deterioran con el uso.[40] El jurista afirma que, según Juliano y Pomponio, cuando se refiere al uso del dinero deberá considerarse el usufructo y tal situación era debida al hecho que el concepto económico de "goce" del dinero no permitía una diferencia entre el *uti* y el *frui*.

Si bien el presente caso es diferente al del uso de un bosque; en los dos hay semejanzas, mientras en el legado de uso de monedas debería considerarse incluso el *frui* (y por esto tendría el mismo contenido del legado de usufructo), lo mismo sucedería con el legado del bosque (*silva*) porque si no se encontrase comprendido el *frui* la disposición testamentaria no habría tenido un contenido económico. Además, debería ser observado que D. 7.8.22 pr. es un texto de Pomponio mientras que en D. 7.5.5.2 habría sido citado el mismo jurista. Tal situación haría pensar que en edad adrianea, si hubiera sido concedido un legado de uso en que el legatario con el *usus* no hubiera obtenido ningún beneficio económico, habría sido considerado también el *frui*, aunque el testamento lo hubiera considerado. La presente tesis había sido afirmada por Juliano y aceptada por Pomponio y si el emperador en su escrito había afirmado que el legado de uso de un bosque habría debido ser considerado como legado de usufructo había simplemente tomado en consideración una posición de la ju-

[40] Así el jurista anteriormente en la misma obra en D. 7.5.1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari.* Determinó el senado que pueda legarse el usufructo de todas las cosas que constase que existen en el patrimonio de cualquiera; por cuyo senadoconsulto parece que se introdujo que pueda legarse el usufructo de aquellas cosas que se consumen o se disminuyen por el uso. Sobre este argumento Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit. 411 ss.

risprudencia de su tiempo, no tratándose, como afirma Riccobono, de una benigna interpretación o extensión del derecho de uso, sino de una nueva construcción jurídica por la que se daba eficacia a un legado que resultaba inútil y vano.[41]

V. Senadoconsulto que prohíbe dejar en legado cosas unidas a edificios

En un texto de Ulpiano, *libro vicesimo primo ad Sabinum* en D. 30.41.1, encontramos la referencia a una disposición del senado del año 122 d.C.[42] emanada bajo el imperio de Adriano denominado por parte de la doctrina como senadoconsulto Aciliano,[43] porque uno de los cónsules en carga había sido M. Acilio Aviola junto a Corelio Pansa.[44] La decisión negaba la posibilidad de conceder en legado cosas que se encontraran unidas a edificios:

> *Sed ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt, quia haec legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus.*

[41] Riccobono, *Sull'"usus"*, cit. 601. El investigador propone la tesis que el autor del escrito de Adriano mencionado en D. 7.8.22 pr. hubiera sido Juliano; probablemente fue así porque como es notorio el jurista formaba parte de su consejo, pero quisiéramos ser más prudentes, porque no tenemos mayores fundamentos para demostrar tal posición.

[42] Tal es la opinión de la doctrina como E. Volterra, s.v: *senatus consulta* en *NNDI*, 16, Torino, 1969, 1072; G. Grosso, *I legati nel diritto romano,* Torino, 1962, 241; Voci, *Diritto Ereditario Romano,* 2, cit. 261 n. 48, J.L. Murga, *El senato consulto Aciliano: ea quae iuncta sunt aedibus legari non possunt* en *BIDR,* 79, 1976, 155; F. Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale,* Milano, 1992, 270.

[43] Volterra, s.v: *senatus consulta,* cit. 1072 no le atribuye ningún nombre, Grosso, *I legati nel diritto romano*, cit. 241, lo llama "senadoconsulto emanado en el año 122 d.C., *Aviola et Pansa consulibus*"; Voci, *Diritto Ereditario Romano,* 2, cit. 261 n.48, simplemente senadoconsulto del año 122 d.C. J. L. Murga, *El senato consulto Aciliano: ea quae iuncta sunt aedibus legari non possunt,* cit., 156 afirma que "han sido los tratadistas modernos quienes adjetivizando el nombre del consular M. Acilio, han bautizado más o menos arbitrariamente la norma con el nombre de sc. Aciliano…"; P. Cerami, *Plena interpretatio* en *Studi in O. di C. Sanfilippo,* 3, 148 ss. y Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, cit., 270, lo llaman *S.C. Acilianum.*

[44] *M. Acilius Aviola* fue cónsul ordinario con *Corellius Pansa* en el 122 d.C. Sobre este punto ver Rohden, *s.v. Acilius Aviola* en *PWRE,* V-I-1, Stuttgart, 1893, 254 y Groag., *s.v. Corellius Pansa* en *PWRE,* IV-1, Stuttgart, 1900, 1225; *Prosopographia Imperii romani consilio et auctoritate Academiae Litterarum Borussicae,* 1, *Berolini et Lipsiae,* 1943, 7 y del vol. 2 la p. 305. B. d'Orgeval, *L'Empereur Hadrien. Oeuvre législative et administrative,* 1950, París, 401. E. M. Smallwood, *Documents illustratine the principates of Nerva Trajan and Hadrian,* Cambridge, 1966, 8.

> Pero aquellas cosas que se encuentran unidas a edificios no pueden ser legadas, porque el senado decidió bajo el consulado de Aviola y Pansa que éstas no pueden ser legadas.

Debemos recordar que existía la prohibición establecida en las XII tablas de quitar la viga robada (*tignum furtivum*)[45] para evitar que los edificios fueran destruidos y que tal disposición era todavía vigente en edad clásica;[46] además, fueron hechos varios senadoconsultos que trataron de frenar las enajenaciones con finalidades especulativas de edificios que hubieran sido adquiridos para ser demolidos o destruidos para utilizar los materiales que se habrían obtenido como el senadoconsulto emanado bajo el imperio de Claudio, en el 44 d.C. conocido como Ovidiano.[47] Pocos años después, en el tiempo de

[45] Tav.6.8 (en *FIRA,* 1, 46). *Tignum iunctum aedibus vinea(e)ve (et concapit) ne solvito.*

[46] Ulpiano, *libro trigesimo septimo ad edictum* en D. 47.3.1 pr.-1: *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur*): *sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.* 1. *Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaque necessaria. unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri. sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta.* (La ley de las XII Tablas no permite quitar ni reivindicar el madero hurtado que fue empleado en una casa o en viñas; lo que dispuso provisoriamente la ley para que, con tal pretexto, no se demoliesen los edificios, o se perturbase el cultivo de las viñas, pero de la acción del duplo contra el que fue convicto de haberlo empleado. 1. En la denominación de madero se incluye todo el material de que consta un edificio, y el necesario para las viñas. Por lo que dicen algunos, que en la denominación de madero se comprenden también las tejas, la piedra, los ladrillos y las demás cosas que son útiles para los edificios; porque madero '*tignum*' fue llamado así de '*tegere*' cubrir; y además de estas cosas, también la cal y la arena. Tratándose de viñas también se comprenden en la denominación de madero todas las cosas necesarias para las viñas, como los palos y las varas. Sobre este punto ver Y. González Roldán, *Actio ad exhibendum y pérdida dolosa de la posesión* en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 31, 2007, 512 ss.

[47] *FIRA* 1, n.45. I, 288 ss.: *Cn. Hosidio Geta, L. Vagellio cos.X k. Octobr. SC. Cum prouidentia optumi principis tectis quoque urbis nostrae et totius Italiae aeternitati prospexerit, quibus ipse non solum praecepto augustissimo set etiam exsemplo suo prodesset, conueniretq(ue) felicitati saeculi instantis pro portione publicorum operum etiam priuatorum custodi(a), deberentque apstinere se omnes cruentissimo genere negotiationis, ne(que) inimicissimam pace facies inducere ruinis domum uillarumque, placere: si quis negotiandi causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus adquireret quam quanti emisset, tum duplam pecuniam, qua mercatus eam rem esset, in aerarium inferri, uti(que) de eo nihilo minus ad senatum referretur. Cumque aeque non oportere(t) malo exsemplo uendere quam emer(e, u)t uenditores quoque coercerentur, qui scientes dolo malo (co)ntra hanc senatus uoluntatem uendidissent,*

Nerón y específicamente en el año 56 d.C., fue hecha otra disposición conocida como senadoconsulto Volusiano,[48] que había tenido como origen un caso específico.

Alliatoria Celsilla, mujer de *Atilius Luperculus,* hombre de alto prestigio, era propietaria de algunos fundos con edificios que habían sido adquiridos por su padre *Alliatorius Celsus* y que se encontraban en la región Mutinense llamada *campi Macri* (*...Alliatoriae Celsol (l)ae, uxoris Atilii Luperci ornatissimi uiri, exposuissent huic ordini, patrem eius Alliatorium Celsum emisse fundos cum aedificis in regione Mutinensiqui uocarentur campi Macri*). Tal lugar, en el pasado, había sido adaptado para utilizarse como mercado, pero en el tiempo de la disposición las construcciones se habían hecho demasiado viejas, no aptas para vivir y se encontraban en ruinas (*in quibus locis mercatus a(g)i superioribus solitus esset temporibus, iam per aliquod annos desisset haberi, eaque aedificia longa uetustate dilaberentur neque refecta usui essent futura, quia neque habitaret in iis quisquam nec uellet in deserta (a)c ruentia commigrare*). Los parientes y futuros herederos de *Alliatoria Celsilla* pedían a los senadores la no aplicación

placere: tales venditiones inritas fieri. Ceterum testari senatum, domini(s nihil) constitui, qui rerum suarum possessores futuri aliquas (partes) earum mutauerint, dum non negotiationis causa id factum (sit). Censure. In senatu fuerunt CCCLXXXIII.

[48] *FIRA* 1, n.45. II, 289 ss.: (*Q.*) *Volusio, P. Cornelio cos. VI non. Mart. SC. Quod Q. Volusius, P. Cornelius uerba fecerunt de postulatione necessari(orum) Alliatoriae Celsi(l) ae, q(uid) d(e) e(a) (r)e f(ieri) p(laceret), d(e) (e)a (r)e (i)ta (c)ensuerunt: Cum SC., quod factum est Hosidio Geta et L. Vagellio cos., clarissimis uiris, ante d(iem X.) k. Oct. auctore diuo Claudio, cautum esset, ne quis domum uillamue dirueret, qu(o plus) sibi adquireret, neue quis negotiandi causa eorum quid emeret uenderetue, poenaq(ue) in emptorem, qui adversus id SC. fecisset, costituta esset, (ut) qui quid emisset duplum eius quanti emisset in aerarium inferre cogeretur et eius qui uendidisset inrita fieret uenditio, de iis autem, qui rerum suarum possessores futuri aliquas partes earum mutassent, dummodo non negotiationis causa mutassent, nihil esset nouatum; et necessari Alliatoriae Celsil(l)ae, uxoris Atilii Luperci ornatissimi uiri, exposuissent huic ordini, patrem eius Alliatorium Celsum emisse fundos cum aedificis in regione Mutinensi, qui uocarentur campi Macri, in quibus locis mercatus a(g)i superioribus solitus esset temporibus, iam per aliquod annos desisset haberi, eaque aedificia longa uetustate dilaberentur neque refecta usui essent futura, quia neque habitaret in iis quisquam nec uellet in deserta (a)c ruentia commigrare: ne quid fraudi multae poenaeq(ue) esset Celsi(l)ae, si ea aedificia, de quibus in hoc ordine actum esset, aut demolita fuissent, aut ea condi(c)ione siue per se siue cum agris uendidisset, ut empori sine fraude sua ea destruere tollereque liceret; in futurum autem admonendos ceteros esse, ut apstinerent se a tam foedo genere negotiation(is), hoc praecipue saeculo, quo excitari noua et ornari uniuersa, quibus felicitas orbis terrarum splenderet, magis conueniret, quam ruinis aedificiorum ullam partem deform(ari) Italiae et adhuc retinere priorum temporum (incuriam quae uniuersa affecisset), ita ut diceretur senectute ac tum(ulo iam rem Romanam perire). Censure. In senatu (fuerunt...).*

del senadoconsulto Osidiano y el senado, si bien acepta la presente petición, resalta los criterios que dieron lugar a tal disposición y que seguirán siendo observados: 'Deberán ser advertidos todos los otros a abstenerse de tal horrendo género de actividad negocial'... (enajenaciones con fines especulativos de edificios que hubieran sido adquiridos para ser demolidos o destruídos para utilizar nuevamente el material obtenido): *in futurum autem admonendos ceteros esse, ut apstinerent se a tam foedo genere negotiation(is)...*

Las últimas frases del senadoconsulto son importantes porque, según nuestra opinión, expresan un criterio válido para todo el periodo clásico que podría considerarse el fundamento no sólo de los senadoconsultos Osidiano y Volusiano sino también de la disposición adrianea que estamos empezando a analizar.

'Conviene mejor, sobre todo en un siglo en que se alzan nuevos monumentos y se embellecen todos los existentes con los que se hace resaltar la prosperidad de la tierra de no deformar con las ruinas de los edificios algunos ángulos sugestivos de Italia ofreciendo todavía la imagen del descuido de los tiempos pasados que hacía sufrir cada cosa hasta el punto que se dijera que el patrimonio de Roma moría por vejez y por cúmulos de tierra: *hoc praecipue saeculo, quo excitari noua et ornari uniuersa, quibus felicitas orbis terrarum splenderet, magis conueniret, quam ruinis aedificiorum ullam partem deform(ari) Italiae et adhuc retinere priorum temporum (incuriam quae uniuersa affecisset), ita ut diceretur senectute ac tum(ulo iam rem Romanam perire)*'.

La doctrina que se refiere a los senadoconsultos *de aedificiis non diruendis* es muy amplia y los problemas a los que se refieren los investigadores sobrepasan los límites de nuestra investigación.[49] Quisiéramos solamente hacer notar que así como había sucedido anteriormente, también en la edad adrianea el ritmo de la actividad edil fue relevante en todo el imperio en donde se reparaban las construcciones que existían y se creaban nuevas obras.[50] La preocupación de que las ciudades se deformaran con las ruinas (*ne urbes ruinis deformentur*) parecería ser la razón por la que habría sido hecho el

[49] Un análisis detallado de la doctrina se encuentra realizado por F. Procchi, *<<Si quis negotiandi causa emisset quod aedificium...>> prime considerazioni su intenti negoziali e speculazione edilizia nel principato*, en *Labeo*, 47, 2001, 411 ss.

[50] Sobre este punto ver *S.H.A. De vita Hadriani* 19.9-13 y los comentarios de F. Castagnoli e altri, *Topografia e urbanistica di Roma*, Bologna, 1958, 36.

senadoconsulto mencionado en D. 30.41.1., limitando en este modo la voluntad del testador a beneficio de la prosperidad de la tierra (*felicitas orbis terrarum*).

El senadoconsulto *Aviola et Pansa consulibus factum* es referido por Ulpiano en el libro vigésimo primero de su comentario *ad Sabinum*, específicamente cuando trataba del argumento *de legatis inutiliter relictis* (de los legados dejados inútilmente),[51] sin que hubiera llegado a nosotros el contenido preciso de la disposición;[52] por esto no es posible determinar si la iniciativa provenía del príncipe o de uno de los cónsules.[53] Probablemente en la decisión de los senadores (*patres*) se encontraba afirmada la prohibición en términos generales, como se observa en D. 30.41.1: *sed ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt* (pero las cosas unidas a los edificios no se pueden legar). Partiendo de este primer presupuesto podríamos hacer una afirmación que puede parecer evidente: la prohibición de legar se refería a las cosas unidas al edificio y no a aquellas que se encontraban separadas (los *ruta caesa*). Si bien tal observación parece obvia, determinar en cada caso concreto si la cosa se encontraba unida o separada del edificio habría sido una primera tarea de la jurisprudencia, porque en el primer caso, el heredero habría debido abstenerse de cumplir la disposición testamentaria con base en el senadoconsulto, mientras que en el segundo se encontraría obligado a respetar la voluntad del *de cuius*.[54]

[51] Confront. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit. 1089 ss.

[52] A diferencia de otros casos en que Ulpiano, antes de analizar, un senadoconsulto transcribía el texto como había sucedido, por ejemplo, con el senadoconsulto *Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum* en D.5.3.20.6.

[53] J. L. Murga, *El senato consulto Aciliano: ea quae iuncta sunt aedibus legari non possunt* en *BIDR*, 79, 1976, 156 ss. afirma que la prohibición establecida en la disposición tenía como origen "una *oratio principis* recogida por el senato en forma aclamatoria". Nosotros no tenemos ninguna prueba para aceptar tal opinión.

[54] Para demostrar la presente afirmación presentamos algunos ejemplos que habíamos citado en otro trabajo, González Roldán, *Actio ad exhibendum y pérdida dolosa de la posesión*, cit. 453 n.22, en donde es comprobable que incluso antes de la edad adrianea existía interés de la jurisprudencia por determinar cuándo una cosa podía ser considerada como parte de una construcción o, por el contrario, una cosa separada (*ruta caesa*): Q. Mucio, *libro singolari Órwn* en D. 50.16.241 incluye dentro de los *ruta caesa* todas las cosas que no se encuentran incluídas en la tierra o en la obra edificada o en el estuco (*in 'rutis caesis' ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non continentur*), su pensamiento es citado también por Pomponio, *libro trigesimo primo ad Quintum Mucium* en D. 18.1.66.2, en donde se puede observar que para Quinto Mucio existe una total identificación entre los *ruta caesa* y todo lo que no corresponde al edificio y al fundo, porque el jurista menciona que quien escribió '*ruta caesa* y aquellas cosas que no pertenecen a la

Si el testador hubiera concedido en legado cosas que hubieran sido adheridas a los edificios (que se encontraban en Roma o en otra ciudad)[55] en contra de la disposición del senado, habría sido considerado como jurídicamente imposible y por esto el heredero

casa o al fundo' escribió dos veces la misma cosa, porque los *ruta caesa* son aquellas cosas que no son de la casa ni del fundo (*Quintus Mucius scribit, qui scribsit 'ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt', bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt*). En el siglo I d.C., Próculo, referido por Celso, *libro octavo digestorum* en D. 19.1.38.2 excluye entre los *ruta caesa* los tubos de plomo de un depósito de agua bajo tierra adaptada para una caldera construida con tabiques, si las partes no convinieron nada en el contrato de compraventa de la casa, porque las cosas insertadas e incorporadas en un edificio son consideradas parte del mismo: *Firmus a Proculo quaesiit, si de plumbeo castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an hae aedium essent an ut ruta caesa vincta fixaque quae medium non essent. Ille rescripsit referre, quid acti esset. quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse solet, nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem eius esse existimemus*?. Javoleno, *libro septimo ex Cassio* en D. 19.1.18 pr., considera que los graneros hechos de tablas son considerados como *ruta caesa* en el caso en que se encuentren sobre el terreno; por el contrario, si fueron fijados a la misma, forman parte de la casa: *granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt*. En D. 19.1.18.1 el mismo jurista afirma que las tejas, que no son sobrepuestas sobre los edificios, si bien fueron traídas para tal finalidad, son consideradas como *ruta caesa*, a diferencia de aquellas que fueron quitadas para ser sobrepuestas posteriormente porque en tal caso tienen acceso a la casa: *tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud iuris est in his, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt*. Respecto al comentario de Ulpiano al senadoconsulto, es posible observar que entre las cosas que no podrán legarse se encuentran los mármoles, las columnas, los tabiques, las vigas, puertas y bibliotecas adheridas a las paredes, así en D. 30.41.9: *item hoc prohibetur haec legari, quod non alias praestari potest, quam ut aedibus detrahatur subducatur, id est marmora vel columnae. idem et in tegulis et in tignis et ostiis senatus censuit:sed et in bibliothecis parietibus inhaerentibus*. Pueden legarse las cerraduras y las cortinas pero no los conductos de agua y depósitos (§10: *sed si cancelli sint vel vela, legari poterunt, non tamen fistulae vel castelli*). Puede ser legada la maquinaria y los elementos necesarios para trasportarla, sobre todo si se encuentran sobrepuestos (§11: *sed automataria aut siquis canthari, per quos aquae saliunt,poterunt legari, maxime si impositicii sint*). Las estatuas que se encuentran adheridas a las paredes no pueden ser legadas pero el problema es más complejo respecto a las que no lo son. Ulpiano piensa que en tal caso si las estatuas habían sido puestas en modo perpetuo formando parte de la casa entonces no deberían legarse (§12: *Quid ergo in statuis dicendum? si quidem inhaerent parietibus, non licebit, si vero alias exsistant, dubitari potest: verum mens senatus plenius accipienda est, ut si qua ibi fuerunt perpetua, quasi portio aedium distrahi non possint*). No pueden se legados los cuadros fijados e incorporados a las paredes o individualmente la figurilla incorporada (§13: *proinde dicendum est nec tabulas adfixas et parietibus adiunctas vel singula sigilla adaequata legari posse*).

[55] Ulpiano, *libro vicesimo primo ad Sabinum* en D. 30.41.6: *hoc senatus consultum non tantum ad urbem, sed et ad alias civitates pertinet*. (Este senatoconsulto no se refiere únicamente a la urbe, sino también a otras ciudades).

no se encontraría obligado a la prestación, pero la cuestión que sería interesante afrontar es si el senadoconsulto habría establecido una sanción en el caso en que el heredero hubiera cumplido la voluntad del *de cuius*.[56] La referencia a una sanción se encuentra en el mismo libro vigésimo primero *ad Sabinum* en donde Ulpiano comenta el senadoconsulto en D. 30.43 pr.:

> *Senatus enim ea, quae non sunt aedium, legari permisit, haec autem mortis tempore aedium non fuerunt: heres ergo aestimationem praestabit. sed si detraxerit ut praestiterit, poenis erit locus, quamvis ut non vendat, detraxit, sed ut exsolvat.*
>
> Porque el senado permitió que fueran legadas las cosas que no son del edificio (*senatus-permisit*), pero aquellas que no fueron del edificio al tiempo de la muerte, el heredero entonces pagará su valor (*haec-praestabit*). Pero si las hubiera separado con la finalidad de entregarla, tendrá lugar a las penas, si bien la hubiera separado no con la finalidad de vender, sino con la finalidad de pagar (*sed-exsolvat*).

El presente texto necesita de los presupuestos mencionados anteriormente por el jurista para ser entendido. El testador había adquirido ciertas cosas para transferirlas a otra construcción y tales habían sido legadas; el legado, según Ulpiano, podía ser considerado válido (*sed si paravit quaedam testator quasi translaturus in aliam domum et haec legavit, dubitari poterit, an valeat: et puto valere* en D. 30.41.14). Pero si el testador hubiera unido a la construcción la cosa que legó se extinguía el legado: *sed si ea quae legavit aedibus iunxit, extinctum erit legatum* (D. 30.41.15). Pero si el heredero (y no el *de cuius*) hubiera unido a la construcción la cosa, el legado no se extinguía: *sed si heres ea iunxit, puto non exstingui,* (D. 30.41.16). Bien sea que lo hubiera hecho con conocimiento, bien sea ignorándolo: *sive scit, sive ignoravit* (D.30.42). Con base en tales presupuestos D. 30.43 pr. puede interpretarse en el sentido que el testador había legado una cosa que no se encontraba unida a la construcción al momento de su muerte; el heredero (con o sin conocimiento de la existencia del

[56] En sentido afirmativo Murga, *El senato consulto Aciliano: ea quae iuncta sunt aedibus legari non possunt,* cit. 175 ss., con base en el pasaje que veremos inmediatamente, pero tal tesis no aceptamos por las razones que serán explicadas más adelante.

legado) incorpora a la construcción la cosa legada. El legado no se extingue, pero como la cosa ha sido incorporada al edificio, el heredero no podría separarla para cumplir la disposición testamentaria, pero se encontraría obligado hacia el legatario al pago de la *aestimatio.*

El caso que presenta importancia respecto a la pena es el siguiente: el heredero que había incorporado la cosa legada a la construcción y que se encontraría obligado a la *aestimatio*, en lugar de pagar el valor de la cosa, la quita de la construcción y la entrega al legatario. El jurista afirma que si bien la finalidad del heredero no fue vender la cosa sino la de cumplir la disposición testamentaria se encontraría obligado a las 'penas'. Respecto al senadoconsulto Osidiano sabemos que el adquirente *negotiandi causa* se encontraba obligado a la *poena dupli* a favor del erario (*si quis negotiandi causa emisset quod aedificium, ut diruendo plus adquireret quam quanti emisset, tum duplam pecuniam, qua mercatus eam rem esset, in aerarium inferri*) y que en la edad severiana (probablemente con base en una constitución de edad incierta pero posterior al Ovidiano),[57] bien sea el vendedor, bien sea el comprador, se encontraban obligados al pago del precio en que había sido vendida la casa, como refería Marciano, *libro singulari de delatoribus* en D. 39.2.48: *si quis ad demoliendum negotiandi causa vendidisse domum partemve domus fuerit convictus: ut emptor et venditor singuli pretium, quo domus distracta est, praestent, constitutum est*...(si alguno se hubiere convencido de haber vendido una casa o parte de una casa para que fuese demolida por causa de hacer negocio, se determinó que el comprador y el vendedor pagasen cada uno el precio en que fue vendida la casa...). Por esto parecería que el heredero se encontraría obligado a pagar una sanción que correspondía al valor de la cosa que había entregado al legatario.

Según nuestra opinión difícilmente el senadoconsulto *Aviola et Pansa consulibus factum* habría tenido una sanción en el caso en que el heredero hubiera cumplido el legado contra la presente disposición, porque si bien Ulpiano en D. 30.43 pr. afirma la aplicación de "penas", tales sanciones se referían al caso en que el heredero hubiera incorporado la cosa legada a la construcción y después la hubiera quitado

[57] Sobre este problema ver M. Sargenti, *Due senatoconsulti. Politica edilizia nel primo secolo dell'impero e tecnica normativa* en *Studi in O. di C. Sanfilippo,* 5, Milano, 1984, 649 n.21. El investigador piensa en una disposición imperial que pudo haber sido promulgada posteriormente.

para entregarla al heredero, situación diferente a la establecida en la disposición; además, si el jurista en su opinión había aplicado las sanciones que se referían a la venta de la cosa incorporada en la construcción al presente caso, parecería dificil pensar en una sanción considerada por los senadores en la disposición adrianea, porque el jurista habría debido aplicar la sanción que hubiera sido considerada en el *senatus consultum* y no tratar de aplicar una sanción que era dirigida a un problema diferente como era el caso de la venta.

El senadoconsulto *Aviola et Pansa consulibus factum* no tenía necesidad, según nuestra opinión, de una sanción en contra del heredero que hubiera cumplido la disposición testamentaria, porque si el senado había establecido la imposibilidad jurídica de legar cosas incorporadas a los edificios, tal disposición era a su favor y el legatario no habría tenido tutela jurídica para pretender el cumplimiento del legado. No sabemos qué cosa habría sucedido si el heredero en contra de la voluntad del senado (y contra sus propios intereses) hubiera cumplido la voluntad del *de cuius* porque Ulpiano, en D. 30.43 pr., establece penas iguales al caso del vendedor para una situación diferente (la incorporación de la cosa legada en la construcción por parte del heredero después, para evitar pagar su valor al legatario la quita de la construcción y la entrega al legatario), pero probablemente habría sido aplicado el mismo criterio.

La disposición del senado encontrará excepciones en el transcurso de la edad clásica, así, según una constitución de Septimio Severo y Caracala (entre el año 198 y el 211 d.C.), no será aplicada cuando el legado hubiera tenido como finalidad una obra a beneficio de la República.[58] Si bien la finalidad del senadoconsulto había sido el de

[58] Ulpiano, *libro vicesimo primo ad Sabinum* en D. 30.41.5: *sed si quis ad opus rei publicae faciendum legavit, puto valere legatum: nam et Papinianus libro undecimo responsorum refert imperatorem nostrum et divum Severum constituisse eos, qui rei publicae ad opus promiserint, posse detrahere ex aedibus suis urbanis atque rusticis et id ad opus uti, quia hi quoque non promercii causa id haberent*... (Pero si alguien hizo un legado para que se hiciera una obra de la República, opino que es válido el legado; porque también refiere Papiniano, en el libro undécimo de las Respuestas, que nuestro emperador y el divino Severo establecieron que los que hubieren prometido alguna cosa para una obra de la República, podían separarla de sus casas urbanas y rústicas, y emplearlas en aquella obra, porque tampoco éstos la tendrían por causa de comercio...). En el caso en que el edificio se encontrara en una ciudad y el legado hubiera sido concedido a otra ciudad seguiría existiendo la prohibición según Ulpiano en el mismo texto: *...sed videamus, utrum ei soli civitati legari possit, in cuius territorio est, an et de alia civitate in aliam transferre possit.*

conservar los edificios en el estado en que se encontraban evitando que fueran despojados quitándoles los mármoles, las vigas y otras cosas unidas a los mismos, el titular de varias construcciones habría tenido plena libertad de disposición para sustraer cosas de una construcción para incorporarla en otra de su propiedad; así podría comprobarse en un pasaje de Ulpiano, *libro vicesimo primo ad Sabinum* en D. 30.41.4., en donde el jurista trataría de armonizar la libertad de disposición con el senadoconsulto:

> *Si duobus domum legaverit Sempronianam et ex ea alteri eorum marmora ad exstructionem domus Seianae quam ei legaverat, non male agitabitur, an valeat, quia dominus est utriusque legatarius. et quid si quis domum deductis marmoribus legaverit,quae voluit heredem habere ad exstruendam domum, quam retinebat in hereditate? sed melius dicetur in utroque detractionem non valere: legatum tamen valebit, ut aestimatio eorum praestetur.*
>
> Si a dos personas hubiera sido legada la casa Semproniana y de aquella casa hubiera sido legado a uno de ellos los mármoles para la construcción de la casa Seyana que le había dejado en legado (*si-legaverat*), no inoportunamente ha sido pensado si tenga valor, porque el legatario es propietario de las dos casas (*non-legatarius*). Y, ¿qué sucede si a alguno fue legada una casa sustrayendo los mármoles, que el testador quiso que tuviera el heredero para construir la casa que permanecía en la herencia? (*et-hereditate*?). Resulta ser mejor que en los dos casos la sustracción de los materiales no tenga validez; sin embargo, tiene validez el legado de modo que sea dada la estimación de aquellas cosas (*sed-praestetur*).

Veamos el primer problema: el testador concede tres legados; en el primero la casa Semproniana a Ticio y a Mevio, en el segundo la casa Seyana a Mevio y en el tercero los mármoles de la casa Semproniana a Mevio para incorporarlos a la casa Seyana. Si bien el senadoconsulto no permitía al testador la posibilidad de conceder en legado mármoles que se encontraran en una construcción para incorporarlos en otra, la aplicación de la prohibición encontraba como obstáculo el principio

et puto non esse permittendum, quamquam constitutum sit, ut de domu, quam aliquis habet, ei permittatur in domum alterius civitatis transferre (...pero veamos, si se podrá legar a aquella sola ciudad, en cuyo territorio está, o si también se podrá transferir de una ciudad a otra; y opino, que no se ha de permitir, aunque se halle establecido, que de la casa que uno tiene se le consienta trasladar esas cosas a casa de otra ciudad).

de la libertad de disponibilidad que habría tenido el propietario de diferentes construcciones para sustraer materiales de una para incorporarlas en otra; porque, en el presente caso, Mevio era titular, bien sea de la casa Semproniana, bien sea de la casa Seyana. El jurista llega a una solución de compromiso y propone, con ciertas dudas (*sed melius dicetur*), que sea válido el legado y que si bien no será posible quitar los mármoles de la casa Semproniana para incorporarlos en la casa Seyana, deberá concederse a Mevio el valor de los materiales.

El segundo problema que encontraría la misma solución del primero consiste en el caso en que el testador, propietario de dos casas, concede en legado una de las dos construcciones sin los mármoles que habría tenido derecho el heredero por la casa que permanecía en la herencia; también en este caso la casa no habría podido ser despojada de los materiales, pero el legatario habría debido pagar el valor de los mármoles al heredero.

No sabemos si la solución de Ulpiano a estos problemas hubiera sido propuesta anteriormente por la jurisprudencia, pero, según nuestra opinión, si bien en la edad adrianea el espíritu del senadoconsulto *Aviola et Pansa consulibus factum* era evitar despojar de materiales unidos a las construcciones por los motivos afirmados en el senadoconsulto Volusiano, permanecía el derecho de los propietarios de disponer de los materiales de una construcción para incorporarlos en otra de su propiedad, ciertamente sin fines especulativos. Sobre tal punto el jurista, en D. 30.41.5, recuerda tal criterio (probablemente confirmado en una constitución), y afirma que el propietario habría tenido la posibilidad de transferir las cosas incorporadas en una casa a otra aunque se encontrara en otra ciudad (*quamquam constitutum sit, ut de domu, quam aliquis habet, ei permittatur in domum alterius civitatis transferre*).

VI. Escrito en materia de *legatum partitionis*

Nosotros tenemos noticia, gracias a un texto de Pomponio, *libro quinto ad Sabinum* en D. 30.26.2, que en la edad adrianea existían posiciones jurisprudenciales diferentes respecto a que si el legatario habría tenido derecho a las cosas hereditarias o a su estimación en el *legatum partitionis* (*cum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes an aestimatio debeatur*). Por una parte, Sabino y Cassio

opinaron que el legatario habría recibido la estimación de las cosas hereditarias (*Sabinus quidem et Cassius aestimationem*). Próculo y Nerva parten de las cosas (*Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt*). Según Pomponio debería ser el heredero el que decidiera si dar la estimación o parte de las cosas (*sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes sive aestimationem dare maluerit*). Pero en el caso en que las cosas puedan ser divididas sin sufrir daño será concedido al heredero la posibilidad de entregar parte de las mismas (*in his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt*). Si, por el contrario, con base en su naturaleza, las cosas fueran indivisibles o no fuera posible dividirlas sin producir un daño, se deberá entregar la estimación de las mismas: *sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est.*[59]

Como es notorio el legatario parciario, sin ser un heredero, recibe sus mismos beneficios económicos y lo mismo debería suceder también en el caso de las deudas hereditarias como recuerda Paulo en su libro tercero *ad Sabinum* en D. 50.17.10 cuando trata de la presente materia:[60] *secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incomoda* (conforme a la naturaleza, las comodidades de cualquier cosa corresponden a las que corresponden las incomodidades).[61]

[59] El texto fue analizado por A. Metro, *Il legatum partitionis* en *Labeo*, 9, 1963, 320 ss. El autor no pone en duda la controversia jurisprudencial entre las dos escuelas, pero observa en los términos *sed-maluerit* un principio aceptado por Justiniano no sólo en este aspecto sino también en el caso del legado de usufructo (D. 33.2.32.8), la segunda frase *in his-praestanda est* presentaría varios problemas bajo el aspecto formal. Según nuestra opinión no existen razones para dudar que Pomponio hubiera concedido al heredero la posibilidad de opción y los criterios mencionados parecen muy claros y evidentes para dudar de su origen clásico.

[60] Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit. 1256 n.3.

[61] Respecto a los créditos y a las deudas de la herencia, Gayo 2.254 recuerda que entre el heredero y el legatario parciario se hacían recíprocas *stipulationes: ...ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur: quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. Unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.* (...pero el que con base en el fideicomiso recibe la parte restante de la herencia está en el lugar de un legatario parciario, esto es, de aquel legatario al que es legada una parte de los bienes. Esta especie de legado es llamado de división, porque el legatario divide la herencia con el heredero; por esto fue hecho, de modo que las mismas

En un texto de Paulo, *libro nono ad Plautium* en D. 31.8.5 es citado un escrito adrianeo que habría afirmado que en un legado *partitionis* al legatario no deberían quitarse los precios de los esclavos manumitidos ni los gastos funerarios:

> *Si cui certam partem hereditatis legavero, divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum neque funeris impensa deduceretur.*
>
> Si yo hubiera legado una cierta parte de mi herencia, el divino Adriano hizo un escrito en donde se había establecido que no serían quitados los precios de los esclavos ni tampoco los gastos funerarios.

El presente parecer del príncipe podría ser una confirmación de un criterio jurisprudencial ya notorio en el siglo I d.C., porque el pasaje se refiere a un comentario de Paulo a la obra de Plaucio. El testador nombra un heredero, concede a un legatario una cuota de la herencia[62] y manumite algunos esclavos. El heredero pretende incluir en la parte de la herencia que debe transmitir al legatario los precios de los esclavos manumitidos, así como los gastos funerarios que habrían disminuido el patrimonio hereditario, pero parecería que el príncipe hubiera querido privilegiar al legatario dando relevancia a la voluntad del *de cuius* el cual pretendía que la legataria (probablemente una mujer)[63] tuviera íntegra la parte de la herencia que el testador le había concedido. Ciertamente el legatario se encontraría obligado, del mismo modo que el heredero, a pagar las deudas hereditarias a los

estipulaciones que suelen ser interpuestas entre el heredero y el legatario parciario sean interpuestas entre el que recibe la herencia por causa de fideicomiso y el heredero, esto es, que sea común por parte determinada entre ellos el lucro y el daño hereditario).

[62] Las fórmulas con las que era posible atribuir un legado *partitionis* se encuentran en *Ulp.* 24.25: *...heres meus cum Titio hereditatem meam partito(r), dividito* (Sea dividida mi herencia con mi heredero y Ticio como legatario parciario). *...Labeo, libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum* en D. 32.29.1: *...ut Titia uxor mea tantandem partem habeat, quantulam unus heres...*(de modo que Ticia, mi mujer, tenga tanta parte como un solo heredero). Sobre este punto Metro, *Il legatum partitionis,* cit. 309 ss.

[63] El legado *partitionis* probablemente derive del deseo del testador de atribuir a las mujeres la cantidad máxima que les era permitido recibir, con base en la *lex Voconia.* Sobre este punto Voci, *Diritto Ereditario Romano,* 2, cit. 343; Metro, *Il legatum partitionis,* cit. 292 ss. Además, el presente texto se encuentra unido en la compilación con otro de Modestino, en donde claramente puede observarse que la legataria era una mujer.

acreedores (D. 50.17.10),[64] pero en el presente caso parecería que el *de cuius* hubiera querido excluir de los gastos funerarios al legatario. Diferente sería el caso propuesto por Modestino, *libro nono regularum* en D. 31.9, en donde la voluntad del testador habría sido declarada en modo diferente:

> *Cum autem pars bonorum ita legatur: 'bonorum meorum, quae sunt cum moriar', dos et manumissorum pretia e medio deducendo sunt.*
>
> Pero cuando fue legada una parte de los bienes en este modo: 'de mis bienes que existan cuando muera', deberán ser deducidos la dote y el precio de las manumisiones.

En el presente caso el testador a diferencia del problema presentado a Adriano pretendía que la legataria obtuviera la parte de los bienes que quedaran después de su muerte; como el *de cuius* había concedido la dote a la mujer; evidentemente debería deducirse de la herencia los bienes que habría recibido del testador antes de su muerte y como, con la manumisión de los esclavos, el patrimonio hereditario había sufrido una disminución, el heredero no habría debido considerar en la estimación de los bienes el valor de los esclavos porque éstos ya no se encontraban en la herencia al momento de la muerte del testador.

VII. Constitución que se refiere al legado concedido a la *Augusta*

Como es notorio después de la muerte del testador (*dies cedens*), el legatario adquiría el legado una vez que el heredero adquiría la herencia y en el caso en que el legatario hubiera muerto antes de la aceptación de la herencia por parte del heredero (*aditio*) sus sucesores habrían tenido la posibilidad de solicitar el legado al heredero, como recuerda Ulpiano, *libro vicesimo ad Sabinum* en D. 36.2.5 pr (*si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum*). Si el legatario moría antes del *dies cedens* el legado no tenía eficacia, pero, en el caso en que el legatario hubiera sido el

[64] Contrario d'Orgeval, *L'Empereur Hadrien. Oeuvre législative et administrative,* cit., 163, el cual afirma que es el heredero el que debe soportar todos los gastos y que no puede deducir los pasivos.

príncipe, tal regla no era aplicada, como recuerda una constitución de Antonino Pio referida por Gayo, *libro quarto decimo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 31.56:

> *Quod principi relictum est, qui ante, quam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione divi Antonini successori eius debetur.*
>
> Aquello que fue dejado al príncipe, el cual haya sido sustraído del mundo de los vivos antes que el término del legado haya tenido éxito, es debido a su sucesor con base en una constitución del divino Antonino.

Según nuestra opinión el contenido de la constitución de Antonino Pio confirmaba un criterio que existía antes y que habría sido aplicado en la edad adrianea; si bien Adriano hubiera muerto antes del testador y el príncipe hubiera sido su sucesor, el cambio de la persona no significaba la ineficacia del legado porque la figura del *princeps*, que se identificaba con la *res publica*,[65] continuaba existiendo fuera quien fuera la persona que lo representase al momento del *dies cedens*. Tal posición presentaba dudas respecto al legado concedido a su esposa "la *Augusta*", como puede ser observado en un texto de Junio Mauriciano, *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 31.57:

> *Si Augustae legaveris et ea inter homines esse desierit, deficit quod ei relictum est, sicuti divus Hadrianus in Plotinae et proxime imperator Antoninus in Faustinae Augustae persona constituit, cum ea ante inter homines esse desiit, quam testator decederet.*
>
> Si hubiera sido dejado un legado a la *Augusta* y ella hubiera dejado de existir en el mundo de los vivos (*si-desierit*), se pierde lo que hubiera sido dejado, así se decidió en una constitución del divino Adriano en el caso de Plotina y el posterior emperador Antonino en el caso de la *Augusta* Faustina (*sicuti-constituit*), porque dejó de encontrarse entre los vivos antes que el testador hubiera muerto (*cum-decederet*).

[65] Que la jurisprudencia haya visto en la figura del príncipe la identificación con la *res publica* puede observarse en el famoso pasaje de Svetonio, *De grammaticis et rhetoribus* 22.2, en donde Ateyo Capitone afirmaba, respecto a una palabra que Tiberio había pronunciado en una *oratio* que no era latina, que tal palabra aunque no fuera latina se volvería latina (*hic idem, cum ex oratione Tiberi verbum reprehendisset, affermante Ateio Capitone et esse illud Latinum et si non esset futurum certe iam inde...*). Sobre este problema ver L. Fanizza, *Senato e società politica tra Augusto e Traiano,* Roma-Bari, 2001, 81 ss.

La constitución adrianea es posterior al 122 d.C., fecha en que murió Plotina, mujer de Trajano, de la que tenía un gran afecto Adriano.[66] Mientras la muerte del *princeps* que hubiera sucedido antes de la del *de cuius* no extinguía el legado, la situación era diferente en el caso de la *Augusta,* porque si bien la misma habría tenido los mismos privilegios del príncipe, como recuerda Ulpiano en su libro décimo tercero *ad legem Iuliam et Papiam* en D. 1.3.31: *augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent* (pero aunque la Augusta no está desligada de las leyes, sin embargo, le conceden los príncipes los mismos privilegios que ellos tienen). La disposición testamentaria en donde era concedido un legado a la *Augusta* que hubiera muerto antes del testador habría sido considerada ineficaz como en cualquier otro caso.[67] Tal criterio fue aceptado también en la Constitución de Antonino Pío, posterior al año 140 o 141 d.C, fecha de la muerte de su mujer Ania Galeria Faustina.

VIII. Consideraciones finales

Después de haber visto los senadoconsultos y las constituciones imperiales que fueron hechas en la edad adrianea en materia de legados, creemos poder dar algunas consideraciones sobre los argumentos tratados en tal periodo histórico.

[66] Sobre Pompeya Plotina ver H. Temporini, *Die Frauen am Hofe Trajans. Ein Beitrag zur Stellung der Augustae im Principat,* Berlín-Nueva York, 1978, 10 ss, Ch. Kunst y U. Riemer, *Grenzen der Macht. Zur Rolle der römischen Kaiserfrauen,* Stuttgart, 2000, 1 ss. Respecto al afecto de Adriano hacia Plotina el documento epigráfico del templo de Trajano en el foro de Trajano en *C.I.L.* VI, *pars* 4-II, n. 31215, 3076=Smallwood, *Documents illustrating the principates of Nerva Trajan and Hadrian,* cit., n.141 a, 62. Sobre este argumento ver por último A. Galimberti, *Adriano e l'ideologia del principato,* Roma, 2007, 28 ss.

[67] En *Ulp.* 17.1 encontramos una noción de *caducum* mucho más amplia de la que se refería a las leyes caducarias. Entre los casos mencionados se menciona la herencia dejada al heredero instituido *pro quota* o al legatario que, antes de la apertura de las tablas del testamento, hubiera muerto o se hubiera convertido en extranjero (*quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti...aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel peregrinus factum sit*). R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia,* Padova, 1996, 236, prefiere hablar de una disposición *in causa caduci*. Si el legado concedido a la *Augusta* que había muerto antes del *de cuius* habría sido considerado un *caducum* o disposición *in causa caduci* (come considera Astolfi en p. 243), podría explicarse la razón por la que Mauriciano habría tratado el problema en su libro segundo *ad legem Iuliam et Papiam*.

En primer lugar parecería posible afirmar que en el tiempo de Adriano las constituciones tuvieron como una de sus finalidad confirmar criterios jurisprudenciales que eran válidos en tal momento histórico; así en el caso de la constitución que confirma la tesis proculeyana respecto al legado *per praeceptionem* (Gayo 2.221), la cancillería imperial reconoce que un legado con un vicio de forma habría podido producir efectos eliminando la silaba *prae* y considerando al legado *per praeceptionem* como un legado *per vindicationem.* El escrito que no concede al legatario los intereses por la mora de la persona que debe cumplir con el legado (Gayo 2.280) enuncia un criterio existente en la edad adrianea respecto al legado *per damnationem* diferente al del fideicomiso; mientras que en el primero no son debidos los intereses si hubiera existido mora en el pago, en el segundo caso serán debidos.

Si el legatario moría antes del *dies cedens* el legado no tenía eficacia, pero en el caso en que el legatario hubiera sido el príncipe, tal regla no sería aplicada porque su figura se identificaba con la *res publica.* En el caso de la Augusta, si bien habría tenido los mismos privilegios del príncipe, habrían sido aplicados los criterios generales, como confirmaba una constitución de Adriano (D. 31.57).

El senadoconsulto que concede a las ciudades del imperio la posibilidad de recibir legados (*Ulp.* 24.28) afirmó un criterio general (aunque si bien había sido introducido anteriormente por Nerva), que confirmaría la 'capacidad' de todas las *civitates* a recibirlos. El senadoconsulto Aciliano (D. 30.41.1), que prohíbe legar cosas unidas a edificios, limitó la voluntad del testador a beneficio del interés común. Así se evitaba que los edificios fueran despojados de mármoles, vigas y otras cosas adheridas a los mismos conservándose el patrimonio arquitectónico de las ciudades.

Otras constituciones imperiales en materia de legados tuvieron como finalidad interpretar la voluntad del *de cuius* a beneficio de los legatarios permitiéndoles, por ejemplo, en el caso del legado de uso de un bosque, la posibilidad de cortarlo y vender la leña como era concedido a los usufructuarios (D. 7.8.22 pr.) y así obtener una utilidad económica que en caso contrario no habrían obtenido. En el *legatum partitionis* (D. 31.8.5) el escrito adrianeo había concedido a favor del legatario la parte de la herencia que el *de cuius* le había concedido en modo íntegro sin que se le fueran quitados los precios de los esclavos manumitidos ni tampoco los gastos funerarios.

ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y LAS LEYES GENERALES O LEYES MARCO

Óscar GUTIÉRREZ PARADA

Inicio este estudio con dos interrogantes básicas: ¿cuáles son las características de las leyes generales o leyes marco?, ¿cuál es su nivel jerárquico dentro de la estructura del sistema jurídico mexicano?

Como presupuesto conceptual-metodológico se debe abordar la significación del término "general" como adjetivo calificativo de las leyes en sentido amplio y de ciertas leyes en sentido restringido, ya que puede prestarse a confusiones dada la amplitud de su utilización en contextos jurídicos.

Que la ley sea calificada de general, implica el uso del término "general" en sentido amplio. Toda ley, *prima facie*, contiene preponderantemente reglas de carácter general, abstracto e impersonal, lo que no obsta que contenga, excepcionalmente, reglas de carácter particular, concreto y personal. Incluso hay instrumentos jurídicos en los que tal preponderancia no es tan clara y se les puede calificar como textos normativos de carácter mixto porque están conformados por los dos tipos de reglas. El caso por antonomasia son los presupuestos de egresos actuales.[1]

Este sentido amplio del carácter general preponderante de ciertos textos normativos en los que tienen primacía reglas de conducta con operador deóntico, responde a un criterio puramente formal en el que

[1] En otro lugar nos ocupamos del análisis del presupuesto de egresos. Véase Gutiérrez Parada, Óscar, *Esquemas argumentativos sobre la facultad del ejecutivo para vetar el Presupuesto de Egresos* (de próxima publicación).

se considera el sujeto o destinatario y cuando éste está representado por una clase compuesta de más miembros, entonces se refiere que la norma es general; en cambio, cuando la regla de conducta el sujeto o destinatario está representado por un individuo singular, se habla de norma particular.[2]

Este es el sentido amplio en el que los operadores del derecho utilizamos (valga insistir, en contextos jurídicos) el término "general" cuando referimos que la "ley es general". De aquí que agregar el adjetivo general a las leyes es un pleonasmo porque, *prima facie*, a toda ley le es sustancial tener carácter general.

Sin embargo, hay otra acepción del término general, y que es la que nos interesa en este momento, cuando el calificativo general ya no refiere un componente formal de la ley en sí misma, sino que refiere un tipo de ley cuya función constitucional en un Estado en el que coexisten diversos órdenes competenciales, como el caso del Estado federal, es la de "distribuir" (o si se prefiere, repartir) competencias entre dos o más órdenes de gobierno.

A esta clase de leyes se les denomina como generales o *leyes marco*, y aquí el término "general" tiene una connotación restringida, por lo que no es inexacto señalar que cuando se refiera que una ley es general en este sentido, se indique que el término "general" se utiliza en sentido restringido precisamente por esa nueva connotación.[3]

En nuestra Constitución se establece que nuestro Estado asume la forma federal: en éste los estados –entidades federativas–, libres y soberanos, entregan de manera expresa, aquellas facultades necesarias

[2] Véase Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 141-146; para este autor los sistemas jurídicos tienen "normas" *generales y abstractas; generales y concretas; particulares y abstractas, y particulares y concretas*. Acotaría la referencia que hace Bobbio al sistema jurídico refiriéndola a textos normativos, por lo que el señalamiento de que una ley tiene carácter general la entiendo significando que preponderantemente contiene normas o reglas cuyo sujeto es "general". Cuando no es posible señalar tal preponderancia, como en el caso del presupuesto de egresos, indico que el texto normativo tiene carácter mixto, es decir, contiene los cuatro tipos de normas subrayados.

[3] Lingüísticamente a partir del léxico (vocabulario, inventario de las unidades léxicas o lexemas –palabras– propios de una lengua), es muy común "adicionar" significación a una palabra por asociación, además de su significado propio o específico, de tal manera que el significado asociado –agregado– permite utilizar el término –unidad léxica– con otro significado más restringido o diferente. Esta es la razón que permite analizar una palabra o término en sus diversas acepciones, situación que además está vinculada con los usos pragmáticos del lenguaje.

para constituir el orden federal como una dimensión distinta de los órdenes de gobierno locales. El orden federal sólo tiene la competencia (facultades) que expresamente se establece en la propia Constitución, conforme a lo establecido en el artículo 124 constitucional. Mediante el mismo sistema, se ha otorgado un mandato al Distrito Federal, que sólo tiene aquellas facultades que expresamente le han sido conferidas y que se mencionan en el artículo 122 constitucional.

Los estados cuentan con facultades constitucionales reservadas, mientras que la federación y el Distrito Federal gozan de facultades expresas. Esta es la sencilla regla general. Entre órdenes federal y local se suponen, *prima facie*, delimitados sus ámbitos competenciales; o se es blanco o se es negro: no hay tonos grises, pues los estados son autónomos en su régimen interior. Las leyes expedidas por el Congreso de la Unión no deben, so pena de invadir competencias y, en su caso, generar una controversia constitucional, regular –incidir– en facultades que en la Constitución están reservadas a los estados o se asignan expresamente al Distrito Federal.

No obstante la regla general, existe una contundente excepción a este principio: en la Constitución de la República algunas materias, por su peculiar naturaleza, están simultáneamente otorgadas, expresamente, a la federación y a las entidades federativas, incluso a los municipios.

Sobre estas materias, denominadas "concurrentes", se establece que el legislador ordinario lleve a cabo su configuración legal, es decir, que en un texto normativo se disponga el reparto de acciones que cada orden de gobierno debe llevar a cabo respecto de la materia "compartida". Los textos normativos en los que se reglamenta tal reparto competencial se conocen como "Leyes Generales" o también denominadas "leyes marco".

Así, por ejemplo, la "Ley General de Educación" reparte entre la federación, los estados y los municipios, de manera obligatoria, las competencias necesarias para dar cumplimiento universal a las necesidades nacionales en materia educativa, asignando a la federación, por ejemplo, la fijación de los programas de estudio y a las entidades federativas las relaciones laborales con el sector magisterial.

Esto no significa una invasión de competencias, sino una distribución de las materias (realmente acciones a realizar respecto de la materia concurrente) que la propia Constitución señala como "con-

currentes" y que el Congreso de la Unión debe normar de manera obligatoria para los tres órdenes de gobierno.

Otros ejemplos de "Leyes Generales", distribuidoras de facultades concurrentes, que encontramos en el sistema jurídico mexicano, entre otras y respecto de las cuales no cabe duda de su cualidad de ley general en sentido restringido o estricto o ley marco, son las siguientes:

- Ley General de Salud.
- Ley General de Asentamientos Humanos.
- Ley General de Cultura Física y el Deporte.
- Ley General de Educación.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Conforme a lo anterior, destacan como características peculiares de las "Leyes Generales" o leyes marco, las siguientes:

a) Una marcada tendencia a proteger intereses difusos y colectivos, incluso los llamados derechos sociales (lo que conlleva, de suyo, un alto grado de complejidad).[4]
b) Son normas que regulan facultades concurrentes entre la federación, los estados y los municipios, otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales relativas u ordenando su desarrollo legal (configuración legal).
c) Tienen validez espacial en todo el territorio nacional, sin importar la jurisdicción de que se trate.
d) Establecen el régimen federal para regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate.

Para fortalecer lo anterior, a continuación se reproduce un fragmento de la Ejecutoria 29/2000, dictada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la controversia constitucional promovida por el Ejecutivo Federal en contra de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que conforme al artículo 43 de la Ley Reglamentaria

[4] La complejidad implica entretejer diversos planos o dimensiones –en este caso, de índole normativa–, pero no por ello algo complejo es complicado, ya que este último adjetivo significa enmarañado, de difícil comprensión, y por lo mismo confuso.

de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta jurisprudencia obligatoria, entre otros, para juzgados y tribunales federales:

> Así pues, de lo anterior se tiene que se está ante las llamadas facultades "concurrentes", que en el orden jurídico mexicano surgieron en mil novecientos veintiocho, estableciéndose en la Constitución general de la República, tratándose de las materias educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV) y de salubridad (artículo 4o., párrafo tercero); sin embargo, actualmente la concurrencia no es limitativa en esas materias, pues a través de diversas reformas a la Constitución federal se han incluido otras, como son las materias de asentamientos humanos (27, párrafo tercero y 73, fracción XXXIX-C), seguridad pública (73, fracción XXIII), ambiental (73, fracción XXXIX-G), protección civil (73, fracción XXXIX-I) y deporte (73, fracción XXXIX-J).
>
> Ahora, es importante precisar en qué consisten estas facultades concurrentes. En el sistema jurídico mexicano, si bien se parte del principio rector contenido en el artículo 124 de la Constitución federal que establece una competencia expresa a favor de la federación y residual tratándose de los estados, también es cierto que el propio órgano reformador de la Constitución, a través de diversas reformas a dicho ordenamiento, estableció la posibilidad del Congreso de la Unión para que éste fuera quien estableciera un reparto de competencias entre la federación, las entidades federativas, los municipios e inclusive el Distrito Federal en ciertas materias, y éstas son precisamente las facultades concurrentes.
>
> Esto es, que las entidades federativas, los municipios y la federación pueden actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichas entidades, a través de una ley.
>
> Así, pues, de la facultad conferida al Congreso de la Unión en el artículo 73, fracción XXV, constitucional, al estar referida a la distribución de la función educativa, se advierte que se regula en una *ley general* o *ley marco*.
>
> En efecto, en México se ha denominado leyes-generales o leyes-marco a aquellas que expide el Congreso para cumplir con dos propósitos simultáneos:
>
> 1. Distribuir competencias entre la federación y los estados otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas.
> 2. Establecer el régimen federal para regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate.
>
> *Así pues, el objeto de una ley-general (*sic*) puede consistir en la regulación de un sistema nacional de servicios, como sucede con la educación y la*

salubridad general, o establecer un sistema nacional de planeación, como acontece en el caso de los asentamientos humanos.

Por tanto, resulta necesario precisar la jerarquía de las leyes generales dentro del orden legal mexicano, para lo cual es preciso atender a lo dispuesto por el artículo 133 constitucional que dice:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada 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.

De este precepto se desprende que la Constitución federal mexicana es la Norma Fundamental y a ella se subordinan las leyes federales y locales y los tratados internacionales. Es, por tanto, la base de las demás leyes y, en consecuencia, opera como un instrumento orientador de las leyes federales y locales y de los tratados internacionales.

Así, tenemos que el principio de supremacía constitucional se traduce en el hecho de que la Constitución tiene el más alto valor normativo inmediato y directo sobre todas las demás normas de la jurisdicción federal y local. Dicho principio opera como ordenador del resto de la producción jurídica (leyes orgánicas, reglamentarias, ordinarias, locales, constituciones de los estados, reglamentos).

Luego, al establecer el artículo 133 en cita, que las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución y los tratados internacionales expedidos de acuerdo con el propio ordenamiento, serán la Ley Suprema de toda la Unión, fija el carácter de subordinación de dichas leyes y tratados frente a la norma constitucional.

Asimismo, del dispositivo constitucional se advierte que hace alusión a las leyes que emanan del Congreso de la Unión (federales) y a las leyes locales o de los estados. Las primeras son las que van a ejercer los tres Poderes de la Unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), las segundas, los tres Poderes de los estados. Estos dos tipos de leyes son los que forman el orden federal y el orden local.

Empero, nuestro sistema constitucional no establece una preeminencia o superioridad de las leyes federales sobre las leyes de los estados, pues ambas son de igual jerarquía ante nuestra Constitución, como lo ha sostenido este Alto Tribunal.

Lo anterior se apoya en lo dispuesto por los artículos 40 y 41 constitucionales, en relación con el artículo 133 del propio ordenamiento, pues el pueblo mexicano adoptó una forma de gobierno que es la Federación, compuesta por los estados libres y soberanos de la República y por el Distrito Federal. Los dos órdenes de gobierno (el federal y el de los estados) son coextensos y, en consecuencia, se rigen por disposiciones constitucionales y legales distintas, y que en su expresión conjunta dan como resultado una forma de organización jurisdiccional y política denominada federación, es decir, esta última es la conjunción de estos dos órdenes: el federal y el local o estatal.

Por tanto, ninguno de estos dos órdenes de gobierno es superior al otro, sino que cada uno tiene su jurisdicción, que le atribuye la Constitución federal.

Sin embargo, aun cuando técnicamente están a la par la federación y los estados en cuanto a su orden jurídico, *como excepción a esta regla se encuentran las leyes generales*, cuyo objeto, como se indicó, es la distribución de competencias en materias concurrentes, *por lo que en este caso las leyes locales deben sujetarse a aquellas leyes*, pues si bien es cierto que una misma materia queda a cargo de la federación, estados y municipios, también lo es que el Poder Legislativo Federal es quien tiene la facultad de establecer en qué términos participará cada una de estas entidades.

Dentro de estas materias concurrentes se encuentra la relativa a la educación, por lo que las normas que expidan los estados, o bien, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sobre educación, deben sujetarse a las leyes generales que en dicha materia expida el Congreso de la Unión, por virtud de que el Constituyente estableció que la distribución de la función social educativa entre la federación, las entidades federativas y los municipios, correspondería al citado Congreso, a través de la expedición de las leyes necesarias.

En el caso, precisamente en uso de la facultad que le confiere el artículo 73, fracción XXV, en congruencia con el 3o., constitucionales, el Congreso de la Unión expidió la Ley General de Educación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el trece de julio de mil novecientos noventa y tres.

Asimismo, derivada de la misma Ejecutoria, se generó la siguiente jurisprudencia:

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados", también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

competencias, denominado "facultades concurrentes", entre la federación, las entidades federativas y los municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: *la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV)*, la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los municipios y la federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una "ley general".

P./J. 142/2001
Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. *Once votos*. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.
El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de diciembre en curso, aprobó, con el número 142/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de diciembre de dos mil uno.
Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XV, enero de 2002, p. 1042. Tesis de Jurisprudencia.

De esta suerte, conforme al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[5] es evidente que la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano es la siguiente:

En primer término, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
En segundo lugar, los tratados internacionales[6] que se celebren de acuerdo con la misma, por resultar igualmente vinculantes tanto a las autoridades federales como a las locales.

[5] Mayoría calificada de ocho votos o más, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales".

[6] Aun cuando se trata de una tesis aislada, hay evidencia doctrinal –metodológica y lógica–, es decir, argumentos sólidos, que indican que se trata de una interpretación correcta:

En tercer lugar, las leyes denominadas "generales" o "leyes marco", que distribuyen competencias concurrentes entre la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios.
En cuarto lugar, y en un mismo plano, según sea la jurisdicción de que se trate, las leyes federales y las locales, las cuales deben respetar el ámbito competencial del otro plano competencial.
En quinto nivel, de la estructura, hasta abajo, están las normas reglamentarias que se expiden por los ejecutivos federal y locales, incluso municipios a través de sus ayuntamiento en sesión de cabildo. Los textos normativos de este nivel –básicamente reglamentos y acuerdos– se expiden para desagregar y concretar normativamente, es decir, hacer operativas, las leyes generales y las leyes federales y las leyes de las entidades federativas.

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S. A. de C. V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete. Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S. A. de C. V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada. [Núm. Registro: 172 650. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007. Tesis: P. IX/2007, p. 6].

Esta facultad de los ejecutivos se conoce como facultad reglamentaria y su fundamento está en el artículo 89, fracción I, constitucional: proveer a la esfera administrativa a su exacta observancia.

Si bien la regla general es que la facultad reglamentaria corresponde a los ejecutivos, no solamente éstos la ejercen, pues el legislador ha autorizado a otros órganos o entes para que expidan reglamentos. Tal es el caso de reglamentos que expide el Poder Judicial –*V. gr.*, Consejo de la Judicatura Federal–; el Poder Legislativo –*V. gr.*, los reglamentos de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores–,[7] los organismos autónomos constitucionales –Banco de México, Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de Derechos Humanos, las comisiones estatales de derechos humanos–.

Relacionada con la facultad reglamentaria encontramos la facultad de una serie de dependencias, y algunos de sus órganos desconcentrados, y entidades paraestatales, de expedir textos normativos de carácter reglamentario como los son las normas oficiales mexicanas.[8]

He aquí la estructura de nuestro sistema jurídico. Quedan para otra ocasión otras interrogantes:

- ¿Deben permanecer los tratados internacionales en el nivel en el que se han colocado o deben empatarse con la Constitución o, incluso, moverse por encima de ésta?

[7] El Senado de la República publicó su reglamento en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de junio de 2010, y que entra en vigor el 1 de septiembre de 2010. Por su parte, la Cámara de Diputados opera con base en el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos del año de 1934.

[8] Sobre la evolución de la facultad reglamentaria se sugiere el estudio de dogmática jurisprudencial de Blanco Fornieles, Víctor, *La normatividad administrativa y los reglamentos en México. Una visión desde la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*, Fontamara, México, 2006. El autor demuestra cómo se pasó de un esquema riguroso a un esquema laxo en la utilización de la facultad reglamentaria. De entre las conclusiones de Blanco Fornieles, cabe destacar la siguiente: "El argumento justificatorio de la regulación administrativa con carácter general y de las Normas Oficiales Mexicanas (NOMs) en particular, en el sentido de que se requiere la delegación normativa a la instancia administrativa por la complejidad de la materia a regular, su dinamismo y la relativa lentitud de los mecanismos ordinarios de regulación (legislativo y reglamentario) no parece suficiente por sí mismo e, incluso, en un marco constitucional como el mexicano plantea serios cuestionamientos respecto de su validez formal y en ocasiones también material" (p. 273). Más allá de que realmente exista una justificación normativa, el fenómeno evolutivo de la facultad reglamentaria hunde sus raíces en los cambios de la actividad gubernamental, sobre todo en el periodo de crecimiento inusitado, y de alguna manera absurdo, del Estado Benefactor en el que el papel estatal de agente económico explica –aunque no justifica normativamente– la utilización de la facultad reglamentaria y la delegación que de ésta se ha hecho en entes distintos a los ejecutivos. Una vez más la realidad no cede para encajar en el mundo normativo.

- ¿Todas las leyes generales o leyes marco, realmente son tales?[9]
- ¿Bajo esquemas de diseño institucional, deben revisarse las "facultades reglamentarias" de ciertas dependencias y entidades con la finalidad de fortalecer la certeza jurídica y, por ende, el valor seguridad jurídica, o es mejor no hacer nada dado el nivel de complejidad del asunto?
- ¿Sin un análisis institucional que lleve a replantear la utilización de la facultad reglamentaria, es decir, responder que no pasa nada si no se hace nada, realmente es funcional nuestro sistema jurídico, en especial bajo los parámetros de un Estado federal que se tome en serio?
- ¿En perspectiva de eficacia, efectividad y eficiencia de los sistema normativo-jurídicos, cuáles son los niveles de certeza y seguridad jurídica que proporciona el poder judicial si sus criterios sobre el ejercicio de la facultad reglamentaria (y su indiscriminada delegación por parte del legislador a favor de cualquier tipo de instancias),[10] son contrarios y contradictorios?

[9] Las leyes federales de asistencia social y la de desarrollo social operan como leyes generales o leyes marco, sin que exista fundamento expreso en la constitución para ello, pues aun cuando no se identifican formalmente como leyes generales o leyes marco, su contenido lleva a cabo un reparto de competencias entre los órdenes de gobierno federal, estatal y municipal. En otro trabajo de próxima publicación me ocupo de demostrar estas afirmaciones. El punto relevante formal es que el fundamento de las leyes generales o leyes marco tiene que ser expreso y, por tanto, no es correcto –es inválido– que se expida una ley con carácter general o de ley marco derivándola del ejercicio de la facultad implícita en relación con algún enunciado jurídico constitucional.

[10] El caso de la materia fiscal es una de las que mayor incertidumbre genera, y no está de más observar la injustificada preferencia de trato que se da a ciertos contribuyentes en detrimento de otros.

EN BUSCA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MÉXICO)

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.

MIGUEL DE CERVANTES.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los órganos encargados de la interpretación de la Constitución*. III. *Disposiciones contenidas en el artículo 94 de la Constitución federal*. IV. *El concepto de jurisprudencia*. V. *Reconocimiento de la jurisprudencia mexicana*. VI. *Las características de la jurisprudencia obligatoria*. VII. *Breve análisis de los artículos 192, 193 y 194 de la Ley de Amparo*. VIII. *Clasificación de la Jurisprudencia. IX. Clasificación de la interpretación constitucional*. X. *El Semanario Judicial de la Federación*. XI. *Los métodos interpretativos de la Suprema Corte de Justicia, en la jurisprudencia, a lo largo de la historia judicial*. XII. *La concepción de la jurisprudencia en los criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito*. XIII. *Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre temas trascendentales*. XIV. *La interpretación de los principios en el orden constitucional*. XV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación de la Constitución es uno de los temas trascendentales hoy en día, tanto que, a decir de Rubio Llorente, "la teo-

ría de la interpretación es hoy el núcleo central de la teoría de la Constitución".[1]

En este trabajo se tocan algunos aspectos básicos de la interpretación en nuestro país, tales como, los órganos facultados para hacer la interpretación judicial; las características de la jurisprudencia y su clasificación; algunas consideraciones de los Tribunales Colegiados de Circuito y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al tema de la jurisprudencia; los métodos en mayor medida utilizados, y breves referencias sobre algunos temas trascendentales contenidos en algunas sentencias emitidas por nuestro Máximo Tribunal; y finalmente, un acercamiento sobre el nuevo modelo interpretativo basado en la localización de los "principios constitucionales".

II. Los órganos encargados de la interpretación de la Constitución

En el campo de la acción del juez o acción justa es más claro el motivo o fin que se persigue con la acción, pues existe un problema que exige solución y los jueces ven en la paz un motivo más próximo para la realización de su acción. Una acción cuya meta primera es la paz y la armonía entre las personas que intervienen en el negocio, y luego para la sociedad; aunque también en última instancia, representa un bien para el propio juez. En este sentido la acción justa del juez tiene como finalidad la consecución de la plenitud humana, tanto de las personas que integran la relación conflictiva, como del propio juez y de la sociedad.[2]

En nuestro medio jurídico mexicano, la interpretación judicial pero, sobre todo, de la Constitución prevalece como una facultad atribuida a los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así el artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución federal establece lo siguiente:

> Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

[1] Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 573.

[2] Castañeda y G., Daniel H., *Filosofía de la jurisprudencia, la recuperación del caso en la vida del derecho*, Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2007, p. 178.

> La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interpretación y modificación.

De este precepto de la Constitución federal, podemos observar, en principio, el Poder Judicial de la Federación se deposita para su ejercicio en los siguientes órganos:

1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (funcionando en Pleno o en Salas).
2. El Tribunal Electoral.
3. Los tribunales colegiados y unitarios de circuito.
4. Los juzgados de distrito.

Asimismo, la ley es la que determina los términos de obligatoriedad en la jurisprudencia emitida por los tribunales de la federación, sobre la interpretación de la Constitución, leyes federales o locales y los tratados internacionales.

Aunque no lo dice expresamente, el precepto en comento debe entenderse referido a la jurisprudencia como la "forma" de realizar la interpretación obligatoria del ordenamiento integral de nuestro sistema jurídico, particularmente de la Constitución, sin desconocer que las sentencias de los tribunales federales, particularmente de aquellos con facultades de sentar jurisprudencia, también constituyen sentencias interpretativas *grosso modo* de la Constitución.

En palabras de Jorge Carpizo, una Constitución se modifica a través de tres grandes vertientes: la reforma, la interpretación y la costumbre. Depende de una serie de factores, cuál es el cauce predominante en un determinado país. En Estados Unidos, éste ha sido la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia. En México lo ha sido la reforma constitucional de acuerdo con el procedimiento que indica el artículo 135 de la propia norma fundamental.[3]

[3] Guerrero Lara, Ezequiel y Guadarrama López, Enrique (comps.), *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984)*, t. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. IX.

En contraposición, en nuestro país, parece ser que la reforma constitucional ha sido el cauce más prolijo para reformar la Constitución, es decir, se ha privilegiado el papel del Poder Legislativo.

Incluso, sobre el control constitucional, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente sostiene el criterio de que esa facultad corresponde de manera específica a los órganos del poder judicial de la federación, mas no de los estados.[4]

> CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución federal previene: "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 dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

III. Disposiciones contenidas en el artículo 94 de la Constitución federal

El artículo 94 constitucional, actualmente en vigor, comprende varias disposiciones, las cuales pueden dividirse de la siguiente manera:[5]

a) Integración y funcionamiento de los tribunales que forman el Poder Judicial Federal.

[4] La jurisprudencia en comento puede ser consultada en la Novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999. Tesis P./J. 74/99, p. 5, con número de registro electrónico 193 435.

[5] Fix-Zamudio, Héctor, "Comentarios al artículo 94 constitucional", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Porrúa, Cámara de Diputados, México, 2003, t. IX, artículos 82-94, p. 799.

b) El carácter público de las audiencias de la Suprema Corte de Justicia.
c) Las características de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales.
d) La garantía de remuneración.
e) Inamovilidad de los ministros de la Suprema Corte de Justicia.

IV. El concepto de jurisprudencia

Eduardo García Máynez define a la jurisprudencia como: "El conjunto de principios y doctrinas contenidos en las resoluciones judiciales".[6]

La jurisprudencia es una de las fuentes formales del derecho, junto con la legislación, la doctrina y la costumbre. Derivado del concepto que brinda García Máynez, en términos generales puede afirmarse que todo órgano que realiza una labor jurisdiccional, dirimiendo controversias, aplicando la ley al caso concreto, crea jurisprudencia. Así, se debe entender como la interpretación judicial de la ley.

La palabra jurisprudencia deriva del latín *jurisprudentia,* que proviene del *jus* y *prudentia,* y significa prudencia de lo justo.[7]

Por lo que respecta, a los significados gramaticales de la palabra jurisprudencia, cabe citar, entre otros:[8]

1. Ciencia del derecho.
2. Enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales. Norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.

También podemos agregar como conceptos sobre la palabra jurisprudencia, el que la ubica como "el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportunamente a las cosas que ocurren", o también la jurisprudencia judicial es la interpretación que

[6] Rojas Caballero, Ariel Alberto, *La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación (Manual para su consulta y aplicación)*, Porrúa, México, 2005, p. 3.

[7] Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, Porrúa, México, 2004, p. 211.

[8] *Ibidem*, p. 211.

hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos de conflicto que se someten a su conocimiento".[9]

V. Reconocimiento de la jurisprudencia mexicana

A diferencia de la tradición anglosajona, México ha tenido sometida, desde sus orígenes, tanto la jurisprudencia, como la función jurisdiccional y sus productos, a los dictados de la legislación. Haciendo a un lado el anterior posicionamiento, la garantía jurisdiccional de la Constitución, tanto en los países anglosajones como en los de tradición del derecho civil o codificado, se refiere a las características de una justicia constitucional que descansa en la interpretación de la Constitución.[10]

Asimismo, México es un país de derecho codificado que cuenta con tradiciones jurídicas encontradas, pues sus principios constitucionales lo dirigen hacia la doctrina más tradicional de supremacía de la ley y el legislador, a pesar de que no existe una carrera parlamentaria; sin embargo, sus instituciones del control constitucional lo han tomado hacia rumbos donde la interpretación judicial es creación del derecho, como en los países anglosajones, donde los jueces no requieren de facultades expresamente otorgadas mediante la ley.[11]

A partir de 1917, la jurisprudencia del Poder Judicial Federal tiene ante sí una inmensa tarea por interpretar la Constitución. Su único efecto es obligar a los tribunales, por lo que sólo aquellos que promueven un juicio de amparo se ven beneficiados por una tesis jurisprudencial. A las autoridades administrativas, que son contra quienes se promueven esos amparos, no se les perturba en sus decisiones para el resto de la población y continúan aplicando una ley inconstitucional, a pesar de haber sido declarada como tal por la tesis más reiterada que se pueda encontrar del más Alto Tribunal.[12]

[9] *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 8a. ed., México, 1995, letras I-O, pp. 1891-1892.

[10] González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 47.

[11] *Ibidem*, p. 121.

[12] González Oropeza Manuel, *op. cit.*, p. 123.

VI. Las características de la jurisprudencia obligatoria

El establecimiento de esta institución se debe al pensamiento del ilustre jurista mexicano y ministro de la Suprema Corte, Ignacio L. Vallarta, quien propuso en su proyecto de Ley de Amparo, esencialmente aprobado en 1882, que el criterio expresado por la misma Corte en cinco resoluciones pronunciadas en el mismo sentido, tuviese carácter imperativo para los tribunales federales, y así lo consagró expresamente el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908. El texto primitivo del artículo 107 de la Constitución federal de 1917 no regulaba la citada jurisprudencia, pero sí las leyes de amparo de 1919 y 1935 exclusivamente por lo que se refería a los juicios de amparo y en relación con la interpretación de la propia Constitución, leyes federales y tratados.[13]

En las reformas sustanciales de 1951 se consignó esta institución en la fracción XIII del propio artículo 107 constitucional, pero sólo respecto del juicio de amparo, y por ello fue reglamentada por los artículos 192 y siguientes de la Ley de Amparo. En las reformas de 1967 a la propia Ley Fundamental, se le otorgó mayor amplitud a la citada jurisprudencia obligatoria, puesto que se le desvinculó del artículo 107 mencionado, y se le incorporó en el quinto párrafo del artículo 94, con el objeto de darle mayor amplitud desde dos ángulos; en primer lugar, el extender la jurisprudencia obligatoria a todos los asuntos de la competencia de los tribunales federales y no exclusivamente al juicio de amparo; en segundo término respecto de la integración obligatoria extendida también a las leyes y reglamentos locales. Los artículos 192 y 197-B de la Ley de Amparo y 103 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal establecen los requisitos para la formación de la citada jurisprudencia (cinco resoluciones en el mismo sentido por 14 votos en el Pleno, cuatro en las Salas, y la votación unánime de los tres magistrados de los tribunales colegiados), así como para modificar e interrumpir la citada jurisprudencia.[14]

[13] *Ibidem*, p. 802.

[14] *Ibidem*, *op. cit.*, p. 802.

El propio artículo 94, párrafo octavo de la Constitución federal, dispone claramente que la "ley" fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia; en este caso, la norma explicita en donde se contienen dichos términos es la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Carta Magna federal. Los artículos 192, 193 y 194, de dicha ley, disponen lo siguiente:

> Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.
>
> Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas.
>
> También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.
>
> Artículo 193. La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.
>
> Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada Tribunal Colegiado.
>
> Artículo 194. La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el Pleno; por cuatro, si es de una Sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.
>
> En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.
>
> Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación.

VII. Breve análisis de los artículos 192, 193 y 194 de la Ley de Amparo

Del contenido de dichos numerales, en nuestro concepto, se pueden abstraer los siguientes puntos:

a) La jurisprudencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es obligatoria para el resto de los tribunales, entre ellos, las Salas, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.
b) Para la integración de la jurisprudencia, en relación con el Pleno y con las Salas, son necesarias cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas; y también constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.
c) La jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.
d) Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada Tribunal Colegiado.
e) La jurisprudencia puede ser interrumpida, en el caso de la Corte, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el Pleno; por cuatro, si es de una Sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

Sobre estos puntos, debe destacarse, el carácter obligatorio de la jurisprudencia según sea el órgano que la emite, o sea, el Pleno de

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Salas, o los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyas decisiones (en cinco casos no interrumpidos), resultan obligatorias para los tribunales inferiores en grado.

En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

VIII. Clasificación de la jurisprudencia

Sobre los sistemas de formación de la jurisprudencia en México, podemos citar los siguientes:[15]

Por reiteración. Dicho sistema se encuentra dispuesto en los artículos 192 y 193, ambos en su segundo párrafo, de la Ley de Amparo, en donde se señala que las resoluciones constituirán jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias, no interrumpidas por otra en contrario. Así pues, dicho sistema consiste en la reiteración de un mismo criterio en igual sentido sin interrupción de otro, en un número determinado de asuntos.

Mediante este mecanismo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito pueden integrar jurisprudencia que puede ser obligatoria para todos los tribunales y juzgados del país; para ello es necesario que el criterio haya sido producto de cinco resoluciones en un mismo sentido y ninguna en contra, además de cada una de esas cinco resoluciones haya alcanzado una votación especial.[16]

Por unificación. Este sistema supone la existencia de dos o más criterios contradictorios, en donde el criterio jurisprudencial será el que resulte al resolver sobre la conveniencia de tal o cual criterio. A dicho sistema se le conoce como contradicción de tesis.

[15] Maximino Estrada Romero, *La información sobre las formas de integrarse la jurisprudencia en México*. Sobre este autor, puede consultarse en su artículo "Reflexiones en torno a la jurisprudencia en México", en la página electrónica http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1624/7.pdf., pp. 106-110.

[16] Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, p. 6.

En virtud de este mecanismo, se dota a las Salas y al Pleno de la competencia necesaria para que resuelvan contradicciones y unifiquen criterios y esa resolución sea obligatoria para todos los tribunales del país.[17]

Por declaración. El sistema de declaración consiste en el refrendo de la vigencia de criterios emitidos en periodos de formación de jurisprudencia que no resultaban válidos al momento de la declaración. Este sistema prevé la declaración de validez de criterios jurisprudenciales que habían dejado de ser válidos y vigentes, pero que por razones de tiempo y espacio deben recuperar su vigencia para la correcta administración de justicia.

Por razón fundada. Se presenta en asuntos de suma importancia donde el criterio que se emite, en una sola ocasión, adquiere el carácter de norma jurisprudencial sin necesidad de ser ratificado por otro o como resultado de criterios contradictorios. Este sistema lo podemos observar en lo concerniente a las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, artículo 105 constitucional.

A partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994, se fortaleció la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver controversias constitucionales y se creó un nuevo mecanismo de control constitucional: las acciones de inconstitucionalidad. Ciertamente, la enmienda del artículo 105 de la Ley Fundamental estableció garantías constitucionales que, incluso, pueden tener efectos *erga omnes* y anulatorios de normas generales con motivo de la resolución de este tipo de procesos constitucionales se emite jurisprudencia, como se corrobora con lo dispuesto por los artículos 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 43 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.[18]

Aunque en México, en la práctica realmente sólo existen tres criterios para la formación de la jurisprudencia, a saber: por reiteración, por contradicción y por unificación de criterios en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

[17] *Ibidem*, p. 9.

[18] *Ibidem*, p. 18.

IX. Clasificación de la interpretación constitucional

La interpretación constitucional puede ser examinada desde dos ángulos:[19] según quien la realiza ésta puede ser: legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y popular.

Desde el ángulo de su contenido, puede ser: gramatical, histórica, política y económica.

1. La interpretación legislativa

El poder legislativo, en su labor de hacer las leyes, debe interpretar la Constitución con el objeto de examinar si ese proyecto no viola la Ley Fundamental. El enunciado anterior es deducción lógica del principio de supremacía constitucional asentado en el artículo 133 de la Carta Magna, así como del 128, que señala que todo funcionario público debe prestar la protesta de guardar la Constitución antes de tomar posesión de su cargo. Cuando el orden jurídico otorga al legislativo la facultad de interpretar la Constitución y las leyes, esta interpretación recibe el nombre de auténtica.[20]

2. La interpretación administrativa

Esta clase de interpretación constitucional la realizan los órganos del Poder Ejecutivo, los que deben examinar si sus actos, resoluciones y disposiciones no violan la ley fundamental. El poder ejecutivo debe ajustarse en sus actuaciones al principio de legalidad, es decir, a las disposiciones legales y a los preceptos constitucionales.[21]

3. La interpretación judicial

Este aspecto de la interpretación reviste especial importancia en un país como México, en el que es el Poder Judicial Federal el intérprete último de la Ley Fundamental. En México, el intérprete último de

[19] Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 7a. ed., México, 1999, p. 62.
[20] *Ibidem*, p. 62.
[21] *Ibidem*, p. 65.

la Constitución es la Suprema Corte de Justicia y a través de sus ejecutorias y jurisprudencia establece el significado de los preceptos constitucionales. Los artículos 192 a 194 de la Ley de Amparo reglamentan la jurisprudencia y señalan su obligatoriedad.[22]

4. La interpretación doctrinal

Es la que realizan los que se ocupan de los problemas de la ciencia jurídica, y que no tienen el carácter de autoridad. Desde este punto de vista pueden hacer interpretación doctrinal los que se dedican al estudio teórico del derecho constitucional, como los que imparten estos cursos, o los abogados litigantes al redactar sus escritos.[23]

5. La interpretación popular

Este tipo de interpretación es la que efectúan los habitantes en sus relaciones con las autoridades, especialmente cuando los primeros piensan que sus derechos han sido infringidos. Esta clase de interpretación puede llegar a tener particular importancia especialmente como opinión pública, y puede hacer que se realicen trascendentes modificaciones en el gobierno. En México, esta clase de interpretación está adquiriendo relevancia. La mejor prueba la constituye el problema del *jueves de corpus* del 10 de junio de 1971, cuando grupos paramilitares atacaron a una manifestación pacífica de estudiantes. La opinión pública se indignó y consideró que tal agresión fue completamente anticonstitucional, situación que repercutió en importantes cambios en el gabinete presidencial. La interpretación popular puede ser el germen que contribuya a que hasta el propio gobierno pueda caer.[24]

6. La interpretación gramatical

La interpretación gramatical responde a la idea de que hay que otorgarle a las palabras su sentido normal; es decir, el que tienen

[22] *Ibidem*, p. 66.
[23] *Ibidem*, p. 69.
[24] *Ibidem*, p. 70.

en la vida cotidiana las expresiones empleadas sean técnicas se les deberá interpretar teniendo en cuenta la acepción técnica-jurídica del vocablo.[25]

7. La interpretación histórica

En esta clase de interpretación se tiene en cuenta los factores históricos, los acontecimientos del pasado. Al interpretar desde el punto de vista histórico se persigue conocer el alcance real del precepto, cuál es su verdadera finalidad, y entonces nos podemos encontrar que la interpretación histórica está en contra del sentido gramatical del artículo.[26]

Sobre este tipo de interpretación, incluso, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene la siguiente jurisprudencia.[27]

> INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.

[25] *Ibidem*, p. 70.
[26] *Ibidem*, p. 72.
[27] La jurisprudencia puede ser consultada en la Novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000. Tesis P./J. 61/2000, p. 13, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 191 673.

8. La interpretación política

Los problemas constitucionales son problemas de poder, es decir, políticos. La Constitución trata de organizar la estructura política de la comunidad. Entonces hay que tener en cuenta los factores políticos en el momento de interpretar la Constitución, pero la interpretación política de la Ley Fundamental tiene que ser en forma muy cuidadosa, porque ella bien puede caer en violaciones a la norma de normas, en actos y resoluciones anticonstitucionales, lo que reviste importancia porque bajo el pretexto de la interpretación o del espíritu de la Constitución se realizan las infracciones a la propia Ley Fundamental.[28]

9. La interpretación económica

Este tipo de interpretación se realiza teniendo en cuenta los factores económicos, ponderando sobre los resultados de índole económica, que tal interpretación va a traer consigo.[29]

X. El Semanario Judicial de la Federación

Esta publicación oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha publicado desde el año de 1870 hasta la actualidad, dividida

[28] *Ibidem*, p. 74.
[29] *Ibidem*, p. 76.

en lo que la Corte ha dado en denominar épocas; estas épocas son para nosotros ciertos periodos durante los cuales se ha publicado el *Semanario Judicial de la Federación*, sin implicar una periodicidad determinada, es decir, sin existir una constante delimitadora del origen o término de una época, sino que están determinadas por el Pleno de la Suprema Corte.[30]

A la fecha, encontramos dividido el *Semanario Judicial de la Federación* en nueve épocas, las cuales comprenden los siguientes periodos.

Época	*Inicio*	*Término*
Primera	1871	1874
Segunda	Septiembre de 1881	Diciembre de 1889
Tercera	Enero de 1890	Diciembre de 1897
Cuarta	Enero de 1898	Agosto de 1914
Quinta	Junio de 1917	Junio de 1957
Sexta	Julio de 1957	Diciembre de 1968
Séptima	Enero de 1969	14 de enero de 1988
Octava	15 de enero de 1988	3 de febrero de 1995
Novena	4 de febrero de 1995	A la fecha

Por lo que respecta al Primer periodo, cabe destacar lo siguiente:[31] este lapso comprende las cuatro primeras épocas del *Semanario Judicial de la Federación*.

La primera época cubre el lustro de 1871 a 1875; durante este periodo fueron publicados siete tomos que contiene las resoluciones

[30] Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, *op. cit.*, p. 205.

[31] Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, *op. cit.*, p. 206.

sostenidas por los Tribunales Federales del 3 de octubre de 1870 al mes de septiembre de 1875.

A partir del mes de octubre del año 1875 y hasta el año de 1880, el *Semanario Judicial de la Federación* dejó de publicarse y durante este periodo las sentencias de los Tribunales de la República, en especial las del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formaron parte de las columnas de *El Foro* y *El Derecho*, periódicos no oficiales de jurisprudencia y legislación.

La segunda época está compuesta por diecisiete tomos y abarca el periodo de enero de 1881 a 1889.[32]

La tercera época se conforma por doce tomos que consignan los fallos del Poder Judicial de la Federación de enero de 1890 a diciembre de 1897.

La cuarta época, la más amplia de las prerrevolucionarias; principia en 1898 y finaliza en 1914 y se integra por cincuenta y dos tomos.

En estas primeras cuatro épocas del *Semanario* aparecen publicados, además de las resoluciones de los tribunales federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales.

En el segundo periodo se incluye la quinta época.[33] Establecido el nuevo orden constitucional, se instaló la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 1 de junio de 1917, y el 15 de abril de 1918 apareció el primer número de la quinta época, la cual estuvo regida, con excepción del primer año, por el "Reglamento para el Departamento de Jurisprudencia, Semanario Judicial y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", de 1919. Después de más de siete lustros, con ciento treinta y dos tomos identificados con números romanos, la quinta época llegó a su fin y dio paso a la siguiente.

En esta época es de singular importancia subrayar que en el tomo IV empieza a compilarse la jurisprudencia en un apartado denominado sección de jurisprudencia, que más tarde daría nacimiento a los llamados apéndices del *Semanario Judicial de la Federación*, mismos que son de gran relevancia, ya que en sus páginas se sientan las doctrinas más trascendentes sostenidas por la Suprema Corte y

[32] *Ibidem*, p. 206.

[33] *Ibidem*, p. 206.

que marcaron nuevos rumbos y establecieron amplios derroteros para la formación del derecho mexicano.

La sexta época,[34] integrada por ciento treinta y ocho volúmenes numerados con cifras romanas, va de julio de 1957 a diciembre de 1968, los volúmenes aglutinan las tesis y ejecutorias correspondientes a un mes. Asimismo, los volúmenes se componen de cinco partes editadas en cuadernos por separado. La primera parte comprende las tesis del Tribunal Pleno y, las cuatro restantes, las tesis de las Salas numerarias. Al calce de las tesis se precisan los elementos de identificación de los precedentes que las sostienen. Además, se consignan los datos de los asuntos que sustentaron tesis iguales por el término de un mismo mes, así como los precedentes relativos. A continuación de la tesis se insertan las ejecutorias, ya sea íntegra o parcialmente, por acuerdo expreso del Pleno o de las Salas.

Las reformas y adiciones a la Constitución federal y a la Ley de Amparo, efectuadas en 1968, marcaron la terminación de la sexta época y el inicio de la séptima.[35] Ésta se compone por doscientos veintiocho volúmenes, identificados con cifras arábigas, que acogen las tesis y resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia (Pleno, Salas numerarias y Sala Auxiliar, en su segunda etapa de funcionamiento) y por los Tribunales Colegiados de Circuito, de enero de 1969 al 14 de enero de 1988. Esta época estuvo regida por las "Bases" (Acuerdo del Pleno de 18 de febrero de 1970 y 28 de enero de 1971). En un principio, la séptima época agrupa las tesis y resoluciones relativas a cada mes. Sin embargo, los volúmenes 91 a 228 reúnen tanto las correspondientes a un semestre como a un año. Dichos volúmenes están compuestos por siete partes editadas en cuadernos por separado. La primera parte recopila lo concerniente al tribunal Pleno; las partes segunda a quinta lo relacionado con las Salas numerarias; la sexta, lo referente a los Tribunales Colegiados de Circuito y, la séptima, lo perteneciente a la Sala Auxiliar.

Las reformas constitucionales y legales de 1988 hacían urgente un nuevo estatuto para la jurisprudencia. La octava época[36] principió el

[34] Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, *op. cit.*, p. 207.

[35] *Ibidem*, p. 207.

[36] Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, *op. cit.*, p. 207.

15 de enero de 1988, regulada por Acuerdos del Pleno de 4 de febrero y 11 de agosto de 1988, el cambio radical habría de iniciarse con el Acuerdo del Pleno de 13 de diciembre de 1988 (modificado por los de 8 de junio de 1989 y 21 de febrero de 1990).

La octava época se publica en tomos identificados con números romanos y comprende las tesis, y en su caso, las ejecutorias correspondientes a un semestre. Cada tomo se encuentra integrado por dos apartados.

La primera parte se refiere a la Suprema Corte, dividido en siete secciones: Pleno, Salas Numerarias, Sala Auxiliar (cada sección incluye cuatro índices: Temático-alfabético, onomástico, tesis de jurisprudencia y votos particulares), la séptima sección. Varios, comprende los acuerdos del Tribunal Pleno en el lapso respectivo. Cuenta con dos apéndices: uno de tesis de jurisprudencia y otro de tesis anteriores que no se publicaron en el volumen correspondiente, por no haberse recibido oportunamente.

La segunda parte contiene las tesis establecidas por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuenta con los dos agregados y los cuatro índices mencionados.

Hasta el tomo IV, la octava época se publicó en tomos que cubren un semestre. Una vez recuperado el rezago, a partir del tomo VII, la publicación comenzó a aparecer mensualmente.

De igual manera a partir del tomo VII se publica un apartado de Índices que contienen regularmente: Índice Temático Alfabético, Índice Onomástico, Índice de Resoluciones, Índice de Ejecutorias que integran Jurisprudencia, Índice de votos Particulares del Pleno y Salas e Índice de Acuerdos del Tribunal en Pleno, así como Índice Temático Alfabético, Índice de Ejecutorias que integran Jurisprudencia, Índice Onomástico e Índice de votos particulares de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994 y que se reflejaron en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el citado diario el 26 de mayo de 1995, que abrogó a la anterior de 5 de enero de 1988 y sus reformas, marcaron la terminación de la octava época y el inicio de la novena.[37]

[37] *Ibidem*, p. 208.

Por acuerdo 5/1995 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 13 de marzo de 1995, se estableció como fecha de inicio de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación* el 4 de febrero de 1995, la cual se rige por el acuerdo 9/1995, del Tribunal en Pleno, que determina sus bases.

En la novena época se conjuntan las publicaciones del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, creada con la reforma a la Ley de Amparo del 5 de enero de 1988, de tal manera que en una publicación se incluyen las tesis de Jurisprudencia del Pleno, de las Salas y de los Tribunales Colegiados de Circuito, las tesis aisladas de los citados órganos, el texto de las ejecutorias o de su parte considerativa que se ordene publicar por el Pleno, las Salas, o los Tribunales Colegiados de Circuito, así como el texto de una de las ejecutorias que dieron lugar a una jurisprudencia por reiteración, las que motivaron una jurisprudencia por contradicción y aquéllas respecto de las cuales se formuló voto particular, incluyéndose éste. Asimismo, se incluyen los acuerdos generales del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.[38]

La publicación del *Semanario Judicial de la Federación* es mensual y se compone de tres partes, la primera contiene las tesis y ejecutorias del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte, la segunda las tesis y ejecutorias correspondientes a los Tribunales Colegiados de Circuito y la tercera los acuerdos del Tribunal Pleno y del Consejo de la Judicatura Federal. Al final se incluyen los índices de la publicación que comprenden las secciones necesarias para facilitar la localización de las tesis y ejecutorias respectivas.

Las publicaciones mensuales integran un volumen cada semestre, el cual contiene, además, un índice general por orden alfabético y por materia de la tesis que comprende dicho periodo y una sección especial en donde se citan todos los acuerdos emitidos por el Pleno de la Suprema Corte y por el Consejo de la Judicatura, en orden onomástico.

Esta publicación ha sufrido desde su aparición dos interrupciones, la primera de ellas en el periodo comprendido entre 1875 y 1880; la segunda, de agosto de 1914 a mayo de 1917. Actualmente podemos

[38] Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, *op. cit.*, p. 208.

considerar que la jurisprudencia aplicable es precisamente la generada a partir de la quinta época, por la consecuencia natural de que la anterior a 1917 se gestó a la luz de otra constitución y de un marco normativo diverso.

Paralelas al *Semanario*, también existieron otras publicaciones de la misma naturaleza; tal es el caso de *El Derecho*, *El Foro* y el *Diario Oficial*, las cuales no tuvieron la consistencia de resistir el paso del tiempo y su vida sólo se prolongó pocos años después del surgimiento del *Semanario Judicial de la Federación*.

Satisfecha la exigencia de publicar la jurisprudencia, surgió la necesidad de establecer los lineamientos relativos a su unificación y obligatoriedad, situación que se fue enmendado con las respectivas leyes de amparo originadas desde 1861, las cuales lograron evolucionar el concepto de la jurisprudencia hasta su actual concepción.[39]

Actualmente, el *Semanario Judicial de la Federación* se publica mensualmente con la respectiva *Gaceta*; en ésta aparecen los sumarios de las resoluciones adoptadas por los tribunales del Poder Judicial Federal (Suprema Corte, salas y tribunales colegiados de circuito), y en el primero el contenido de los considerandos y puntos resolutivos de la sentencia; sin embargo, causa extrañeza cómo en la mayoría de los casos no existe una coincidencia en los parámetros para considerar a partir de cuáles considerandos debe hacerse la publicación, pues en algunas resoluciones se realiza a partir del primero hasta llegar al último, en tanto que en otras, la publicación se hace a partir del segundo o bien del tercer considerando, situación que impide analizar el sentido de la resolución de manera integral, e impide al lector conocer de manera más profunda el trabajo de nuestro máximo tribunal.[40]

XI. Los métodos interpretativos de la Suprema Corte de Justicia, en la jurisprudencia, a lo largo de la historia judicial

Al examinar la publicación oficial de nuestro máximo órgano de justicia, es decir, el *Semanario Judicial de la Federación* en su quinta

[39] *Ibidem*, p. 209.
[40] *Ibidem*, p. 210.

época, no se observa algún pronunciamiento de la Corte acerca de lo que debe entenderse por el concepto de interpretación, pues los criterios existentes se refieren a temas como las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución federal, pero únicamente reiteran el contenido de estos artículos.[41]

En la sexta y séptima épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, todavía encontramos una secuencia sobre la misma forma de entender la jurisprudencia y la interpretación constitucional.[42]

Sin embargo, al ingresar a la octava época es distinguible que las pautas interpretativas de nuestra Suprema Corte se desbordan sobre los métodos positivistas compartidos por la escuela legalista (gramatical, histórico, auténtico, sistemático, etc.), ejemplo de ello es la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación en donde se manifiesta, que para la procedencia del recurso de revisión, es insuficiente la manifestación de haberse hecho una interpretación de algún precepto de la Constitución, si al efecto, la sentencia referida no contiene ninguna interpretación de algún precepto constitucional, por no hacerse ningún análisis *gramatical, histórico, lógico, sistemático o jurídico* de algún precepto de la Constitución general de la República.

Por tanto, no se surte el presupuesto para la precedencia del recurso de revisión, la tesis es del siguiente contenido:[43]

[41] Ejemplo de ello son las siguientes tesis, cuyos rubros se enuncian para ilustrar más el aspecto abordado. Del Tribunal Pleno, la denominada "ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACIÓN EN ORDEN A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS MILITARES, CUANDO CONCURRAN AGENTES CIVILES Y MILITARES EN LA COMISIÓN DE AQUELLOS". De la Primera Sala, las denominadas "ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN DEL" y "ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN DEL, POR LO QUE TOCA A LA APREHENSIÓN". De la segunda Sala, la intitulada "INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL". Y de la Tercera Sala, "ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN DEL (SENTENCIAS CIVILES)".

[42] Al efecto citamos la tesis de la Segunda Sala de la Corte, cuyo contenido es: "PETICIÓN, DERECHO DE. INTERPRETACIÓN. Si lo único que resolvió el juez de distrito fue que la autoridad debía dar dentro del término de tres días, contados a partir de la fecha en que se le comunicara que la sentencia que se revisa había causado ejecutoria, la contestación que procediere a la petición de los quejosos; esto no quiere decir que dentro de ese plazo debía de resolver en definitiva lo solicitado por los expresados quejosos, ni menos que éstos queden liberados de la obligación que tiene de acatar las disposiciones legales que rigen en la especie, por lo que dicho juez no violó el contenido del artículo 8o. constitucional".

[43] Los datos de identificación son: Octava época. Tercera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, Primera Parte, enero a junio de 1989. Tesis 3a./J. 28 11/89, p. 397.

> REVISIÓN EN CONTRA DE UNA SENTENCIA DICTADA EN AMPARO DIRECTO, POR INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE SI EN LA MISMA SE REALIZA UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO, SISTEMÁTICO O JURÍDICO DEL MISMO. Para determinar si en la sentencia de un juicio de amparo directo existe o no interpretación directa a un precepto constitucional, no basta que la parte inconforme con dicho fallo manifieste que en la citada resolución el Tribunal Colegiado de Circuito hizo tal interpretación, sino que es necesario que, efectivamente, se interprete el sentido y/o el alcance de algún precepto constitucional. Por consiguiente, si la sentencia referida no contiene ninguna interpretación de algún precepto constitucional, por no hacerse ningún análisis gramatical, histórico, lógico, sistemático o jurídico de algún precepto de la Constitución general de la República, no se da dicho presupuesto para la precedencia del recurso de revisión.

Por otro lado, en la novena época, podemos observar el comienzo de un cambio en la concepción de la interpretación por nuestro máximo tribunal, al efecto podemos localizar diversos criterios en donde se visualiza una percepción distinta, por ejemplo, la jurisprudencia 84/2006 de la Primera Sala, en donde se interpretan los principios democráticos y de división de poderes, la cual lleva por rubro:[44]

[44] Los datos de identificación son los siguientes: Novena época. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, noviembre de 2006. Tesis 1a./J. 84/2006, p. 29, y su contenido es: Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evidente que la Constitución federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.

También hay algunos enfoques referidos al criterio analógico para la resolución de ciertos casos, en la tesis aislada que lleva por título:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA CUANDO PREVÉ EXCEPCIONES A REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL.

De la misma manera, la jurisprudencia 1a./J. 81/2004, de la Primera Sala de la Suprema Corte, entorno al concepto de la igualdad, la cual señala:

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es

la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso –o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo–, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.

decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.[45]

Otro criterio relevante es el dispuesto en la siguiente tesis:[46]

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los jueces de cada estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las legislaturas de los estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones

[45] Esta jurisprudencia corresponde a la Novena época. Instancia: Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, octubre de 2004, p. 99.

[46] Novena época. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, octubre de 2004. Tesis 1a./J. 80/2004, p. 264.

materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

En este contexto, a mi manera de ver las cosas, quizá uno de los cambios más sustanciales sobre la óptica de concebir a la interpretación lo proporciona un criterio aislado de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 1a. LXXII/2004.

La tesis establece que de conformidad con el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el órgano jurisdiccional, al resolver la cuestión jurídica que se le plantee, deberá hacerlo:

a) Conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley.
b) A falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

La tesis igualmente se refiere a que los juzgadores *no están obligados a aplicar un método de interpretación específico,* por lo que válidamente pueden utilizar el que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto.

Sin embargo, aunque pretende destacar que los juzgadores al resolver no están obligados para adoptar un método específico, al final induce a la utilización de un método en particular al señalar que en principio deberá utilizarse el literal, pues como lo establece el propio precepto 14 constitucional los fallos judiciales deberán dictarse "conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley", con lo cual se constriñe al juzgador a buscar la solución del problema que se le presente, considerando en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente. Tal criterio dice textualmente:

> INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO. De acuerdo con el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el órgano jurisdiccional, al resolver la cuestión jurídica que se le plantee, deberá hacerlo conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho. En este sentido, los juzgadores no están obligados a aplicar un método de interpretación específico, por lo que válidamente pueden utilizar el que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto. Sin embargo, en principio deberá utilizarse el literal, pues como lo establece el propio precepto constitucional, los fallos judiciales deberán dictarse "conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley", con lo que se constriñe al juzgador a buscar la solución del problema que se le presente, considerando en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente.[47]

Empero, lo realmente destacable es que proporciona al juez un parámetro para orientarlo en su decisión, por cuanto a que puede utilizar el método más adecuado para dirimir el conflicto, lo cual, desde luego, es un buen avance interpretativo.

XII. La concepción de la jurisprudencia en los criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito

Cabe recordar, los Tribunales Colegiados de Circuito fueron creados con las reformas constitucionales de 1950. Su composición es tripartita, fungiendo uno de sus integrantes como presidente. La Constitución señala en el primer párrafo del artículo 94, que el Poder Judicial de la Federación, se ejercita, entre otros, por estos tribunales.[48]

Sobre el concepto de jurisprudencia, el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, sostiene la siguiente:[49]

> JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES. La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la

[47] Novena época. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIX, junio de 2004. Tesis 1a. LXXII/2004, p. 234.

[48] Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 188.

[49] La tesis está publicada en la Novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, octubre de 2003, Tesis IX.1o.71 K, p. 1039, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 183 029.

jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la Constitución federal, en tanto previene que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; y la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta.

Lo destacable de este criterio se puede observar por cuanto asume una descripción de lo que se entiende por el concepto de la jurisprudencia, al señalar que es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito.

Por otro lado, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, sobre la jurisprudencia, señala lo siguiente:[50]

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE. La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación.

Esta jurisprudencia también es ilustrativa, pues resume el carácter complementario que debe tener, al señalar: "la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto".

[50] La tesis puede ser consultada en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VII, enero de 1991, p. 296, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 223 936.

El segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al efecto, manifiesta:[51]

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal.

De la misma manera, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, en relación con la interpretación de la Constitución, señala:[52]

INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO CON ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. El artículo 133 de la Constitución federal dispone: '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'. Lo anterior significa que deben nulificarse o dejar sin efectos las leyes o los actos que violenten lo dispuesto en la Constitución, pues los principios, valores y reglas que el propio ordenamiento consagra deben prevalecer con supremacía y en todo tiempo. Por tanto, si un precepto legal contraviene lo estipulado en la Constitución debe declararse su inconstitucionalidad en términos de los procedimientos respectivos, dando pauta así a la integración de la jurisprudencia, o bien, si se trata de

[51] La tesis puede ser consultada en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, julio de 1994, octava época, p. 644, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 211 572.

[52] La jurisprudencia puede ser consultada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, XXII, agosto de 2005. Tesis I.4o.A. J/41, p. 1656, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 177 591.

> un acto de autoridad que se fundamente en una ley declarada inconstitucional, debe nulificarse u ordenarse que cesen sus efectos. Asimismo, en virtud del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo que se comenta, los legisladores deben expedir las leyes ordinarias con apego al Máximo Ordenamiento que opera como limitante de la potestad legislativa, de manera que cuando una ley admita dos o más interpretaciones que sean diferentes y opuestas, debe recurrirse a la 'interpretación conforme' a la Constitución federal, que debe prevalecer como la interpretación válida, eficaz y funcional, es decir, de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales dado que es la normatividad de mayor jerarquía y que debe regir sobre todo el sistema normativo del país. Es cierto que los tribunales ordinarios no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley pues, por una parte, su esfera competencial se circunscribe al estudio de la legalidad del acto ante ellos impugnado y, por otra, los únicos órganos jurisdiccionales que tienen competencia para hacerlo son los del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, aquéllos pueden calificar el acto impugnado y definir los efectos que se deducen de aplicar un precepto declarado inconstitucional de acuerdo a la 'interpretación conforme', a fin de lograr que prevalezcan los principios y valores consagrados a nivel constitucional.

En este criterio podemos distinguir, incluso, que se expone el contenido normativo de la Constitución al manifestar que deben nulificarse o dejar sin efectos las leyes o los actos que violenten lo dispuesto en la Constitución, pues los principios, valores y reglas que el propio ordenamiento consagra deben prevalecer con supremacía y en todo tiempo. Por tanto, si un precepto legal contraviene lo estipulado en la Constitución debe declararse su inconstitucionalidad en términos de los procedimientos respectivos, dando pauta así a la integración de la jurisprudencia.

XIII. Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre temas trascendentales

En este apartado citaremos algunos comentarios sobre fallos relevantes emitidos en época reciente por nuestra Suprema Corte, en palabras de la autora Eréndira Salgado.

1. El aborto

La hipótesis prevista en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, constituye una excusa absolutoria.

La hipótesis establece que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto del embarazo presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, practicar el aborto siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que pese a dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como tal en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible la aplicación de la sanción.[53]

Comentario. Esta resolución derivó del conocimiento de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, respecto de la fracción III del artículo 334 del Código Penal, en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales, ambos del Distrito Federal. En virtud de que la resolución no obtuvo mayoría calificada de cuando menos ocho votos, exigida por el artículo 105 constitucional, fracción II, se desestimó la acción, de conformidad por lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis, cabe destacar que no hubo discrepancia entre los once ministros, pese a que no todos aprueban la medida terapéutica.[54]

2. Derecho a la información

La Suprema Corte sólo se expresa mediante resoluciones y sentencias, no en declaraciones públicas.

La Corte se negó a responder la petición formulada por un grupo de profesores universitarios para que hiciera pública su posición frente al conflicto de Chiapas, al considerar que los particulares no

[53] Salgado Ledesma, Eréndira, Suprema Corte de Justicia, *Tres historias: una Institución*, Porrúa, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 71.

[54] *Ibidem*, p. 71.

pueden instar la facultad de investigación prevista en el artículo 97 constitucional.[55]

Comentario. Efectivamente, la facultad de investigación del Tribunal sólo se acciona de oficio o por petición de los sujetos establecidos en la norma constitucional: Ejecutivo Federal, Cámaras del Congreso y gobernadores de los estados. Sin embargo, así como esta atribución es ajena a su función jurisdiccional, por carecer de efectos vinculatorios, del mismo modo la sociedad espera la expresión de algunas decisiones de la Corte, no sólo como Tribunal, sino en su carácter de titular de un poder público.[56]

La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6o. constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto o garantía individual que sujeta al Estado a informar verazmente.

Inicialmente la Corte estableció que el derecho a la información instituido en el artículo 6o. constitucional se limitaba solamente a una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política que se incorporó en el texto fundamental, la cual obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones, a través de los medios masivos de comunicación. Posteriormente, el Pleno amplió sus alcances al establecer que el derecho a la información –estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad– exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave de las garantías individuales, en términos del artículo 97 constitucional. Finalmente, en fecha más reciente, amplió la comprensión de ese derecho entendiéndolo como garantía individual limitada únicamente por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero.[57]

El intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento configura violación grave de garantías individuales (derecho

[55] *Ibidem*, p. 78.
[56] *Ibidem*, p. 79.
[57] *Ibidem*, p. 79.

a la información), por infringir lo dispuesto en el artículo 6o. constitucional).

El artículo 6o. constitucional, *in fine*, establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que la sociedad sea más enterada, esencial para su progreso. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permiten atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad información manipulada, incompleta o condicionada a intereses de grupos o personas que le vede la posibilidad de conocer la verdad para participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave de las garantías individuales, pues su proceder conlleva a considerar que existe la propensión de incorporar a nuestra vida política lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados.[58]

La violación grave de garantías individuales se actualiza cuando la sociedad no encuentra seguridad material, social, jurídica y política.

Las autoridades del estado de Guerrero, en lugar de afrontar y resolver los violentos acontecimientos suscitados en el Vado de Aguas Blancas, en donde perdieron la vida decenas de campesinos, asumieron una actitud de engaño, maquinación y ocultamiento de la verdad, creando una versión artificial de los hechos con la finalidad de distorsionar la realidad y orientar la responsabilidad de los mismos hacía otros sujetos, violaron gravemente la garantía prevista en el artículo 6o. constitucional.[59]

Comentario. Destaca, por novedosa la interpretación del Tribunal cuando considera que las garantías gravemente violadas en el Vado de Aguas Blancas, Guerrero, no consistieron en la pérdida de vidas de los campesinos acribillados o su derecho a la libre manifestación (los hechos ocurrieron cuando se dirigían a una reunión de índole política),

[58] *Ibidem*, p. 80.
[59] Salgado Ledesma, Eréndira, *op. cit.*, p. 80.

sino los derechos de la sociedad frente al ente estatal, que le imponen a éste la obligación de garantizar su derecho a la información con la finalidad de que pueda tomar decisiones apropiadas.[60]

El ejercicio del derecho a la información se encuentra limitado tanto por los intereses nacionales y de la sociedad, como por los derechos de terceros.

El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6o. constitucional, no es absoluto. Como toda garantía, se halla sujeta a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados. Limitaciones que incluso han dado origen a la figura jurídica del secreto a la información que se conoce como "reserva de información" o "secreto burocrático". En estas condiciones al encontrarse obligado el Estado como sujeto pasivo de la citada garantía a velar por dichos intereses con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede garantizarse indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, según la materia a la que se refiera.[61]

Comentario. Efectivamente, existen normas que restringen el acceso a la información en materias determinadas. Por ejemplo, en torno a la seguridad nacional, a fin de evitar que su conocimiento público genere daño a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva. Por cuanto al interés social, se cuenta con otras que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas. En tanto, por lo que respecta a la protección de la persona, existen algunas más que protegen el derecho a la vida o la privacidad de los gobernados. A manera de ejemplo, para quienes propugnan por la total liberalidad del acceso a la información que manejan las instituciones públicas, el manejo del expediente clínico en sus procedimientos, bajo ningún motivo autoriza su conocimiento por terceras personas para fines diversos de aquellos para los cuales se integró dada lo personalísimo de la información que contiene.[62]

[60] *Ibidem*, p. 80.
[61] *Idem*.
[62] *Ibidem*, p. 81.

3. Derechos laborales

El artículo 24, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del los Trabajadores al Servicio del Estado viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. constitucional.

El artículo 4o. constitucional prevé la igualdad del varón y la mujer ante la ley a fin de evitar discriminaciones por razón de sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de forma genérica establece que los familiares de los trabajadores tienen derecho a recibir asistencia médica en los casos y en la proporción establecidos en la ley. No obstante, dichas prevenciones que disponen como derecho fundamental la igualdad ante la ley y el derecho de los familiares de los trabajadores para disfrutar de atención médica, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a las servicios de salud proporcionados por el Instituto de de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, según se trate de la esposa del trabajador o el esposo de la trabajadora, porque el artículo 24, fracción V, de la ley que lo rige establece que para que el varón como familiar derechohabiente tenga derecho a los servicios inherentes es necesario que sea mayor de cincuenta y cinco años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de la trabajadora. En tanto que la mujer, para obtener los mismos beneficios, sólo requiere demostrar ser esposa o concubina, sin que se le exija ninguna otra condición.[63]

Comentario. Si bien coincido con la decisión del Tribunal, disiento de la decisión plasmada en la ejecutoria, cuando se afirma que tiende a evitar la discriminación en perjuicio del varón como potencial beneficiario, dada que la relación laboral de la trabajadora con el Estado y sus cotizaciones al régimen de seguridad social son los generadores de beneficios en materia de salud para su cónyuge y familiares. Como consecuencia decidí ubicar la resolución en este apartado de derechos de índole laboral. También es de celebrarse la decisión de la titular de la institución pública de salud, la cual, si bien por su carácter de autoridad administrativa no queda obligada a observar las resoluciones del Tribunal, mediante acuerdo determinó

[63] Salgado Ledesma, Eréndira, *op. cit.*, p. 81.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

dejar de aplicar la prevención discriminatoria, de forma inmediata a la resolución que la declaró inconstitucional.[64]

4. Proceso de reformas a la Constitución

La celebración de elecciones al cargo de jefe de gobierno del Distrito Federal no genera la improcedencia del juicio de amparo contra el proceso de reforma constitucional, si subsiste el impedimento del quejoso para contender en futuros procesos electorales.

La Suprema Corte estableció que se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 80, ambos de la Ley de Amparo, cuando existe imposibilidad de lograr los efectos restitutorios propios de la sentencia que eventualmente llegara a conceder el amparo al quejoso. Ahora bien, cuando se impugna el proceso de reforma constitucional con motivo del efecto que produce su contenido, consistente en el impedimento para postularse y registrase como candidato para contender en elecciones al cargo de jefe de gobierno del Distrito Federal (las elecciones tuvieron verificativo el seis de julio de mil novecientos noventa y siete), no produce la actualización de la citada causa de improcedencia, porque como las consecuencias del proceso de reforma son la producción de un ordenamiento de carácter general, al incorporarse al texto de la Carta Magna las adiciones, supresiones y modificaciones, sólo se extinguen cuando el propio órgano, conforme al procedimiento y formalidades previstas pare el caso, dicta otro para derogar o modificar la norma preexistente, es de concluirse que en tanto esto no suceda, subsistirá la imposibilidad para que el quejoso pueda participar en futuras elecciones. Por ello, de otorgársele el amparo, podrá restituírsele en los derechos transgredidos.[65]

Comentario. De este asunto tocó conocer a la Corte, pese a tratarse de un amparo indirecto en revisión, dado que ejerció la facultad de atracción al considerarlo de importancia y trascendencia.

La controversia constitucional es improcedente para impugnar el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal.

[64] *Ibidem*, p. 82.
[65] *Ibidem*, p. 96.

De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución federal, y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a este precepto constitucional, se desprende que la tutela jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (federación, estados, municipios y Distrito Federal), y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivos de sus actos o por disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen la norma fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contemple dentro de los órganos, poderes o entidades que puedan ser parte dentro de una controversia constitucional al órgano reformador de la Constitución previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones de gobierno, además de que se integra por órganos de carácter federal y locales. Y es a éste al que corresponde, en forma exclusiva, por así disponerlo la Constitución federal, acordar las reformas y adiciones a ésta, y de ahí establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno.[66]

El procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal no es susceptible de control jurisdiccional.

Acorde con el artículo 135 de la Constitución federal, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, en las funciones que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las legislaturas estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales, y en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de órgano reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función

[66] Salgado Ledesma, Eréndira, *op. cit.*, p. 97.

soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función se encuentra su propia garantía.[67]

Comentario. Resulta interesante advertir el cambio de criterio del Máximo Tribunal a propósito de este tema trascendental, desde 1999, cuando se resolvió el denominado "amparo Camacho Solís", en el cual se consideró procedente el juicio de constitucionalidad en contra del proceso de reformas a la Constitución, a la revisión del año 2002, cuando resolvió la controversia constitucional 82/2001 interpuesta por el Ayuntamiento de San Pedro Quiatoní, estado de Oaxaca (inherente a la cuestión indígena), en la cual tuvo que dar marcha atrás en su determinación de permitir impugnar los procesos de reformas a la Carta Magna, para "cerrar la caja de pandora", tal vez abierta de forma irreflexiva.[68]

XIV. La interpretación de los principios en el orden constitucional (en busca de los principios)

El "juez constitucional" se identifica con aquel funcionario del Estado que ejerce la jurisdicción que emana de la Constitución, en nuestro medio, podemos identificar a aquellos que conocen de los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, es decir, los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de circuito y los jueces de distrito, de manera respectiva, en la órbita de su estricta competencia. En opinión de Nogueira Alcalá, la tarea del juez constitucional consiste esencialmente en salvaguardar la supremacía de la Constitución, el equilibrio de poderes establecido por la Constitución, la defensa de la dignidad de la persona y la defensa, garantía y promoción de los derechos humanos y los derechos fundamentales, además de contribuir con su acción a la integración con base en los valores y principios democráticos y proteger los derechos de las minorías.[69]

[67] *Ibidem*, p. 97.

[68] *Ibidem*, p. 98.

[69] Nogueira Alcala, Humberto, "La independencia y responsabilidad del juez constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio de 2004, Porrúa, México, p. 88.

De ahí que, si el juez constitucional tiene en sus manos valores tan importantes como la propia dignidad de la persona, y la protección de los derechos humanos, luego, los jueces constitucionales deben ser juristas preparados con amplitud en el tema de los derechos fundamentales.

En la actualidad, una parte importante de la doctrina parece conjuntar el concepto de derechos fundamentales con la noción de los principios constitucionales.

Los derechos fundamentales, según nos comenta Miguel Carbonell, podemos entenderlos de la forma siguiente: "En términos generales a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación".[70] Después, cuando se refiere a las ideas de Luigi Ferrajoli, nos dice que, los derechos fundamentales "son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o de personas con capacidad de obrar".

En este contexto, los derechos fundamentales son precisamente aquella clase de prestaciones a favor de todos los seres humanos, y que esencialmente se dirigen al estado como obligaciones que implican un *no hacer* de la autoridad frente a los individuos, o sea, constituyen un bloque de prerrogativas que el estado debe respetar siempre.

Es justamente aquí donde entroncan los principios del orden constitucional, pues éstos, al ser una *clase especial de derechos* contenidos en la norma suprema a manera de catálogo expreso o implícito, el juez constitucional debe sustraerlos y hacerlos prevalecer indefectiblemente en todos aquellos casos en donde exista una colisión, ya sea entre ellos, es decir, "un principio contra otro principio", o "un principio frente a una regla de derecho".

Según la idea de Robert Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la debida medida

[70] Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2005, p. 11.

de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.[71]

En esta misma dimensión, para Ronald Dworkin, los principios a diferencia de las normas tienen una dimensión que hace falta en éstas: *la dimensión del peso y la importancia.* Cuando los principios se interfieren, quien resuelve debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno.[72]

Para Prieto Sanchís, a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es decir aquellas normas que, incluso eliminados los problemas de imprecisión o vaguedad, no se puede saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas. Esto es lo que se quiere decir cuando se firma que las reglas son cerradas y los principios son abiertos.[73]

En palabras de Riccardo Guastini, la distinción entre normas y principios –recurrente en los discursos de los juristas y, también en el discurso de las fuentes normativas– puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas.

En primer lugar, esa distinción puede ser entendida en sentido fuerte (como una oposición): los principios no son normas, son algo distinto de las normas.

En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en sentido débil: los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas.[74]

En opinión de Rodolfo Luís Vigo, el "principio" supone recurrir a un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias: así, por ejemplo, si pensamos en el "principio de buena fe" advertimos que éste puede ser aplicado a distintas situaciones: las relaciones entre Estados, el campo laboral, el trámite procesal, el cumplimiento

[71] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

[72] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 77.

[73] Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 7, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 52.

[74] Guastini, Ricardo, *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa, 1999, Barcelona, p. 143.

de contratos, y las consecuencias de su violación también pueden ser muy diversas: reparaciones, intimaciones, nulidades.[75]

Asimismo, para Gustavo Zagrebelsky, si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley.[76]

A partir de la opinión de los autores referidos, en la actualidad podemos advertir la existencia de una corriente ius-filosófica que hace una diferencia de carácter sustancial, entre principios y reglas, y en esta dimensión, se identifica que la constitución se conforma esencialmente por principios, y éstos, esencialmente se asemejan con un derecho fundamental.

La ubicación sobre la existencia de ciertos principios del orden constitucional, desde luego, distintos al concepto de las "normas entendidas como reglas", hace pensar que para su interpretación son poco eficaces los métodos tradicionales, tales como, el lógico, auténtico, gramatical, sistemático, histórico, etcétera, pues tales modelos son utilitarios para el rango de disposiciones de la legislación secundaria, pero no cuando hablamos de la constitución, cuya norma se erige como la más "notable" dentro del sistema. Así, pues, para interpretar los derechos fundamentales, entendidos como principios, la formula adecuada es *la ponderación*.

La ponderación significa hacer una especie de "balanceo" entre los derechos en juego, y decidir para el caso concreto, cuál de ellos reviste un mayor peso para la toma de decisión.

Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo.[77]

La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales, en el derecho constitucional alemán, la

[75] Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 4.

[76] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Ed. Trotta, 5a. ed., 2003, p. 110.

[77] Andrés Ibáñez Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 1.

ponderación forma parte de un principio más amplio el principio de proporcionalidad *VerhältnismäBigkeitsgrundsatz)*.[78]

Así, pues, al utilizarse la técnica interpretativa de la ponderación, la labor del juez constitucional se dirige a realizar un balanceo o sobrepeso de los derechos para decidir cuál de ellos vale más para el caso concreto sujeto a su jurisdicción.

En este mismo contexto, según nos explica Carlos Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.[79] En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.[80]

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.[81]

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así, por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa, comprende *prima facie*, el derecho a hacer y omitir lo que se quiera, incluso el derecho

[78] *Ibidem*, pp. 1 y 2.

[79] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a. ed., Madrid, 2007, p. 41.

[80] *Ibidem*, p. 41.

[81] Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 133.

a perpetrar un homicidio.[82] Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de libertad.[83]

El principio de proporcionalidad, se forma a su vez, por tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.[84]

Así, pues, si nos hemos referido a que una de las formas más eficaces de interpretar los principios constitucionales, es la ponderación, parece que esta fórmula queda inmersa dentro del principio de proporcionalidad, o sea, la ponderación vendría ser la última de las fases en el proceso interpretativo del principio de proporcionalidad.

Sobre ello, también el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, señala lo siguiente:[85]

> GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

Sin embargo, una importante labor interpretativa de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, "que ya ha comenzado" es que al

[82] Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

[83] *Ibidem*, p. 134.

[84] Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, Madrid, 2004, p. 38.

[85] La jurisprudencia puede ser consultada en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, diciembre de 2007. Tesis P./J. 130/2007, p. 8, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 170 740.

resolver conflictos donde esté inmerso un derecho fundamental, por ejemplo, aquellos asuntos en donde la decisión impacta directamente sobre derechos tales como, la vida, la libertad en cualesquiera de sus variantes, el derecho a la intimidad, la no discriminación, la igualdad, la supremacía constitucional, el régimen democrático, etcétera, es inconcuso deben incorporarse en las sentencias los argumentos de principio, bajo el esquema del "balanceo o sobrepeso".

Asimismo, sería magnífico que nuestra Suprema Corte, en su papel de Tribunal Constitucional, como garante de derechos fundamentales no sólo difunda por medios electrónicos las "síntesis de sus resoluciones", sino también la creación de una publicación especial (distinta al *Semanario Judicial de la Federación*, el cual es el medio oficial, como antaño) dedicada a explicar en términos sencillos y claros el contenido de una sentencia tuteladora de derechos fundamentales, con la finalidad de que exista una mayor difusión. No tengo duda que ello provocaría una posibilidad más de que los fallos se conozcan por un número más amplio de los miembros de la sociedad.

XV. Conclusiones

Primera. La interpretación obligatoria en nuestro país por disposición del artículo 94 de la Constitución, la constituye la jurisprudencia, esto es, la ley es quien fija los términos de ser obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y los tratados internacionales.

Segunda. Los órganos encargados de emitir la jurisprudencia en nuestro medio jurídico son especialmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el Tribunal Electoral, y los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyas decisiones contenidas en cinco resoluciones ininterrumpidas por otra en contrario, constituyen jurisprudencia, a excepción del Tribunal Electoral, el cual se rige por otro parámetro.

Tercera. En nuestro medio jurídico, únicamente existen tres criterios para la formación de la jurisprudencia de manera tradicional, los cuales son: por reiteración, por contradicción y por unificación de criterios en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Cuarta. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha sufrido cambios de manera paulatina; en este contexto, ha emitido criterios con tendencia a separarse del modelo decimonónico, esto es, a abandonar la postura del silogismo judicial para abrigar la causa de pedir.

Quinta. Una labor pendiente en la jurisprudencia mexicana, y particularmente en la interpretación de los órganos encargados de hacer la interpretación constitucional, es tomar en cuenta la existencia de principios dentro de nuestra Constitución, y para la solución de estos conflictos jurídicos entre derechos fundamentales resulta de mucha utilidad privilegiar la fórmula de la ponderación de principios o derechos fundamentales sobre los restantes métodos tradicionales.

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL: ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA SEGURIDAD JURÍDICA?

Pablo HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA

SUMARIO: I. *Unidad de todo el ordenamiento jurídico*. II. *La autonomía* relativa *del derecho penal*. III. *Dependencia de otras ramas del derecho, no; armonía entre las ramas, sí*. IV. *¿Subsidiariedad del derecho penal?* V. *Consecuencias de la autonomía del derecho penal*.

I. UNIDAD DE TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico es una unidad[1] y el derecho penal es una rama del derecho más de los que integran el ordenamiento jurídico.[2] Todas las ramas que lo integran se relacionan entre sí en mayor o menor medida;[3] por lo tanto, todas las normas del derecho penal deben de convivir armónicamente con las de los otros sectores.[4] De esta forma debe existir un todo orgánico bajo el imperio de los principios de racionalidad, sistematicidad y unidad; sin perjuicio de que cada

[1] Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 26.

[2] Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, p. 35; Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, p. 27; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 23.

[3] Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, pp. 27, 28; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 26.

[4] Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, p. 18; Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, p. 21; Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39; Morillas Cueva, Lorenzo, *Manual de derecho penal (Parte general). I. Introducción y Ley penal*, p. 30.

sector tenga sus fines propios, y se sirva de conceptos y técnicas de intervención singulares.[5]

Actualmente a nadie le cabe la menor duda: el problema comienza cuando una de las ramas del derecho quiere utilizar conceptos que tienen una connotación precisa en otras ramas y le quiere dar un significado diverso al original; me explico. Cuando una de las ramas del derecho crea sus propios conceptos, esto se ve de forma clara en la interpretación auténtica, no se presenta problema alguno; pero cuando existen términos idénticos en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, el que una de las ramas quiera darle un significado propio sin que esto se pueda obtener de una interpretación auténtica o teleológica, lo único que provoca es un grado de inseguridad jurídica enorme; es entonces cuando nos debemos preguntar, ¿qué hacer entonces? A este problema es al que dedicaré las siguientes líneas, esperando contribuir a la seguridad jurídica en este país. Este problema se conoce en la doctrina penal como la *naturaleza secundaria del derecho penal.*

Antes de entrar en materia es necesario decir que en la literatura jurídica se usan como sinónimos para plantear el tema de la naturaleza secundaria del derecho penal, los términos de naturaleza secundaria, accesoria, subsidiaria, complementaria o meramente sancionadora del derecho penal. A dichos términos se contrapone el de naturaleza autónoma del mismo.[6]

Una vez que se conoce lo que es la unidad del ordenamiento jurídico, se puede entonces hablar de un principio que diría: Un mismo hecho no puede ser a un tiempo conforme y contrario a derecho.[7]

Lo anterior significa que lo aprobado en normas de derecho civil, no puede ser desaprobado en norma penales; un hecho considerado ajustado a derecho en un sector del ordenamiento no puede ser considerado opuesto a derecho, antijurídico, en otro.[8]

[5] Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, p. 76, García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 23; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 107.

[6] Landecho, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 76.

[7] Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34; Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39. También podría ser expresado como: "sobre un mismo sustrato no puede edificarse una valoración jurídica positiva y otra negativa".

[8] Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39. Esta regla en varias ocasiones es violada en México, como se puede ver de forma clarísima sobre todo en los delitos sexuales o en los delitos en los que el sujeto pasivo es menor de edad. En efecto, en México la legislación civil –Código Civil para el Distrito Federal– en su artículo 148, establece que los menores de 18 años de edad podrán contraer matrimonio siempre que hayan cumplido 16 años. Pero esto no para ahí, en el mismo artículo después establece que también las personas que tengan 14 años podrán contraer matrimonio siempre que la mujer esté embarazada y siempre y cuando el padre o la madre den su aprobación. Sin embargo, en materia penal, el tener relaciones sexuales con una menor de edad, aun con su consentimiento y sin que medie ningún tipo de violencia, puede ser constitutivo del delito de corrupción de menores –artículo 184 del Código Penal para el Distrito Federal–, entre otros delitos. Esto es, un mismo hecho –tener relaciones sexuales con una menor de edad, de entre 14 y 17 años– es conforme a derecho, según la legislación civil, y el mismo hecho –tener relaciones sexuales con una menor de edad, de entre 14 y 17 años– es contrario a derecho, según la legislación penal.

Lo mencionado en el párrafo anterior permite que se puedan realizar dos afirmaciones: primera, la contradicción del derecho ha de valorarse de forma global y, segunda, el derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, desempeña el papel de *última ratio*, de último recurso.[9]

Lo que es contrario a derecho según una rama del ordenamiento jurídico es contrario a éste en su conjunto, aunque sólo genere consecuencias directas e inmediatas en aquella rama; aunado a lo anterior, al derecho penal le corresponde intervenir en última instancia, cuando las medidas previstas en el resto de los derechos resultan insuficientes, sólo por hechos que pasan los límites tolerables y admisibles para una convivencia mínimamente ordenada, y que si no fueran reprimidos harían esta convivencia imposible.[10]

II. La autonomía *relativa* del derecho penal

De lo expuesto hasta ahora se puede decir que la unidad del ordenamiento sólo admite la autonomía relativa de los distintos ordenamientos que lo integran; esto es, una autonomía relativa eso es lo que sucede, o debería de suceder, en el derecho penal.

El derecho penal es autónomo, tanto en la delimitación de sus presupuestos, como en el establecimiento de sus sanciones.[11] Esto

[9] Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39.

[10] Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 40.

[11] Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, pp. 21 y ss.; Morillas Cueva, Lorenzo, *Manual de derecho penal (Parte general). I.*

es, sin duda se puede hablar de la autonomía del derecho penal, pero ésta será limitada por la unidad y congruencia del ordenamiento jurídico.[12] Se dice entonces que el derecho penal es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos.[13] Es independiente en sus efectos jurídicos, porque puede aplicar las sanciones y medidas de que dispone sin tomar en cuenta otras ramas del ordenamiento. Es relativamente dependiente en sus presupuestos, porque la facultad punitiva del Estado se encuentra vinculada a todo el ordenamiento jurídico, no pudiendo valorar de forma independiente como injusto lo que en otros sectores del ordenamiento ha sido valorado como lícito.[14]

La discusión acerca del carácter secundario o no del derecho penal, esto es, sobre las relaciones que lo unen con las otras ramas del ordenamiento jurídico, ha sido siempre una cuestión problemática, con consecuencias sobre los criterios determinantes de la legitimidad del recurso al derecho penal y sobre el contenido concreto que ha de darse a los términos empleados por el legislador en las normas penales. La cuestión central, hace algunos años, consistía en determinar si el derecho penal era solamente un derecho sancionador de los preceptos de otras ramas del ordenamiento o si, por el contrario, creaba sus propios preceptos y sólo de éstos dependía su aplicación.[15]

Introducción y Ley penal, p. 30; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 23; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12; Desportes, Frédéric, Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 19.

[12] Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, p. 41. Cuando se dice lo que se dijo *ut supra*, me refiero, como lo hacen los maestros, a que no se podrá considerar penalmente antijurídica la conducta que representa el ejercicio de un derecho reconocido como tal en el orden civil, laboral, etc. Díez Ripollés, José Luis, "La categoría de la antijuricidad en derecho penal", pp. 752, 753, para quien: "La correcta afirmación de que los criterios de selección del injusto penal obedecen a pautas valorativas propias y autónomas del derecho penal, no puede hacer olvidar que éste realiza tal selección a partir de los ilícitos de los otros sectores jurídicos". Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 107.

[13] Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, p. 33.

[14] Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, pp. 33 y ss.; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34.

[15] Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas,

Para dar una respuesta acertada al cuestionamiento anterior, lo primero que hay que decir es que la dependencia del derecho penal con otras ramas del ordenamiento es clara y frecuentísima,[16] ya sea porque hay una referencia expresa al mismo o porque la utilización del derecho penal aparece expresamente condicionada a la existencia de una relación jurídica en otras ramas del ordenamiento.[17] Esto es, no se puede negar que existen ciertos delitos cuya relación con otras ramas del derecho es tan estrecha que no sería posible conocer la descripción típica sin acudir previamente a ellas.[18] Ejemplo de la primera –referencia expresa al mismo– son los denominados Delitos contra la salud.[19] Ejemplo de la segunda –expresamente condicionado– pueden ser las relaciones reguladas por el derecho fiscal que se recogen en los delitos fiscales (artículos 108 y siguientes del Código Fiscal de la Federación), o en los contenidos en la Ley de Amparo (artículos 204 y ss.), etc. Las llamadas cuestiones prejudiciales también son un buen ejemplo de la relativa dependencia del derecho penal respecto a otros ámbitos del ordenamiento en la determinación de los presupuestos de su intervención.[20]

Aunado a los delitos mencionados en el párrafo anterior, existe un número de supuestos relativamente elevado en los que se emplean

Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 11.

[16] Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, p. 13; Rodríguez Ramos, Luis, *Compendio de derecho penal. Parte general*, p. 46, para quien: "Debe en cambio achacársele secundariedad (dependencia, heteronomía, falta de plenitud) en su parte especial, particularmente en el ámbito del llamado derecho penal económico, porque en la protección de los bienes jurídicos y en la descripción de las conductas delictivas carece de autosuficiencia, necesitando la ayuda de normas no penales sitas en otros sectores del ordenamiento jurídico".

[17] Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, p. 18. En este sentido en España, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 13.

[18] Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, p. 75.

[19] Respecto de éstos el artículo 193, CPF, establece de forma clarísima: "Para los efectos de este Capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias, previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248, de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública".

[20] Véase sobre este punto, en México, Hernández-Romo Valencia, Pablo, "La suspensión de los procedimientos por delitos cometidos en ellos", pp. 99 y ss. En idéntico sentido en España, Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, p. 13; Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, pp. 75, 76.

conceptos que poseen un significado preciso en otras ramas del ordenamiento jurídico; por lo que el problema se presenta en los términos de entender si el significado es el mismo o no que en la correspondiente rama del ordenamiento jurídico. El ejemplo clásico lo constituye la definición de robo, del artículo 367 del Código Penal Federal (CPF), en el que se castiga *el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley*. El concepto de *mueble* tiene un significado concreto en la legislación civil y a pesar de ello se puede ver en el CPF que dicho término posee un significado propio. No cabe duda, que para efectos penales el concepto de *mueble* tiene que ser una cosa susceptible de ser movilizada. También el concepto de *simulación*, que tiene una connotación precisa en el ordenamiento civil y en el penal no hay una postura sólida de qué significado debe de tener.

En México era común escuchar que para efectos de poder conocer a fondo el derecho penal era indispensable remitirse al derecho civil. Pues bien, en ese camino de librar al derecho penal de los influjos civiles, los penalistas elaboramos conceptos propios, exclusivamente penales, sobre parentesco, afinidad, posesión, etc.[21] A lo antes mencionado, considero que es necesario recordar lo que decía Jiménez de Asúa: "Hemos olvidado en demasía los hombres de leyes la unidad de nuestra ciencia y, preocupados por la especialidad, hemos ido insensiblemente dando un sentido propio a conceptos e instituciones que deben ser comunes a todo el ordenamiento del derecho. Así acontece que el *ius-penalista* pretende tener una noción propia de la causalidad, de la ilicitud, de la culpabilidad, del dolo, del domicilio, cuando en verdad se trata de conceptos comunes a todas las ramas legales".[22] "Cierto que nuestro derecho, por su característica sanción reclama principios limitativos tales como el de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene sus bases filosóficas y hasta científicas. Pero no es menos exacto que nos debemos esforzar en construir una teoría general para que, cuando hable un penalista de dolo, de culpa o de domicilio, coincida con las concepciones que sobre la materia tiene el privatista o el cultivador del derecho público".[23] En pocas

[21] Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, p. 198.
[22] *Ibidem*, p. 199.
[23] *Ibidem*, p. 199.

palabras, aun cuando el penalista haya creado conceptos únicos para su rama, es necesario buscar que en la medida de lo posible exista unidad jurídica, ya que de lo contrario la inseguridad jurídica será enorme.

III. Dependencia de otras ramas del derecho, no; armonía entre las ramas, sí

La autonomía del derecho penal se cuestiona argumentando que suele existir un correlato incuestionable entre los preceptos penales y otros de naturaleza no penal –civiles, administrativos, etc.–, de forma que para fijar sus presupuestos la intervención del derecho penal sería tributaria de aquellos sectores del ordenamiento jurídico, de sus conceptos, de sus valoraciones.[24] En opinión de un sector de la doctrina, las relaciones del derecho penal son más estrechas con aquellas ramas jurídicas que, como él, pertenecen al derecho público.[25] No obstante lo anterior, es un hecho probado que la ley penal estatuye a veces imperativos que no aparecen consagrados en ninguna otra rama jurídica,[26] como son los delitos sexuales.

Para quienes mantienen la prioridad de las normas extrapenales sobre las penales, es necesario recordar que, desde el punto de vista histórico, éstas precedieron sin duda a aquéllas;[27] por lo tanto, no puede depender de él.[28] Esto es, el derecho penal constituye la forma

[24] García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 25. Carrara, quien hace ya varios años criticaba la postura esgrimida por Rousseau, decía: "Erraba también en este punto Rousseau, cuando con una de sus brillantes frases decía que el derecho penal no era una ley autónoma, sino la sanción de todas las demás. Con esta fórmula se reduce la tarea del derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición, que es, con todo, parte integrante de él; con esta fórmula se entrega el derecho penal al arbitrio de lo indefinido, y se hace imposible construirlo como verdadera ciencia y unificar su principio moderador". Véase Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, p. 23; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 11.
[25] Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 27; Stefani, Gaston, Levasseur, Georges, Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, p. 30.
[26] Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36; Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, p. 59; Contento, Gaetano, *Corso di diritto penale*, p. 14; Marini, Giuliano, *Lineamenti del sistema penale*, p. 32.
[27] García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 26.
[28] Landecho, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 76.

históricamente más antigua de aparición del derecho, y hasta la fecha regula de manera autónoma y sin recurrir a conceptos y funciones de otras ramas jurídicas.[29]

Aunado a lo anterior hay que decir que no es cierto que toda norma penal tenga su necesario y preciso correlato en normas de naturaleza no penal; ni que se produzca en nuestro ordenamiento jurídico sistemáticamente un fenómeno de coincidencia, superposición o interferencia de tutelas (penal y extrapenal), sea de forma total o parcial.[30] En estos casos, es obvio que el derecho penal cumple con plena autonomía una función valorativa y no meramente sancionadora. No se limita a sancionar o reforzar un orden jurídico lógicamente preexistente, sino que crea dicho orden.[31] Por lo que se afirma la libertad del legislador penal a la hora de seleccionar las conductas delictivas e imponer una consecuencia; es claro que puede, y frecuentemente lo hará, el tomar conceptos que proceden de otras ramas.[32] Para verificar la supuesta dependencia del derecho penal es necesario preguntarse si toda Ley penal tiene una norma extrapenal correlativa. Esto es, si suprimido mentalmente el Código Penal, las conductas que en él se castigan, seguirían encontrando sanción extrapenal. De cualquier forma, incluso cuando actúa como derecho sancionador, el derecho penal tiene carácter autónomo.[33]

La intervención penal siempre es selectiva, aun cuando se proyecta en relaciones jurídicas preexistentes que cuentan ya con una valoración primaria extrapenal. Esto es, el derecho penal selecciona, valora, con criterios propios y técnicas privativas del mismo para conseguir los objetivos que persigue. No se limita a aceptar las definiciones e imperativos primarios procedentes de otras ramas del derecho ni a imponer una sanción a las conductas que los conculquen. La intervención penal es selectiva, fragmentaria, subsidiaria y se rige por

[29] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46; Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 73.

[30] Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, p. 41.

[31] Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 54; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 26.

[32] Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 47.

[33] Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 72.

principios *sui generis*.[34] Sin embargo, el derecho penal debe asumir también conceptos jurídicos y complejos normativos íntegros provenientes de otros ámbitos jurídicos, para de esa forma orientar su función protectora. Esto se observa de forma clara, sobre todo en el derecho penal especial, en el que los preceptos penales suelen añadirse a la regulación de una determinada materia como disposiciones en blanco.[35]

En pocas palabras, el derecho penal responde a exigencias propias y a finalidades particulares, de las cuales depende exclusivamente la determinación de los hechos que prohíbe u ordena. De lo anterior se deduce indiscutiblemente la autonomía del derecho penal, que, en consecuencia, posee naturaleza constitutiva y primaria, y no meramente complementaria.[36] Desde este punto de vista, el derecho penal es todo, menos secundario.[37]

Independientemente de lo anterior, respecto del derecho constitucional y el penal, es necesario hacer algunas menciones que considero de suma importancia y que veo que en la práctica no todos los funcionarios públicos las entienden. Primero, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), como norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano, exige la acomodación de éste a sus dictados y, por tanto, también la del derecho penal. Esto es, en la CPEUM hay proclamaciones decisivas a las que han de amoldarse las normas penales –artículos 14, 21, entre otros–, preceptos de específica significación penal y principios limitadores del "*ius Puniendi*", por lo que, una norma penal que contradiga abiertamente cualquiera de los principios constitucionales será una norma inconstitucional. Segundo, no puede olvidarse que las normas penales, como todas las que pertenecen al ordenamiento jurídico, deben de ser interpretadas conforme a la CPEUM.[38] En pocas palabras, el derecho penal se subordina a lo dispuesto en el ordenamiento constitucional; pero esto no significa

[34] García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 27.

[35] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46.

[36] Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 54; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36.

[37] Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 25; Camargo Hernández, César, *Introducción al estudio del derecho penal*, p. 19.

[38] En este sentido en España, Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, pp. 40, 41. En México, Haro Goñi, Alfredo, "Posturas contradictorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo tocante a la

que por esta razón el derecho penal sea accesorio y dependiente de los criterios sustantivos de los otros sectores del derecho.[39] Esto es, el legislador penal, dentro de la libertad que tiene para seleccionar las conductas que reputa como delitos, tiene límites, mismos que derivan de la relevancia constitucional y del respeto a las garantías.[40]

IV. ¿Subsidiariedad del derecho penal?

El derecho penal es, por una parte, autónomo y, por otra, subsidiario. Se decía que era subsidiario porque el contenido concreto de lo prohibido le venía dado al derecho penal por otras ramas del ordenamiento jurídico, por aquello que es injusto en otros ámbitos del mismo.

Es importante distinguir que el derecho penal sí es subsidiario, pero no entendido en la forma antes mencionada; esto es, el problema está en el lenguaje, ya que dicho término –subsidiariedad– contiene, para nuestros efectos, dos acepciones.[41] Esto es, es subsidiario porque ha de presuponer la insuficiencia de otros medios para evitar las conductas por él prohibidas. Es de todos conocido que el derecho penal constituye la *última ratio* entre los instrumentos del Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, y esto debería implicar que el derecho penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado, medios que son más complejos y eficaces cuanto mayor es la intervención del Estado en la sociedad.[42]

Por lo tanto, cuando se habla del carácter secundario o subsidiario del derecho penal, actualmente se dice: que en efecto, es secundario o subsidiario, porque el recurso a la pena para proteger intereses

garantía prevista en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción VII –consistente en que sean facilitados todos los datos que se soliciten para la defensa–", p. 72.

[39] Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 72.

[40] Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, p. 47.

[41] En sentido similar, Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 110.

[42] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12. Sobre el principio de *ultima ratio*, véase Gallardo Rosado, Maydelí, Hernández-Romo Valencia, Pablo, Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, pp. 105 y ss.

socialmente relevantes es uno extremo porque el derecho penal sólo interviene en última instancia; pues la privación de la libertad, de la vida incluso, supone una intervención tan profunda en la esfera individual que sólo se debe acudir a ella cuando los bienes jurídicos puestos en peligro sean de la máxima envergadura y otra consecuencia jurídica distinta de la pena no ofrezca garantía de protección.[43] Por lo tanto, será un error hablar de subsidiariedad desde el punto de vista dogmático penal, identificando la subsidiariedad con la "subordinación" del derecho penal respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico.[44]

V. Consecuencias de la autonomía del derecho penal

De la autonomía relativa del derecho penal se desprenden dos consecuencias. La primera, la libertad de acción del legislador para decidir los términos de la intervención penal. La segunda, la necesidad de interpretar los conceptos y elementos valorativos que procedan de otras ramas del derecho de acuerdo con las específicas exigencias penales, sin que el operador jurídico se sienta vinculado por la acepción que tuvieren en el ordenamiento de origen. Esto es, la cuestión debe de ser llevada al plano de la técnica empleada por el legislador, a las formulaciones a las que se ha recurrido para delimitar aquellos comportamientos que se desea evitar. En cualquier caso, no se puede dejar de reconocer que es difícil formular una regla general en un sentido o en otro.[45]

De lo anterior se desprende que lo que procede es indagar cuál es, en cada caso, el sentido que la ley penal les otorga.[46] Esto es, allí donde la ley penal emplea términos procedentes de otras ramas del derecho, el intérprete no queda vinculado por el sentido que revistan en ellas, sino que ha de dilucidar cuál es, en cada caso, el que la propia

[43] Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 25.

[44] Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35.

[45] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12.

[46] García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 28.

ley penal les otorga,[47] y esto únicamente se puede hacer a través de la interpretación teleológica.

Ninguna rama jurídica le establece al derecho penal qué es lo que debe de sancionar, cómo lo debe de sancionar y cuáles conceptos debe emplear. En esto el derecho penal tiene plena independencia.[48] Un ejemplo de esto es la definición de servidor público, que no tiene nada que ver con la del derecho administrativo.[49] Maneja el concepto de cosa mueble que le parece conveniente y no el del derecho civil.

De lo anterior es posible entonces decir que la autonomía del derecho penal puede provenir de la ley o de las decisiones del poder judicial.[50] Tan es así, que respecto del poder judicial no siempre es necesario para que éste pueda aplicar una pena que exista previamente la valoración de otro juez –no penal– o autoridad administrativa, lo que hace que se vea de forma clara, que es indiferente que la sanción penal esté precedida o no de otro tipo de sanciones.[51] Surge entonces la duda, si el legislador en múltiples ocasiones dice qué significado, para efectos penales, tendrá uno u otro término, o a qué o a dónde debemos remitirnos para conocer el contenido del tipo, qué sucederá si esto no se dice en un tipo penal, esto es, cómo sabrá el ciudadano qué significado darle a las palabras. Me explico. Desde mi punto de vista no cabe la menor duda de que el derecho penal es autónomo, tan es así que en varias ocasiones éste crea sus propios conceptos o le informa al ciudadano que para conocer un tipo penal es necesario que

[47] Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 41, 42; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, pp. 12, 13; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 108; Conte, Philippe, Maistre du Chambon, Patrick, *Droit pénal général*, p. 15.

[48] Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 26; Camargo Hernández, César, *Introducción al estudio del derecho penal*, p. 27; Landecho, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 77.

[49] *Cfr.* Artículo 212, CPF. En el mismo sentido, en Francia, Desportes, Frédéric, Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 20.

[50] Stefani, Gaston, Levasseur, Georges, Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, p. 30; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 35, para quien: "...por la independencia que en la interpretación desarrolla el juez penal, quien no siempre otorga a los términos recibidos de otros sectores del ordenamiento jurídico la significación que allí se les da, sino que los interpreta según su sentido usual –el que tienen en la vida real. Que es el del derecho penal".

[51] Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35.

se remita a otra ley –misma que dice el legislador–; sin embargo, en no pocas ocasiones existen términos que están perfectamente acuñados en otras ramas del ordenamiento jurídico y que el intérprete –quien sea– afirma –la mayoría de la veces sin interpretación alguna– que debido a la autonomía del derecho penal, éste le puede dar el significado que considere apropiado, ya que de esa forma se acaban las lagunas de punibilidad. Es entonces cuando surgen las cuestiones: ¿de dónde saca esto el penalista? ¿Qué poder o facultad tiene éste para decir eso? ¿Esa forma de actuar no deja a cualquier persona en estado de indefensión?

Considero que el penalista que actué así, está en muchas ocasiones creando una norma, no interpretándola. Para poder afirmar lo que el penalista afirma, primero deberá explicar, a través de la interpretación teleológica, que lo que él está afirmando era la voluntad del legislador, y como es de todos sabido, por lo menos en este país, difícilmente se sabrá cuál era la voluntad del legislador, toda vez que el poder legislativo en poquísimas ocasiones explica o dice en qué sentido utiliza uno u otro término. Considero que un ejemplo ayudará a comprender mejor lo que estoy diciendo. El Código Penal del Estado de México en su artículo 242, en la fracción III establece:

> El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:
> III. Al responsable de homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.

Pues bien, cualquier persona pensaría que para conocer estas calidades específicas, toda vez que éstas están dadas por el derecho civil, lo lógico sería acudir al ordenamiento civil para saber cuál es su significado. Si así fuera, bastaría remitirnos al Código Civil del Estado de México y en éste se observa que el artículo 4.403 reza:

> Se considera concubinato la relación de hecho que tienen un hombre y una mujer, que sin estar casados y sin impedimentos legales para contraer matrimonio, viven juntos, haciendo una vida en común por un periodo mínimo de un año; no se requerirá para la existencia del concubinato el periodo antes

señalado, cuando reunidos los demás requisitos, se hayan procreado hijos en común.

Sin embargo, so pretexto de la autonomía del derecho penal, el poder judicial federal en varias ocasiones, aclamando ésta, emite resoluciones que no se pueden desprender de una interpretación jurídica; a mi parecer, algunas resoluciones lo que traspiran es una violación tremenda al principio de legalidad penal. En concreto me refiero a la siguiente tesis:

> Registro No. 180629. Localización: novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, septiembre de 2004, p. 1766. Tesis: II.1o.P.132 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.
>
> HOMICIDIO AGRAVADO. CONCEPTO DE CONCUBINATO EN MATERIA PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).
>
> El artículo 242, fracción III, del Código Penal vigente en el Estado de México establece como agravante del delito de homicidio, la circunstancia de que la ofendida sea concubina del activo del delito, es decir, en materia penal se considera que el concubinato es la unión libre de mayor o menor duración para que cohabiten dos personas, esto es, la simple decisión de ambos de vivir juntos no ligados por un vínculo matrimonial y sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio; conceptualización que es diversa a la contemplada por el Código Civil del Estado de México, en la que para que se actualice el concubinato se requiere su permanencia por tres años, lapso que es exigible para el efecto de adquirir derechos de alimentos y herencia de los concubinos; en esa virtud, si en autos quedó acreditado que el quejoso y la ofendida vivieron juntos, como si fueran matrimonio, es indudable que se actualiza la agravante en comento, sin que obste el tiempo que duró la cohabitación entre dichas partes, por no exigirlo la legislación penal.
>
> PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 92/2004. 21 de junio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretaria: Gabriela Bravo Hernández.

Lo primero que llama la atención de la resolución transcrita es que la autoridad judicial nunca dice de dónde saca que, para efectos penales, el término "concubina" tendrá otro significado diverso del civil. Esto llama la atención porque cuando el legislador ha querido dar un significado preciso así lo ha hecho, por ejemplo, en el artículo

218 que prevé el delito de maltrato familiar, es el legislador quien define lo que debe de entenderse por "núcleo familiar"; también en el artículo 236, en donde el legislador definió lo que para él era una "lesión"; las definiciones que da premeditación, ventaja, alevosía y traición, previstas éstas en el artículo 245; todos estos preceptos del Código Penal para el Estado de México. Es necesario decir que esto mismo sucede en los diversos estados de la República Mexicana, así como en materia penal federal. Lo que quiero decir con esto, es que cuando el legislador ha querido establecer una definición distinta a la que existe en otros ordenamientos así lo ha hecho, por lo que utilizar el pretexto de la autonomía del derecho penal para agravar una conducta que no está expresamente agravada viola el principio de legalidad y deja a cualquier persona en estado de inseguridad jurídica,[52] al no saber cuál es la definición de algunos términos; máxime que varios de éstos tienen un correlativo en otros ordenamientos.

Ahora bien, desde que se admite, como no puede ser de otra forma, un especial proceso de tipificación que corre a cargo exclusivamente de la ley penal, se está reconociendo una autónoma valoración llevada a cabo por el derecho penal que es, el que decide la aplicación de sus específicos efectos.[53] Sin embargo, esto no significa que cuando no existe una interpretación auténtica el intérprete puede hacer lo que le venga en gana.

Desde mi punto de vista, en caso de que no se pueda conocer por la interpretación auténtica o teleológica que una palabra tiene diverso significado en penal que en los otros ordenamientos, se debe de entender que el legislador utilizó el mismo lenguaje; toda vez que la unidad del ordenamiento jurídico tiene prevalencia. Sin embargo, toda vez que las normas penales deben de ser comprensibles para cualquier ciudadano, el que sean elementos normativos, hará que sea más difícil que el pueblo conozca el alcance y significado de las palabras. No obstante lo anterior, atendiendo a la unidad del ordenamiento jurídico, considero que habrá que darle el mismo significado a los términos que provienen de otros ordenamientos, a fin de que exista sistematicidad y racionalidad en el ordenamiento jurídico.

[52] En sentido similar, Desportes, Frédéric, Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 20.

[53] Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36.

En resumen se puede decir, que el recurso al derecho penal debe ser subsidiario de la utilización de los restantes medios de que dispone el Estado, pero, en el contenido de los preceptos no puede formularse una regla general de dependencia o independencia del derecho penal.[54] Esto es, la dependencia del derecho penal frente a otras ramas jurídicas y su elaboración conceptual no puede ser una regla general, sino que responde a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, en cualquier supuesto los conceptos jurídico-penales deben orientarse por los fines protectores de la respectiva proposición del derecho penal,[55] sin que lo anterior signifique que el intérprete pueda hacer lo que le venga en gana; siempre deberá de explicar cuál método de interpretación utilizó para llegar a la conclusión. De lo contrario se estará creando una norma, pero no interpretando; lo primero está prohibido en derecho penal, lo segundo es indispensable en la misma materia. Por lo que hace a la autoridad –la que sea– si no funda y motiva cómo es que llega a su conclusión –esto es si tiene o no el mismo significado– dicha resolución será carente de fundamentación y motivación y, por lo tanto, será violatoria del artículo 16 constitucional.

[54] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecasas, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 13.

[55] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN UNA SOCIEDAD MULTILINGÜE

¿SUJETA A INTERPRETACIÓN O PERDIDA EN LA TRADUCCIÓN?

Steven M. KAHANER*
(Traducción de Javier F. Becerra)

El uso adecuado de intérpretes puede ayudar a proteger los derechos de aquellas personas que tienen escaso dominio del idioma inglés, así como facilitar la equitativa y eficiente administración de justicia.

El juez: ¿Hay alguien aquí que hable inglés mejor que usted?
Desconocido: Yo, Su Señoría.
El juez: Entonces, ¿por qué no se acerca? ¿Está usted también acusado de algo o es sólo su amigo?
Desconocido: (No se le escucha).
El juez: Bien, acérquese por favor. Me parece que él debería declararse "no culpable", ya que debe entender que puede ir a la cárcel por muchos años.
Desconocido: Dice que es culpable.[1]

El número de personas que en los Estados Unidos sobrepasa los cinco años de edad y que no domina el idioma inglés se ha incrementado en forma importante, de 14 millones en 1990[2] a 24.5 millones en

* Artículo originalmente publicado por el autor, en idioma inglés, en la revista *Judicature*, vol. 92, núm. 5, marzo-abril de 2009.

[1] Ohio v. Fonseca, 124 Ohio App. 3d 231, 705 N. E. 2d 1278 (Ohio Ct. App. 1997).

[2] http://www2.census.gov/prod2/decennial/documents/1990/CPH-I.-133.pdf.

2007,[3] un increíble aumento del 175%. A pesar de que el español es el idioma extranjero que con mayor frecuencia se habla en el país, hay más de 300 idiomas distintos o "familias de idiomas" que se utilizan en los Estados Unidos.[4] Estas estadísticas destacan el reto cada vez mayor que deben enfrentar los tribunales tanto federales como estatales para permitir que todos tengan acceso a la justicia –incluyendo a aquellas personas cuyo idioma materno no es el inglés y que tienen limitaciones para leer, hablar, escribir o entender esa lengua (muchas veces conocidos como "personas que no dominan el inglés" o personas "LEP", por las siglas en inglés de la frase "*limited English proficient*")–. Solamente en los tribunales federales, los casos en que se requieren los servicios de un intérprete (que se calculan sobre la base de un intérprete, en un juicio y en una fecha en particular) se han incrementado gradualmente en la última década, pasando de aproximadamente 100 000 en 1996 a 232 457 (en 113 diferentes idiomas) en los doce meses que terminaron el 30 septiembre de 2007.

Las barreras idiomáticas y culturales pueden ser un obstáculo para que los acusados participen en forma efectiva en los juicios orales a que están sujetos, lo que lleva, a su vez, a que se malinterpreten las declaraciones de los testigos ante jueces y jurados durante los procedimientos, a que personas que pertenecen a minorías étnicas teman acudir a los tribunales para resolver sus controversias y a que amplios sectores de la población queden excluidos de los grupos de personas entre los que se seleccionan a los jurados.[5] Por tanto, la falta de un número suficiente de intérpretes calificados para desempeñar su labor ante los tribunales, representa una amenaza importante para una administración de justicia eficiente, imparcial y equitativa.[6] La tarea de identificar, entrenar y supervisar a intérpretes confiables en

[3] http:/factfinder.census.gov/servlet/ADPTable?_bm=y&-US&-geo_id=010000ds_name=ACS_2007_IYR_G00_&_lang=en&-_caller=geose-lect&-format=.

[4] http:/nvtc.gov/lotw/months/november/USlanguages.html.

[5] *Ver* V. Jaksic, "Future Jurors May Need Interpreters: As Diversity Grows, Courts Weigh A Complex Option", *National Law Journal*, 6 de agosto de 2007 (en el que se discute la creciente presión sobre los tribunales para que proporcionen intérpretes a miembros de jurados que no dominan el idioma inglés).

[6] Ver, en general, M. Jullian, "Courts Need More Interpreters; Immigrant Cases Spike U.S. Demand", *USA Today*, 19 de noviembre de 2008, en 3A; P. Aronson, "Subject to Interpretation: Many State Courts Face A Shortage of Interpreters", *National Law Journal*, 22 de marzo de 2004, p. 1.

una amplia variedad de idiomas, también representa un problema administrativo de importancia para la judicatura.

El uso adecuado de intérpretes puede ayudar a proteger los derechos de las personas que no dominan el idioma inglés y a facilitar la equitativa y eficiente administración de justicia. Solamente con una correcta tarea de interpretación podrán esas personas entender lo que dice el juez, el abogado de la contraparte y su propio abogado, así como las declaraciones de los testigos y colaborar con su propia defensa. La labor del intérprete también permite que los jueces, jurados y abogados entiendan el testimonio de los acusados, testigos y otras personas. Asimismo, los intérpretes hacen posible que el estenógrafo del tribunal haga constar con fidelidad, en idioma inglés, lo que se dice en las diligencias.

DERECHO A UN INTÉRPRETE

A pesar de que el derecho de contar con la presencia de un intérprete no está garantizado en forma específica en la Constitución de los Estados Unidos, éste ha sido reconocido en resoluciones dictadas por los tribunales al interpretar la Sexta Enmienda Constitucional, que prevé el derecho del acusado a confrontar a los testigos que le son adversos y participar en su propia defensa,[7] incluyendo el derecho de contar con la ayuda efectiva de un abogado; también ese derecho ha sido reconocido con base en el principio fundamental de justicia inherente a la garantía de audiencia prevista en la Quinta Enmienda Constitucional, aplicada a los estados a través de la Décima Cuarta Enmienda Constitucional. Algunas constituciones locales (por ejemplo, las de California y Nuevo México) también reconocen el derecho que tienen las personas que no dominan el idioma inglés, a contar con la presencia de un intérprete en asuntos penales y los tribunales estatales han reconocido una gran variedad de fuentes de derecho constitucional federal que apoyan ese derecho.

La Ley de Intérpretes Judiciales de 1978 *(The Court Interpreters Act of 1978)*, Capítulo 28 del Código Federal de los Estados Unidos Anotado *(United State Code Annotated)*, establece que los tribunales federales deben designar a un intérprete en los asuntos penales y

[7] Ver, por ejemplo, Negron v. New York, 434 F.2d 386, 388 (2o. Cir. 1970).

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

civiles que el gobierno federal entable ante los tribunales federales, lo que se aplica tanto a medios preparatorios a juicio como a los procedimientos que se ventilan ante el gran jurado para determinar si procede o no ejercitar la acción penal en contra del o de los acusados. Otras normas para intérpretes incluyen el reglamento expedido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para instrumentar el Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964 *(The Civil Rights Act of 1964)*, así como el Decreto del Ejecutivo 13166 *(Executive Order 13166),* que ordena que todas las secretarías de estado y dependencias federales, expidan políticas para mejorar el acceso de las personas que no dominan el idioma inglés a aquellos servicios que reciben ayuda económica del gobierno federal.

Además, diversos estados han promulgado leyes y reglas que obligan a designar intérpretes judiciales en asuntos penales, incluyendo procedimientos que se sigan en contra de menores de edad y en algunos asuntos del orden civil (en especial en asuntos familiares, cuando se solicite o se emita una orden de protección, así como en asuntos que involucren actos de violencia en contra de menores de edad, negligencia para con ellos o terminación de la patria potestad, así como procedimientos para internar a alguna persona en un hospital psiquiátrico y asuntos de tutela). Sin embargo, en la mayoría de los asuntos del orden civil, normalmente los tribunales gozan de discreción para determinar si los gastos del intérprete judicial deben de ser pagados por el estado o bien si se debe condenar a alguna de las partes o a ambas, al pago de los mismos.

A pesar de las diversas garantías constitucionales y legales que prevén el nombramiento de intérpretes, diversos estados aún no cuentan con un sistema coherente para proporcionar el servicio de intérpretes o para asegurar que éstos están debidamente calificados. Existen anécdotas, artículos en periódicos y aun estudios patrocinados por los tribunales, que indican que no se respeta suficientemente la garantía de audiencia, ni se otorgan las consideraciones fundamentales de equidad a quienes no dominan el idioma inglés cuando intervienen en asuntos judiciales.

Por ejemplo, muchas veces esas personas simplemente no están en posibilidad de comunicarse con los secretarios, el personal y los funcionarios de los tribunales. Con frecuencia, los jueces carecen del entrenamiento suficiente para distinguir entre quienes tienen un

conocimiento rudimentario del idioma y aquéllos que ciertamente lo dominan. Se permite la participación de intérpretes en diligencias ante los tribunales, sin que hayan demostrado tener los conocimientos necesarios para ello y algunos tribunales permiten en forma rutinaria que actúen como intérpretes quienes no están capacitados ni son profesionales, incluyendo parientes y amigos.[8] Los tribunales aceptan conocer asuntos en los que participan personas que no dominan el idioma inglés, incluyendo acusados en asuntos penales, sin la presencia de intérpretes calificados o, en algunos casos, sin ningún tipo de intérprete. Algunos estados carecen de sistemas para capacitar a jueces, funcionarios o abogados en los problemas inherentes al uso de intérpretes. La falta de intérpretes calificados también causa retrasos sustanciales e interfiere en los procedimientos, lo que en algunos casos ha dado lugar a que, en la apelación, se dejen sin efecto las resoluciones dictadas en esos asuntos.[9]

En *Negron v. New York*, 434 F.2d 386 (2o. Cir. 1970), que es uno de los ejemplos mencionados con mayor frecuencia, el tribunal revocó una sentencia por homicidio que se había dictado en contra del acusado, con base en la ausencia del intérprete. El tribunal insistió en que había algo más importante que el derecho del acusado consignado en la Sexta Enmienda Constitucional, de confrontar a los testigos que lo acusaban: "Consideraciones de equidad, la integridad del proceso tendiente a establecer la veracidad de los hechos y

[8] En un asunto en el estado de Oregon, el juez que conocía un juicio sobre violencia conyugal aparentemente dio instrucciones a la esposa maltratada para que realizara la traducción oral de las declaraciones del marido, quien estaba acusado de esos actos de violencia (L. Taylor, "Rights to Accurate Legal Translations Evolving; Attorneys, Some Judges Say Poor Interpretations Botch Convictions", *Lexington Herald-Leader*, 22 de abril de 2002, en A1; Aronson, *supra* n. 6 (en que se discutió el permitir que un acusado de tráfico de drogas llevara a cabo la traducción oral de las declaraciones de otros acusados, así como la utilización como intérpretes judiciales de personas que iban desde "ministros del culto religioso que hablaban español, hasta el maestro de español de la secundaria local y el propietario de un restaurante local de comida mexicana"; se destacó allí que el doble papel del abogado defensor, a quien también se obliga a actuar como intérprete de su cliente, viola el Código de Responsabilidad Profesional); L. Feldman, "Society Increasingly Multilingual; LA Courtrooms: Judge, Jury – and Interpreter"; *Los Angeles Times*, 5 de mayo de 1985, p. 1 (en que se discutió el hecho de que el tribunal utilizara como intérpretes a "actrices, decoradores de interiores, químicos, estudiantes de derecho y amas de casa").

[9] Ver, por ejemplo, V. Benmaman, "Interpreters Issues on Appeal", IX Proteus (Fall 2000); L. Davis, M. McKell, J. Oldroyd, B. Steed, "The Changing Face of Justice: A Survey of Recent Cases Involving Courtroom Interpretation", 7 *Harv. Latino L. Rev.* 1 (2004).

la esencia de nuestro sistema acusatorio de justicia, impiden que el estado sujete a proceso a un acusado que [de hecho] no está presente en su propio juicio oral".[10] Como lo hizo notar el tribunal en el asunto *United Stated v. Carreon*, 488 F.2d 12 (1o. Cir. 1973), en asuntos del orden penal "[e]l derecho de contar con la presencia de un intérprete descansa fundamentalmente... en la noción de que ningún acusado debe enfrentar el espectro kafkiano de un ritual incompresible que puede dar lugar a un castigo".

Los tribunales de primera instancia gozan de facultades discrecionales muy amplias para designar intérpretes y determinar su capacidad. Es difícil encontrar apelaciones que se basen en problemas de interpretación, en especial, porque raramente queda constancia de las comunicaciones hechas en idioma extranjero, para compararlas con las constancias oficiales en idioma inglés de las actuaciones judiciales. Sin embargo, se han dejado sin efectos sentencias dictadas por tribunales de primera instancia cuando los intérpretes designados no hablaban el idioma del acusado[11] o no estaban capacitados o no podían o no querían traducir en forma completa y correcta el testimonio rendido,[12] así como en aquellos casos en que el retraso

[10] Ver Aronson, *supra* n. 6.

[11] Ver, por ejemplo, Aronson *supra* n. 6 (donde se discutió, entre otros conceptos, la resolución dictada en 2003 que dejó sin efecto la sentencia de abuso sexual en contra de un menor, en la que el tribunal de apelación del estado de Colorado determinó que el intérprete iraní que hablaba el idioma farsi y que fue designado por el tribunal hablaba un idioma diferente al del acusado, que era originario de Afganistán y hablaba el idioma dari, y que también parecía que el propio intérprete tenía dificultades para entender el idioma inglés).

[12] Ver, por ejemplo, Perez-Lastor v. INS, 208 F.3d 773 (9o. Cir. 2000) (que revocó y resolvió para efectos, el rechazo de una demanda de asilo basada en violaciones a la garantía de audiencia, debido a la interpretación inadecuada durante la audiencia de deportación, refiriéndose a la "falta de dominio fluido del idioma inglés y la consecuente falta de precisión durante la audiencia") Aronson, *supra* n. 6 (en que se discutió, entre otras cosas, la revocación en 2001 del tribunal de apelación de Kentucky de la sentencia que declaró culpable con agravantes a un inmigrante nacido en Honduras, en el que intérpretes inexpertos habían utilizado palabras erróneas en español, así como palabras que no pertenecen al vocabulario español, confundiendo el significado de oraciones completas y omitiendo traducir largos pasajes del testimonio); United States v. Makham, 2005 WL 3533263 (D. Or. 2005) (que dejó sin efecto el veredicto del jurado en un juicio relacionado con tráfico de drogas, con base en buena parte en los problemas recurrentes de traducción durante la audiencia de pruebas, en la que, refiriéndose al acusado de origen tailandés y a su "escasa aptitud para hablar inglés, su dificultad para entender el inglés y su analfabetismo, tanto en inglés como tailandés, exacerbaron las dificultades del juez, de los abogados y del jurado para comprender su testimonio" y en el que el intérprete interrumpió el testimonio del acusado para "informar al juez que el testimonio y las respuestas a las preguntas que se hicieron al acusado, expresadas en tailandés, eran confusas").

en la designación de intérpretes se consideró violatorio del derecho del acusado a un juicio expedito o de otros derechos.[13] Además, los problemas de interpretación no se limitan a las salas de los tribunales; una interpretación inadecuada en otras etapas del procedimiento puede dar lugar a injusticias.[14]

Por lo menos algunos de estos problemas se han venido corrigiendo, a medida que los estados tratan de modernizar y mejorar las reglas aplicables a la interpretación de idiomas en los tribunales. La mayoría de los estados son ya miembros del Consorcio para la Autorización de Intérpretes Judiciales Estatales (*Consortium for State Court Interpreter Certification)* (lo que se analiza más adelante), mismo que ha elaborado exámenes de conocimientos avanzados para intérpretes judiciales y proporciona asistencia técnica a sus miembros. A nivel federal, el proyecto de la Ley del Programa de Ayuda al Sistema de Intérpretes Judiciales Estatales (*State Court Interpreter Grant Program Act*),[15] cuya finalidad es proporcionar fondos para el mejoramiento de

[13] Ver, por ejemplo, E. Londono, "Md. Judge Dismisses Sex-Abuse Charges; Clerk Is Unable To Find Suitable Translator In Time", *Washington Post*, 22 de julio de 2007, en C5 (donde se mencionó la desestimación de la acción penal por abuso sexual de una niña de 7 años, en un asunto en el que el juez determinó que el derecho del acusado a un juicio expedito había sido violado como resultado del retraso injustificado del tribunal en la búsqueda en todo el país de un intérprete del idioma del acusado, el idioma vai, un idioma tribal que se habla solamente en África Occidental, principalmente en Liberia y Sierra Leona); Aronson, *supra* n. 6 (en que se documentó en 2003, el caso de un acusado hispanoparlante que fue confinado en una cárcel en el norte del estado de Nueva York por más de tres meses "sin posibilidad de hablar en forma coherente con su abogado o entender los cargos por homicidio en un accidente de tránsito que se enderezaron en su contra"; se hizo notar que "[e] n el peor de los casos, las audiencias, los escritos y la presentación de las pruebas llegan a retrasarse, en ocasiones durante meses, mientras los abogados y los tribunales esperan a que aparezcan intérpretes calificados, dejando mientras tanto que los acusados permanezcan en forma indefinida en la cárcel").

[14] Ver, por ejemplo, Aronson, *supra* n. 6 (en que se hizo notar que la policía "muchas veces... utiliza agentes que hablan español para traducir durante los interrogatorios, lo cual supone un conflicto de intereses que puede tener como consecuencia la manipulación de confesiones"); Taylor; *supra* n. 8 (donde se comentó el asunto *Ohio v. Ramírez*, en el que el tribunal de apelación revocó la sentencia de homicidio en contra del acusado, con base en la pésima interpretación de las advertencias *Miranda* por parte de un agente de la policía, que en lugar de traducir "usted tiene derecho a la asesoría de un abogado" dijo "usted tiene una vuelta a la derecha para dar una visa a un abogado"); Ohio v. Ramírez 135 Ohio App. 3d 89, 732 N. E.2d 1065 (Ohio Ct. App. 1999).

[15] S. 207 (110th Cong.) (2008).

programas de intérpretes judiciales en los estados, se ha presentado al Senado en diversas ocasiones y en 2008 fue objeto de informes favorables por parte del Comité de la Judicatura del Senado *(Senate Judiciary Committee),* pero nunca ha sido sometido a votación.

Reglas básicas de interpretación judicial

El intérprete judicial es un intermediario o conducto, cuya participación permite a las personas que no dominan el idioma inglés participar en forma efectiva en un procedimiento judicial; el intérprete transmite el significado de una palabra o grupo de palabras de un idioma de partida a un idioma de llegada. El objetivo del intérprete es transmitir un "equivalente legal" de las comunicaciones habladas, lo que ha sido descrito como la "traducción lingüísticamente correcta y legalmente apropiada de declaraciones habladas o leídas ante el tribunal, de otro idioma al idioma inglés o viceversa".[16] El intérprete debe transmitir, al pie de la letra, la forma y contenido del discurso y no puede editar, resumir, eliminar o añadir nada a las declaraciones originales que se hacen en el idioma de partida. Así, groserías, lenguaje vulgar y expresiones coloquiales, todo debe ser transmitido, conservando el nivel, estilo, tono e intención de quien así se expresa.

A pesar de que debe aplicarse el requisito de que la traducción sea "al pie de la letra", por lo menos parcialmente, porque la versión del intérprete del discurso oral deviene la constancia oficial de las actuaciones, una interpretación verdaderamente al pie de la letra es frecuentemente imposible, ya que muchos términos y frases en el idioma de partida pueden no tener un equivalente exacto o pueden no tener ningún sentido en el idioma de llegada. El intérprete debe, por tanto, decidir entre el requisito de que sea "al pie de la letra" para las constancias judiciales y la necesidad de transmitir un mensaje inteligible en el idioma de llegada. La dicotomía se resuelve trabajando con unidades conceptuales, mismas que deben conservarse sobre la base de "concepto-por-concepto" y no sobre la base de "palabra-por-palabra". Así, como lo señaló el Tribunal Superior de Minnesota en el asunto *Minnesota v. Mitjans,* 408 N.W. 2d 824, 832 (Minn. 1987), la

[16] R. González, V. Vásquez, H. Mikkelson, Fundamentals of Court Interpretation: Theory, Policy and Practice 16 (North Carolina: Carolina Academic Press, 1991).

interpretación "es un arte más que una ciencia y no existe la traducción perfecta de… un testimonio". Hay dos formas principales que se utilizan en la interpretación judicial: *consecutiva* y *simultánea*. En la *interpretación consecutiva*, el intérprete escucha y habla en forma secuencial, después de que quien habla ha concluido la expresión de un pensamiento. Esta forma de interpretación se usa principalmente para la declaración de los testigos y permite al jurado poner toda su atención en el tono de voz, actitud y lenguaje corporal del acusado (aun si los miembros del jurado no pueden hablar el idioma del acusado, pueden, sin embargo, inferir algunas conclusiones como resultado de estos elementos no verbales). La *interpretación simultánea* se realiza en forma paralela a lo que se dice en la sala del tribunal. El intérprete puede sentarse detrás y decirle al oído a quien no domina el idioma inglés lo que se dice, en su propio idioma, o puede utilizar equipo electrónico con audífonos, a través de los cuales esa persona puede escuchar la traducción. Una tercera forma de interpretación, denominada *interpretación resumida*, consiste en parafrasear o resumir las palabras de quien habla y no es adecuada para un procedimiento judicial o para una entrevista entre el abogado y su cliente.

La interpretación debe distinguirse de la *traducción* propiamente dicha. La traducción es el proceso de convertir el texto escrito en un idioma a texto escrito en otro idioma. La interpretación y la traducción implican habilidades muy diversas, lo que significa que un intérprete excelente puede no desempeñarse bien como traductor y viceversa. Por su parte, la *traducción a la vista* es una tarea híbrida en la que el intérprete lee un documento escrito en un idioma y lo traslada oralmente a otro idioma, lo que muchas veces hacen los intérpretes judiciales.

Capacitación de intérpretes

La interpretación judicial es altamente especializada y constituye una forma de interpretación particularmente demandante. Los procedimientos judiciales no solamente implican interacciones en las que se utiliza lenguaje con un alto grado de dificultad (mayor al que se utiliza en conversaciones normales), sino que también requieren conocimientos de la terminología y de los procedimientos legales, así como una percepción del choque cultural que representa para las

partes el enfrentarse a esos procedimientos. El éxito de un intérprete judicial depende de su habilidad para trasladar, en el ambiente del tribunal, las palabras y el estilo de la presentación de quien habla, sin cambiar las expresiones coloquiales o el tono.

Para dominar todas las situaciones, el intérprete debe tener por lo menos las siguientes cualidades: 1) amplios conocimientos tanto del idioma inglés como del idioma extranjero, incluyendo conocimientos de terminología legal, de expresiones idiomáticas y lenguaje vulgar, tanto en el idioma de partida como en el idioma de llegada, así como comprensión de las diferencias regionales en lo que respecta a significados y expresiones idiomáticas; 2) manejo de las tres formas básicas de interpretación (consecutiva, simultánea y traducción a la vista), incluyendo una memoria corta altamente desarrollada que le permita escuchar, entender, memorizar, traducir y hablar al mismo tiempo, así como experiencia para elegir el modo adecuado de interpretación en situaciones especiales que pueden presentarse en el tribunal; y 3) entendimiento de las normas éticas y profesionales y de su aplicación durante las actuaciones judiciales.

La Ley de Intérpretes Judiciales de 1978 *(The Court Interpreters Act of 1978)* y sus reformas de 1988, hicieron obligatorio el aprobar un examen nacional para autorizar a intérpretes calificados a prestar servicios ante los tribunales federales. La Oficina Administrativa de los Tribunales Federales *(Administrative Office of the U.S. Courts)* ha elaborado exámenes para idiomas español, navajo y haitiano-creole, a pesar de que actualmente sólo se utiliza el examen para español. A los intérpretes que aprueban este examen y satisfacen los demás requisitos de esa Oficina se les conoce como intérpretes *autorizados*. El Examen de Autorización de Intérpretes Judiciales a Nivel Federal *(Federal Court Interpreter Certification Examination)* que se presenta ante esa Oficina, se lleva a cabo en dos fases e incluye exámenes escritos y orales, que, entre otros aspectos, evalúan la capacidad del candidato en interpretación simultánea y consecutiva y en traducción a la vista, tal como se practican ante los tribunales federales.

Aparte de los intérpretes autorizados, la Oficina Administrativa utiliza dos categorías adicionales: intérpretes *profesionalmente calificados* e intérpretes *con habilidades lingüísticas*. Se considera que están calificados profesionalmente quienes: 1) han sido previamente contratados como intérpretes en conferencias o seminarios,

por cualquier dependencia federal de los Estados Unidos o por las Naciones Unidas o entidades similares, si para su contratación debe aprobarse un examen de intérprete, o 2) son miembros activos de una asociación de intérpretes profesionales, que requiera un mínimo de 50 horas de interpretación en conferencias y el patrocinio de tres miembros activos de la misma asociación. Los intérpretes que no están autorizados o que no se consideran calificados profesionalmente, pueden ser clasificados como intérpretes con habilidades lingüísticas, si pueden demostrar, a satisfacción del tribunal, su capacidad para traducir oralmente de un idioma extranjero al inglés y viceversa, en procedimientos judiciales.

A nivel estatal, el Centro Nacional para Tribunales Estatales *(National Center for State Courts)* ha establecido el Consorcio para la Autorización de Intérpretes Judiciales Estatales a fin de desarrollar exámenes de conocimientos avanzados para intérpretes judiciales, para su uso en los estados miembros. Cuarenta estados eran miembros del Consorcio a fines de 2007. El Consorcio ha elaborado una gran cantidad de exámenes para unos 17 idiomas y también ha apoyado el desarrollo de un examen escrito que se enfoca al vocabulario, terminología legal, procedimientos judiciales y ética profesional. Además, algunos estados han desarrollado sus propios programas de exámenes. Por otra parte, una organización profesional, la Asociación Nacional de Intérpretes y Traductores Judiciales *(The National Association of Judicial Interpreters and Translators)* (NAJIT, por sus siglas en inglés), ha desarrollado un examen oral para sus miembros (pero solamente para intérpretes del idioma español).

Utilización de intérpretes

En 1995, el Centro Nacional para Tribunales Estatales publicó Guías Modelo de políticas y prácticas de interpretación judicial para tribunales estatales,[17] que recomendó normas para la actuación de intérpretes ante los tribunales de primera instancia. La "Guía del Juez sobre las Normas para Procedimientos que Requieren Interpretación" *(Judge's Guide to Standards for Interpreted Proceedings)*, contenidas

17 W. Hewitt, Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts (Williamsburg, VA: National Center for State Courts, 1995).

en su Capítulo 6, incluyen diversas recomendaciones para el uso de intérpretes en el tribunal, que a continuación se resumen, junto con algunas sugerencias para el uso adecuado y eficiente de intérpretes:

> Todos los intérpretes que designe el tribunal deberán contar con las mayores aptitudes posibles para el desempeño de su trabajo. Los jueces deben promover que se designe a un coordinador de servicios de intérpretes, cuyas responsabilidades incluyan la selección efectiva y la determinación de la capacidad de los intérpretes, antes de incluir sus nombres en la lista de intérpretes judiciales que puedan ser llamados en forma regular por el tribunal.
>
> Los jueces deben asumir de buena fe que existe la necesidad de contar con un intérprete, cuando un abogado o quien actúe por cuenta propia en un litigio, declare que una de las partes o un testigo no tiene conocimientos suficientes del idioma inglés y solicite la intervención de un intérprete.
>
> Cuando dos o más acusados que requieran la presencia de un intérprete hablen el mismo idioma extranjero, debe utilizarse el equipo necesario para proporcionar interpretación simultánea del procedimiento a todos ellos.
>
> Cada intérprete que el tribunal utilice debe jurar conducirse, en su interpretación, en forma correcta, completa e imparcial.
>
> El juez debe recordar siempre al intérprete y a las personas que participen en el procedimiento, que el intérprete, cuando se dirija al juez por su propia iniciativa, debe hablar en tercera persona e identificarse como "el intérprete" o "este intérprete".
>
> Antes de iniciar el procedimiento, el juez debe explicar el papel y las responsabilidades de los intérpretes a todas las personas que participen en el procedimiento.
>
> El juez debe informar a cada testigo el papel del intérprete, inmediatamente después de que el testigo haga el juramento de ley y antes de que se inicie el interrogatorio. Al mismo tiempo en que el juez lo señale, el intérprete debe traducir esta declaración al testigo.
>
> En cualquier momento en que se requiera la presencia de un intérprete en un juicio que se ventile ante un jurado, el juez debe explicar a los jurados el papel y la responsabilidad de los intérpretes, así como la naturaleza de las pruebas que deben desahogarse a través del intérprete.
>
> Cuando el asunto involucre a una persona que no domine el idioma inglés, el juez debe instruir al grupo de personas del que se integrará el jurado, antes de que se inicie el procedimiento formal para determinar la idoneidad de los jurados en potencia (*voir dire*), que hay un intérprete sentado a la mesa de los abogados para que el acusado entienda el procedimiento. Es también importante determinar si los jurados en potencia se verán afectados por la presencia de algún intérprete, debido a que, entre otras cosas, tengan prejuicios en contra de personas que no dominen el idioma inglés, o bien si alguno de los jurados en potencia habla el idioma extranjero que será utilizado durante el procedimiento y tal vez no ponga atención solamente a la traducción.
>
> Una vez que se integre el jurado y antes de que se inicie la audiencia, el juez debe instruir a los jurados, como parte de las instrucciones en preparación de la audiencia misma, que no podrán dar valor alguno al hecho de que una de las partes no domine el idioma inglés y reciba la ayuda de un intérprete.
>
> Cuando en la audiencia se requiera la presencia de un intérprete para traducir las declaraciones de algún testigo, el juez, antes de que se inicie la diligencia, debe dar instrucciones a los jurados sobre los siguientes puntos:
>
> Los jurados deberán tratar la traducción de la declaración del testigo como si éste hubiera hablado en inglés y no estuviera presente el intérprete.
>
> Los jurados no deben evaluar la credibilidad del testigo, ya sea en forma positiva o negativa, debido al hecho de que su testimonio se rinde a través de un intérprete.
>
> Los jurados que hablen el idioma del testigo deben ignorar lo que se dice en ese idioma y considerar como pruebas, solamente lo que el intérprete dice en inglés. Esos jurados deben ignorar todos los errores de traducción que consideren que el intérprete ha cometido.[18]

Otros lineamientos prácticos de carácter procesal que el juez puede observar para asegurar el uso más eficiente de los intérpretes, son los siguientes: 1) mantener el silencio en la sala del tribunal, en la medida que sea posible, y permitir que solamente hable una persona a la vez; 2) hablar y asegurar que otros hablen en un volumen y a una velocidad que pueda seguir el intérprete; 3) permitir que los intérpretes utilicen señales adecuadas para controlar a quien habla, cuando la duración de lo que expresa llega al límite de la capacidad de retención del intérprete; 4) asegurarse de que el intérprete puede fácilmente oír y ver lo que sucede durante el procedimiento, y 5) asegurarse de que el intérprete ha conversado brevemente con la persona que no domina el idioma inglés, para cerciorarse de que el intérprete, quien es parte en el juicio o el testigo puedan comunicarse en forma adecuada.

[18] Hay por lo menos dos razones que justifican esta última instrucción. Primero, el expediente está sólo en inglés y es solamente el testimonio grabado lo que constituye prueba en el asunto. Segundo, los jurados pueden no oír correctamente lo que se dice; el intérprete (así como el estenógrafo del tribunal) está debidamente entrenado para escuchar.

Finalmente, las constancias que obren en el expediente, preparadas por el estenógrafo del tribunal, deberán consistir solamente en lo que se dijo en idioma inglés ante el tribunal. Sin embargo, los errores que cometa el intérprete alterarán las pruebas presentadas ante el juez y el jurado. Si se impugna la precisión de la traducción, la objeción no podrá ser evaluada con posterioridad por el juez o en la apelación, a menos que exista una grabación de audio o de audio/video del testimonio rendido en el idioma de partida, para complementar la transcripción de la diligencia hecha por el estenógrafo en idioma inglés. Por ese motivo, los jueces que regularmente intervengan en asuntos en los que participen intérpretes, deben analizar la posibilidad de hacer grabaciones de todas aquellas declaraciones de testigos que sean objeto de interpretación y, como segunda prioridad, de todos los procedimientos en los que se utilicen los servicios de un intérprete.

Fatiga del intérprete

Los jueces deben tener presente que el intérprete se fatiga y deben tomar las medidas necesarias para manejar esa fatiga. A pesar de que a los ojos de los demás, la interpretación judicial pueda parecer que se realiza sin mayor esfuerzo, es una tarea sumamente demandante y mentalmente desgastante y la fatiga mental llega aproximadamente después de 30 minutos de interpretación simultánea continua, lo que trae aparejada una marcada pérdida de precisión, cualquiera que sea el grado de experiencia o el talento que tenga el intérprete. Si el intérprete trabaja sin descanso en procedimientos de más de 30-45 minutos, la precisión de la traducción podrá verse afectada.

Si en un procedimiento el intérprete considera que puede ponerse en riesgo la calidad de la traducción debido al cansancio, debe informarlo al juez y debe tomarse un receso o procurar que alguien lo sustituya. Para cualquier procedimiento que dure más de 30 minutos de interpretación simultánea continua, deben asignarse dos intérpretes, de tal manera que puedan relevarse mutuamente en intervalos periódicos. Una norma similar debe observarse para la interpretación continua de las declaraciones de testigos.

Errores

La interpretación es una actividad extremadamente demandante y no puede estar libre de errores, aun cuando haya intervalos suficientes de descanso. Este aspecto debe tomarse en consideración frente a cualquier reclamación que se haga al intérprete, por inexactitudes en su traducción. Cuando el intérprete que traduce las declaraciones de un testigo se percata de su error, debe corregirlo de inmediato. Si se da cuenta del error después de que haya terminado el testimonio, debe solicitar la posibilidad de conversar con el juez y con los abogados, ya sea en forma abierta o junto al estrado, para explicar el problema. El juez podrá entonces decidir si deben o no corregirse las constancias de la diligencia de que se trate.

Cuando el juez, alguno de los abogados u otro funcionario judicial sospeche que se ha cometido un error, debe hacerse notar el problema en la primera oportunidad que se presente y, en todo caso, antes de que se permita al testigo retirarse. En caso de juicio ante un jurado, la cuestión debe manejarse mediante una entrevista junto al estrado. Se recomienda seguir los siguientes pasos:

- Primero, el juez debe determinar si el problema que atañe a la pretendida imprecisión es sustancial o potencialmente perjudicial y requiere ser resuelto.
- Si el juez acepta que el error es sustancial o puede ser perjudicial, deberá dirigirse primero al intérprete para que reconsidere su dicho. Si esto no resuelve el problema, deberán obtenerse dictámenes de otros peritos intérpretes o expertos en cuestiones lingüísticas que el juez designe. En circunstancias extremas, podrá permitirse a los abogados de ambas partes que presenten a un perito en la materia.
- El juez deberá resolver en definitiva cuál es la traducción correcta. Si su resolución difiere de la traducción original, el juez deberá corregir las constancias e informarlo así al jurado.
- Las partes que objeten la decisión del juez sobre las versiones divergentes, deberán tener la oportunidad de hacer constar claramente sus objeciones en el expediente.

Recursos y tecnología

Existen diversas fuentes para la localización de intérpretes judiciales, incluyendo a aquéllos que dedican tiempo completo a esta actividad, así como intérpretes independientes y agencias privadas. También existen importantes opciones para estos servicios a través de Internet u oficinas de intérpretes judiciales a nivel estatal o federal. Otra alternativa para que los tribunales estatales tengan acceso a intérpretes judiciales calificados, es establecer grupos regionales de intérpretes, en especial de idiomas que se usan con poca frecuencia, que cuenten con el apoyo de los estados participantes, mediante la asignación de recursos y la coordinación en la elaboración de exámenes y en la administración del sistema.

Otra opción que algunos estados emplean es el uso de servicios de intérpretes por vía telefónica, para procedimientos que no involucran el desahogo de pruebas, cuando no puede conseguirse a un intérprete judicial. La interpretación telefónica, que los tribunales utilizan desde hace muchos años, permite el acceso a intérpretes competentes en muy diversos idiomas, independientemente de su ubicación. Muchos estados contratan compañías privadas para obtener servicios de interpretación para procedimientos cortos, que no involucran ninguna prueba y algunos tribunales estatales han desarrollado programas internos de interpretación telefónica, utilizando abogados de su propio personal y/o de su lista de intérpretes calificados. Sin embargo, dichos programas tienen limitaciones debido, por lo menos en parte, a la imposibilidad de contacto visual y, por tanto, disminuyen la capacidad del intérprete para entender el contexto de las palabras expresadas durante el procedimiento.

Una tecnología más novedosa para mejorar los servicios de interpretación, es el servicio de interpretación a distancia mediante el uso de video: este servicio ofrece una combinación de conexiones de video y de audio, que permiten al intérprete sacar mayor provecho de los elementos visuales, imposibles de apreciar en el sistema de interpretación telefónica. Existe en la actualidad una amplia gama de servicios de interpretación de este tipo, que pueden proporcionar acceso inmediato a intérpretes, siempre que las partes cuenten con conexiones de banda ancha de alta velocidad, así como equipos de videoconferencia y programas de computación adecuados.

* * *

Debido al gran número de personas que en los Estados Unidos no domina el idioma inglés, el uso de intérpretes de idiomas extranjeros es esencial para asegurar su acceso al sistema judicial. Los intérpretes judiciales deben estar debidamente calificados y ser utilizados en forma adecuada; queda a cargo del juez, asegurarse de que todos aquellos que intervienen en un procedimiento judicial comprendan cabalmente el papel del intérprete.

Preguntas preliminares que se sugieren para determinar si se requiere la ayuda de un intérprete

En general: Evitar preguntas que pueden contestarse simplemente con un "sí" o un "no".

Preguntas de identificación:

- "Sra. / Srita., favor de indicarle al juez su nombre y dirección".
- "Favor de decirnos su fecha de nacimiento, cuántos años tiene y el lugar en donde nació".

Preguntas en las que se utiliza un vocabulario activo en inglés de uso común:

- "¿Cómo llegó al tribunal el día de hoy?"
- "¿Qué tipo de trabajo desempeña?"
- "¿Cuál fue el grado más alto que usted terminó en la escuela?"
- "¿Dónde fue usted a la escuela?"
- "¿Qué comió el día de hoy?"
- "Favor de describir alguna de las cosas (o personas) que usted ve en la sala de este tribunal".
- "Favor de explicar brevemente qué tan a gusto se siente usted hablando y entendiendo el idioma inglés".

Fuente: National Center for State Courts, *Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts.*

Texto sugerido de lo que el juez debe explicar durante la audiencia para aclarar el papel del intérprete

Contamos con la presencia de un intérprete que nos ayudará durante este procedimiento; ustedes deben saber lo que puede y lo que no puede hacer. Básicamente, el intérprete está aquí solamente para permitir comunicarnos durante el procedimiento. El intérprete no es parte del asunto, no tiene interés en el mismo y será completamente neutral. Por lo tanto, no trabaja para ninguna de las partes. La única responsabilidad del intérprete es permitir comunicarnos.

El intérprete no es abogado y tiene prohibido ofrecer asesoramiento legal; tampoco es un trabajador social. Su único trabajo es traducir, por lo que no deberá solicitársele asesoría legal u otro tipo de asesoría o ayuda.

¿Alguno de los presentes tiene alguna pregunta sobre el papel o la responsabilidad del intérprete?

Si alguno de ustedes no entiende lo que dice el intérprete, favor de indicármelo. ¿Tiene alguno de ustedes dificultad para entender al intérprete en este momento?

Fuente: National Center for State Courts, *Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts.*

Juramento del intérprete

¿Jura usted o declara bajo protesta de decir verdad que habrá de traducir lo que se diga en forma precisa, completa e imparcial, utilizando sus mejores habilidades y juicio, de acuerdo con las normas establecidas por la ley [y el Código de Ética Profesional de Intérpretes Judiciales], siguiendo todos los lineamientos oficiales establecidos por este tribunal para la interpretación o traducción legal, así como dando cumplimiento a todos los deberes y obligaciones solemnes de la interpretación y traducción legal?

Fuente: National Center for State Courts, *Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts.*

Texto sugerido para explicar al testigo el papel del intérprete

Quiero que usted entienda el papel del intérprete. El intérprete está aquí solamente para traducir las preguntas que se le hagan y traducir sus respuestas. El intérprete solamente dirá lo que nosotros o usted diga y no añadirá, omitirá ni resumirá nada.

El intérprete dirá en inglés todo lo que usted diga en su propio idioma, por lo que usted no dirá nada que no desee que los demás oigan.

Si usted no entiende alguna pregunta que se le haga, solicite a la persona que la hizo que se la aclare. No le pregunte al intérprete.

Recuerde que usted rinde testimonio ante este tribunal y no ante el intérprete. Por tanto, al hablar, diríjase directamente al abogado o a mí y no al intérprete. No pida ningún consejo al intérprete.

Favor de hablar fuerte y con voz clara, de tal manera que todos lo puedan oír y no solamente el intérprete. Si usted no entiende al intérprete, hágamelo saber. Si usted necesita que el intérprete repita algo que usted no oyó, puede hacerlo, pero asegúrese de dirigir su solicitud a la persona que esté hablando y no al intérprete.

Finalmente, favor de esperar hasta que la totalidad de la pregunta haya sido traducida a su idioma, antes de proceder a contestarla.

¿Tiene usted alguna pregunta sobre el papel del intérprete? ¿Entiende al intérprete?*

* Hay que destacar que el intérprete está traduciendo simultáneamente esta declaración mientras habla el juez; por lo tanto, el testigo tiene la oportunidad de advertir cualquier problema que surja en la comunicación.

Fuente: National Center for State Courts, *Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts.*

Texto sugerido para explicar a los miembros del jurado el papel del intérprete

Traducción del procedimiento

Es objetivo de este tribunal llevar a cabo un juicio equitativo para todos, independientemente del idioma que hablen e independientemente de lo

bien o mal que hablen el idioma inglés. No está permitido hacer diferencias, ni a favor ni en contra de personas que tengan un escaso dominio del idioma inglés o que no lo hablen. Por tanto, no deben dejarse influenciar en modo alguno por el hecho de que alguna de las partes requiera la presencia de un intérprete.

Traducción del testimonio rendido por los testigos

Deberán tratar el testimonio del testigo como si éste hubiese hablado en idioma inglés, sin la presencia del intérprete. No permitan que el hecho de que el testimonio se rinda en un idioma distinto al inglés, afecte su evaluación sobre la credibilidad del testigo.

Si alguno de ustedes entiende el idioma del testigo, no deberá tomar en cuenta nada de lo que diga el testigo en su propio idioma. Consideren solamente como prueba lo que exprese el intérprete en inglés. Aun cuando consideren que el intérprete ha incurrido en un error, deberán hacer caso omiso de él y llevar a cabo sus deliberaciones sobre la base de la traducción oficial.

Fuente: National Center for State Courts, *Court Interpretation: Model Guides for Policy and Practice in the State Courts*.

Bibliografía y fuentes de información adicionales

M. Carter-Balske, L. Kay, L. Friedman Ramirez, *Use of Foreign Language Interpreters*, en Cultural Issues in Criminal Defense (2a. ed.) (L. Friedman Ramirez, ed.) (Juris Publishing, 2007).

R. González, V. Vásquez, H. Mikkelson, Fundamentals of Court Interpretation: Theory, Policy and Practice (North Carolina: Carolina Academic Press, 1991).

State Court Interpreter Certification Consortium: http://www.ncsonline.org/D_Research/CourtInterp/CICourtConsort.html

National Association of Judiciary Interpreters and Translators: www.najit.org

Southern District of New York Interpreters Office: http://www.sdnyinterpreters.org/

American Translators Association: www.atanet.org

LA LEY SUPREMA DE TODA LA UNIÓN: LEGALIDAD TRIPARTITA

Rodrigo LABARDINI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La doctrina*. III. *Los criterios de la SCJN en materia de jerarquía de los tratados*. IV. *Los antecedentes históricos del artículo 133 constitucional*. V. *El propósito de la constitución o ¿para qué sirve la constitución?* VI. *Análisis detallado del artículo 133 constitucional*. VII. *La rigidez constitucional de enmienda*. VIII. *Los tratados en el artículo 133*. IX. *El tamiz de ingreso a la Ley Suprema de toda la Unión*. X. *Constitución y derecho internacional: ¿dos regímenes jurídicos distintos?* XI. *Posibilidades de aplicación de la Trinidad Legal*. XII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo existe gran interacción entre el entorno nacional y el mundo internacional. Diariamente se celebran innumerables transacciones comerciales, financieras, jurídicas, culturales y sociales entre empresas mexicanas y extranjeras.

En la frontera Norte de México, tan sólo en la ciudad de Tijuana se realizan cerca de 200 mil cruces diarios.[1] En cuestión de comercio internacional, el intercambio internacional es de tal magnitud entre Ladero, Texas, y Nuevo Laredo, Tamaulipas, que más de X número de cruces de convoyes y cargamentos se llevan a cabo diariamente.[2]

[1] Sonia García Ochoa, "Recibe Tijuana 40 mil extranjeros para servicios médicos", *El Sol de Tijuana*, 11 de julio de 2010, disponible en www.oem.com.mx/elsoldetijuana/notas/n1703275.htm (consultado el 24 de julio de 2010).

[2] Mercurio Martínez Jr., ex juez de condado y miembro de la Coalición del Corredor 35 en EUA, señaló lo siguiente: El crecimiento del comercio internacional en Laredo "saturará" los puentes internacionales y rebasará su capacidad a más tardar en ocho años. En el Sistema

En lo que es una activa relación bilateral, México entrega en extradición al año a más de 100 fugitivos a Estados Unidos y éste entrega a México en extradición a más de 30 personas al año.[3] Adicionalmente más de 300 fugitivos son entregados vía expulsión de México a EUA y más de 150 de EUA a México.[4]

El número de turistas que recibió México en 2008 fue de 10 737 000.[5] El monto de las remesas que recibe México de la población mexicana que se encuentra en Estados Unidos[6] fue de $26 076 000 millones de dólares de EUA en 2007 y es la segunda fuente de divisas para México.[7]

---

de Puentes de Laredo el movimiento comercial tan sólo en marzo de 2010 cruzaron hacia México 138 908 camiones, la cifra más alta del año fiscal estadounidense (incremento de 20%). Por el puente del Comercio Mundial cruzaron un total de 110 885 unidades comerciales y 24 245 por el puente Colombia y el 19 de marzo se rebasó la cifra de 6 000 camiones en un solo día, algo que nunca había ocurrido. Agregó que en medio año fiscal se registraron 756 756 cruces de camiones a México mientras que en el año previo –mismo periodo– la cantidad fue 693 331 (incremento de 9.1%). Francisco Díaz, "Crece comercio en Laredo; urge nuevo puente", *El Mañana*, 2 de mayo de 2010, en www.elmanana.com.mx/notas.asp?id=178932 (consultado el 24 de julio de 2010).

[3] De diciembre de 2006 a diciembre de 2009, México entregó a 307 personas en extradición a todo el mundo, 291 de ellos a EUA (6 en diciembre 2006, 83 en 2007, 95 en 2008 y 107 en 2009 [hasta el 4 de diciembre]). Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría de Seguridad Pública, Procuraduría General de la República, Extradiciones de México al mundo en la administración presente, ENERO-DICIEMBRE 2009 (Informe del 18 de febrero de 2010), disponible en http://www.pgr.gob.mx/prensa/documentos.asp?page_no=1&tRcd=&day=&month=&year=&c (consultado el 24 de julio de 2010). Esta situación es un mercado contraste con la situación imperante tan sólo hace una década y media cuando México entregaba a EUA una persona al año, ningún nacional ni grandes delincuentes jefes del narcotráfico y de la delincuencia organizada en tanto EUA entregaba a unas ocho personas al año sin que fueran delincuentes de importancia por desconfianza en las instituciones mexicanas. *Cfr.* Rodrigo Labardini, "México y la extradición de nacionales", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, pp. 111-150.

[4] *Cfr.* Rodrigo Labardini, "Life Imprisonment and Extradition: Historical Development, International Context, and the Current Situation in Mexico and the United States, Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas" (Sw. J. OF L. & Trade Am.), vol. 11, invierno 2005, Los Ángeles, California, EUA, pp. 1-108.

[5] Secretaría de Turismo, *Reporte: Perfil del turismo receptivo* (Fuente: Banco de México), disponible en http://datatur.sectur.gob.mx (consultado el 24 de julio de 2010).

[6] Conforme a un censo del Pew Hispanic Center, las personas de origen mexicano o nacidas en México que residen en EUA llegó a 30.7 millones en 2008, *Country of Origin Profiles*, disponible en http://pewhispanic.org/data/origins/. *Cfr.* asimismo, "Hay más de 30 millones de "mexicanos" en Estados Unidos", *Publimetro*, 30 de marzo de 2010, disponible en http://www.publimetro.com.mx (consultados el 24 de julio de 2010).

[7] Banco de México, *Las remesas familiares en 2008*, fechado 27 de enero de 2009, disponible en http://www.banxico.org.mx (consultado el 24 de julio de 2010). Es de señalar que en Estados Unidos los trabajadores mexicanos inmigrantes representaron en el bimestre octubre-noviembre de 2008, el 12.9% de toda la fuerza laboral en la industria de la construcción y el 7.3% de la que trabaja en manufacturas (el 15.8% de la fuerza laboral dedicada a actividades agropecuarias), porcentajes muy elevados si se considera que los trabajadores mexicanos representaron sólo el 4.9% de la fuerza de trabajo en ese país. Los cinco estados que mayores remesas recibieron durante 2008 fueron: Michoacán, Guanajuato, México, Jalisco y Veracruz. *Loc. cit.*

Al 22 de julio de 2010, México tuvo vigentes 1 307 tratados, de los cuales 686 son bilaterales y 621 son multilaterales. Conforme al Registro de Acuerdos Interinstitucionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores,[8] desde 1992 –fecha en que inició la vigencia de la Ley sobre la Celebración de Tratados (LCT)– se han inscrito más de 3 000 acuerdos interinstitucionales.[9]

Lo anterior evidencia que la interrelación entre México y el exterior tiene un alto grado de dinamismo e interacción. Se trata de dos sistemas jurídicos diferentes en constante interacción: el mexicano y el internacional. En términos del artículo 133 constitucional,[10] ambos obligan en territorio nacional, ya que ambos son parte de la Ley Suprema de toda la Unión.

Ante esta situación –que parece apuntar a la notable presencia del derecho internacional en el espacio jurídico mexicano– es menester conocer y definir debidamente cuál debe ser en el sistema jurídico mexicano la adecuada jerarquía de las normas que lo conforman; es

---

[8] Conforme a la Ley sobre la Celebración de Tratados (LCT), *Diario Oficial de la Federación* (DOF), 12 de enero de 1992, el acuerdo interinstitucional es "el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado", artículo 2-II. Dichos acuerdos interinstitucionales deben quedar inscritos en el registro que al efecto mantiene la Secretaría de Relaciones Exteriores, art. 7, LCT.

[9] En la página electrónica de la Secretaría de Relaciones Exteriores (www.sre.gob.mx), se pueden encontrar todos los tratados suscritos por México y que se encuentran vigentes. En la página http://portal2.sre.gob.mx/enlace/index.php puede consultarse el micrositio de gobiernos locales donde se encuentra el Registro de Acuerdos Interinstitucionales (RAI) –sobre todo bajo la figura de acuerdos de hermanamiento– celebrados por entidades federativas y municipios.

[10] "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". Art. 133, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM).

decir, ¿impera la norma mexicana, impera la internacional o tienen igual jerarquía? Esto lleva a definir, analizar y estudiar el sistema de jerarquía de normas, pero con especial énfasis el que se encuentra recogido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Establecer dicha jerarquía permitirá definir el alcance, la validez y la extensión que las normas internacionales –en particular los tratados[11]– pueden o deben tener al interior del sistema jurídico mexicano. Esto debe primeramente ser en su relación con la propia constitución mexicana, y en segundo lugar respecto de la legislación secundaria, tanto general,[12] como federal y estatal.

En el presente opúsculo abordaremos exclusivamente el tema de los tratados –y no tanto el del derecho internacional público– y su

[11] Materia de otro opúsculo deberá corresponder a analizar la relación e influencia que en el sistema jurídico mexicano tienen las otras fuentes del derecho internacional público, como son el derecho internacional consuetudinario, las resoluciones adoptadas en el seno de algunos organismos internacionales –y que son obligatorias para los Estados parte, como es el caso de México–, como ocurre en la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), la Organización Marítima Internacional (OMI), el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en ejercicio de las facultades contenidas en el Capítulo VII de la Carta de Organización de las Naciones Unidas (Carta de ONU) [suscrita en San Francisco, 26 de junio de 1945, DOF, 17 de octubre de 1945. Cuenta con Enmiendas a los artículos 23, 27 y 61 adoptadas en Nueva York, el 17 de diciembre de 1963; Enmienda al artículo 109, adoptada en Nueva York, el 20 de diciembre de 1965; Enmienda al artículo 61 adoptada en Nueva York, el 20 de diciembre de 1971; todas están en vigor].

[12] Leyes generales "son aquellas que *pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano*. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales", Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional, IUS 172739 (2007), Amparo en revisión 120/2002 (énfasis añadido). *Mc. Cain México, S.A. de C.V.* 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el 20 de marzo de 2007, aprobó, con el número VII/2007, la tesis aislada que antecede. En la sesión pública del 13 de febrero de 2007, además del amparo en revisión 120/2002, se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 constitucional.

relación con la CPEUM. Los tratados son una de las fuentes de derecho del derecho internacional, según marca el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Las otras son la costumbre, los principios generales de derecho, la jurisprudencia y la doctrina.[13] Apuntamos desde ahora que el tema del derecho internacional en la CPEUM tiene mayor relevancia de la prevista, comenzando por el hecho de que la propia Constitución prescribe que el territorio nacional –elemento esencial del Estado mexicano[14]– está definido por el derecho internacional, en específico sus componentes espacial y marítimo.[15]

Definir qué efectos tiene un tratado al interior de México resulta de gran trascendencia para la vida de la población mexicana. Supongamos que un tratado de libre comercio que haya entrado en vigor hace 15 años establece un arancel del 10% para la importación o exportación de X producto y que la Ley Aduanera marcara en la actualidad que el arancel correspondiente al mismo producto en las mismas circunstancias fuera del 2%. En este supuesto, el consumidor, el empresario, el exportador, el importador, y el entorno mexicanos seguramente preferirán que se aplique la norma que prescribe sólo 2% –en este caso la ley interna– y no la que marca la aplicación de

[13] El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prescribe: "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren", *Carta de la Organización de las Naciones Unidas* (ONU) *y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, San Francisco, *supra* nota 12. Ver también la Declaración sobre el Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, adoptada en San Francisco, el 26 de junio de 1945.

[14] "Artículo 1. El Estado como persona de derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. Artículo 2. El Estado federal constituye una sola persona ante el derecho Internacional", *Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados*, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933, DOF, 21 de abril de 1936 (Convención de Montevideo).

[15] Arts. 42-V y 42-VI, CPEUM. Esto se encuentra igualmente reflejado en el art. 27, cuarto y quinto párrafos, CPEUM.

un arancel del 10%, la norma internacional. Pero, ¿cuál es la debida relación entre ambas normas? ¿Qué arancel debe aplicar a este tipo de operación? ¿Qué norma debe prevalecer? ¿En todos o en algunos casos? ¿Existe jerarquía entre ambas?

En esencia, se trata de definir cuál es la norma –o conjunto de normas– que mejor aplica a una situación o a una transacción en particular –o en general– en beneficio del comercio mexicano, de la industria y del consumidor nacional; vaya, de la población mexicana.[16] Es evidente que la legislación secundaria nacional tiene gran relevancia en relación con la norma interna –entiéndase la constitución– pero también respecto de la norma internacional en especial cuando ésta ingresó y es parte del sistema jurídico, como ocurre en el caso mexicano.[17] En ambos casos, la legislación secundaria desarrolla y precisa el contenido de la norma constitucional, y de igual forma lo puede hacer con la norma internacional. Sin embargo, en un supuesto como el anterior, ¿debe la norma nacional ceder lugar siempre o sólo en algunos casos frente a la internacional? Dado que el tratado representa un compromiso del Estado mexicano *in toto*, ¿debiera acaso la constitución ceder lugar a la norma internacional? ¿O es que el tratado ha de ceder lugar a las normas escritas en la constitución por ser ésta la norma que organiza al Estado mexicano? ¿Qué papel fija la constitución al tratado, y viceversa? Como vemos, el *quid* consiste en definir cuál es la correcta jerarquía y aplicación de las normas jurídicas –nacionales e internacionales– en México. Aquí radica la forma de conciliar dos sistemas jurídicos y su aplicación en beneficio de la población mexicana.

La jurisprudencia y la doctrina recurrentemente han indicado que el lugar prioritario, la mayor jerarquía, corresponde a la constitución. Sin embargo, planteamos desde ahora que existe una lectura constitucional alternativa que permite conciliar textos constitucionales e internacionales en caso de conflicto. Esta alternativa que se ajusta al propio texto constitucional[18] –sin torturarlo– y sin verse afectado por

[16] Recordemos que el artículo 39 constitucional señala: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. *Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.* El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno" (énfasis añadido).

[17] Véase el artículo 133 constitucional, *supra* nota 11.

[18] Recordemos que se ha mencionado: "...aunque en principio la expresión... "serán la Ley Suprema de toda la Unión..."parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada", TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR

una interpretación "letrista",[19] muestra que el legislador constituyente creó un sistema jurídico con amplios efectos: la "Trinidad Legal" o "Legalidad Tripartita". Pretendemos dejar que el texto constitucional nos hable libremente sin que posteriormente aduzcamos que el legislador se equivocó. En esencia, permitir que exprese lo que ofrece y concede el beneficio de la duda al legislador y, si hallamos contenido normativo suficiente y válido, seguir con su análisis pese a lo con-

ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192867 (1999), Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, noviembre de 1999, Pleno, p. 46, Tesis: P. LXXVII/99, tesis aislada. *Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo.* 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

[19] "De la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 76, fracción I, 80, 89, fracciones I, II y X, 92 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que *la disposición contenida en el citado artículo 133,* en el sentido de que 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 la Unión, *no debe interpretarse con la limitación letrista* de que en forma específica sea el titular del Poder Ejecutivo de la Unión quien necesariamente lo lleve a cabo en todas sus fases, incluyendo la suscripción personal, pues los preceptos constitucionales invocados permiten la actuación del jefe del Ejecutivo a través del secretario de Estado correspondiente, siendo nuestro derecho interno, como es aceptado internacionalmente, el que determina la forma en que se estructura el órgano supremo representativo del Estado hacia el exterior y fija los procedimientos y límites de esa representación; por otro lado, la celebración de un tratado no se reduce a la firma del mismo, la que puede provenir del presidente, del secretario relativo o del representante que aquél señale, sino que se encuentra constituido por todo un procedimiento que se desarrolla en diversas etapas, en las cuales interviene otro poder, además de los secretarios de Estado que se ocupan de las materias específicas, de conformidad con lo previsto en los artículos 2o., 27, fracciones I, II, III y VII, y 28, fracciones I y XI, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de los que deriva que corresponde al secretario de Relaciones Exteriores intervenir en toda clase de tratados y convenciones en los que el país sea parte, y al secretario de Gobernación, conducir las relaciones del Ejecutivo con el Poder Legislativo y publicar las leyes y decretos. En tales condiciones, basta con que el tratado internacional de que se trate haya sido negociado por el secretario de Relaciones Exteriores siguiendo las instrucciones del presidente de la República y luego ratificado por éste y aprobado por el Senado, como sucedió por parte de nuestro país en el tratado de mérito, para que tenga plena validez", TRATADO DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA EL CUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO. NO ES INCONSTITUCIONAL POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO LO HAYA SUSCRITO PERSONALMENTE, SI INSTRUYÓ AL SECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES PARA SU NEGOCIACIÓN, Y LUEGO LO RATIFICÓ PERSONALMENTE, IUS 196 235 (1998), Novena época. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, VII, mayo de 1998, p. 13, Tesis aislada, *Amparo en revisión 2830/97. Jorge Andrés Garza García.* 24 de febrero de 1998. Unanimidad de diez votos (énfasis añadido).

tradictorio que pudiera parecer inicialmente. Al efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido diversos criterios desde 1917[20] –para modificarlos prácticamente cada década. La SCJN y los tribunales han señalado que el derecho internacional no tiene supremacía sobre el derecho interno, sino que ha adoptado la postura de que el derecho internacional es parte del derecho nacional,[21] que los tratados tienen fuerza de ley para la población,[22] pero que no son base para determinar la constitucionalidad de las leyes.[23] Adicionalmente ha indicado que los tratados se encuentran al mismo nivel

[20] Entre otros, véase Rodrigo Labardini y Jacqueline Olvera, "Comentarios sobre la jerarquía entre leyes y tratados en el derecho mexicano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 33, núm. 33, México, 2009, pp. 553-600, en particular pp. 566-572. Ver *infra* texto que acompaña a las notas 42 a 62.

[21] "*El artículo 133 constitucional* no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que *adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional,* ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo", TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA, IUS 250 698 (1981), Séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156. Sexta Parte, p. 196. Tesis aislada, *Amparo en revisión 256/81. C. H. Boehring Sohn.* 9 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

[22] FUERZA DE LOS TRATADOS, IUS 319 825 (1950), Quinta época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, CIV, p. 2243, *Amparo administrativo en revisión 9792/49. Manuel E. Conde*, 26 de junio de 1950. Unanimidad de cuatro votos.

[23] "De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, *teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa.* Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional", LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, IUS 902454 (2000), Octava época, Pleno, Tesis 1781, *Apéndice 2000*, t. I, Const., P. R. SCJN, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad C. C. p. 1230, *Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez.* 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27, Pleno. Tesis P. C/92 (énfasis añadido). (Debe subrayarse que este criterio se abandonó en la Tesis P. LXXVII/99, TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 19).

que la legislación nacional,[24] por encima de las leyes federales,[25] y por encima de las leyes generales[26] y las leyes federales y locales.[27] Con ello, vemos que la SCJN ha evidenciado su ambivalencia e

[24] *Idem.*

[25] "Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es el relativo a que en esta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal", TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 19.

[26] Las leyes generales regulan en un solo acto los tres órdenes de gobierno mexicanos: federal, estatal y local. LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 739 (2007), *supra* nota 13.

[27] "El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la

indefinición sobre el tema, sobre todo si consideramos que todos los criterios han sido emitidos como tesis aisladas y no mediante jurisprudencia o decisiones obligatorias para todo el sistema judicial. Es de resaltar además que el último criterio de la SCJN –de 2007– fue adoptado por mayoría de 6 votos a 5,[28] lo cual muestra claramente la fragilidad del criterio. Esto se vuelve aún más relevante si consideramos que el 1 de diciembre de 2009 dos de los ministros de la SCJN[29] se retiraron por mandato de ley y fueron sustituidos por dos nuevos ministros.[30] Y no debemos olvidar que esos dos ex ministros votaron en favor de considerar –como tesis aislada– que la correcta interpretación del texto constitucional marca que la jerarquía normativa en México debe ser la propia constitución en primer lugar, seguida de los tratados celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado, posteriormente seguido por las leyes generales y finalmente

Constitución federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano, al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional", TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 650 (2007), Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 6, tesis aislada, *Amparo en revisión 120/2002. Mc.Cain México, S.A. de C.V.* 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

[28] *Loc. cit.*

[29] Ex ministros Mariano Azuela Güitrón y Genaro Góngora Pimentel.

[30] Los nuevos ministros son Luis María Aguilar y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Véase, entre otros, Ricardo Gómez y Sergio Javier Jiménez, "Luis María Aguilar es nuevo ministro de la SCJN", *El Universal, 1 de diciembre de 2009, disponible en* http://www.eluniversal.com.mx/notas/643407.html (consultado el 2 de febrero de 2010), y "Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ministro de la SCJN", *El Siglo de Torreón*, 1 de diciembre de 2009, http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/482296.arturo-zaldivar-lelo-de-larrea-ministro-de-la.html (consultado el 2 de febrero de 2010).

ubica a las leyes federales y locales en último lugar, estas dos últimas al mismo nivel.[31] Se trata de dos votos que bien pueden modificar el criterio o establecer uno nuevo por completo.

En el presente opúsculo daremos cuenta de diversos criterios y opiniones doctrinales que se han manifestado sobre la jerarquía de las normas en el sistema jurídico mexicano, así como de los criterios y tesis aisladas jurisprudenciales expresadas por la SCJN, para observar coincidencias y expresiones sobre la posible correcta interpretación del artículo 133 constitucional. Finalmente ofreceremos una interpretación alternativa *basada en el texto expreso* de la constitución, en particular el artículo 133, en conjugación con los artículos 1, 76-I y 89-X, junto con los artículos 15, 72-F, 117-I, 124 y 131 segundo párrafo.

Se propone considerar que la correcta interpretación constitucional *–conforme al propio texto constitucional* y pese a lo comúnmente aceptado por el foro y la doctrina[32]– sobre la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano consiste en lo que puede denominarse la "legalidad tripartita" o "trinidad legal"[33] mexicana con los siguientes elementos y orden normativo. Siguiendo el texto constitucional, la Ley Suprema de toda la Unión (LSTU) –como un *corpus iuris* diverso[34]– se integra por tres ordenamientos jurídicos: 1) la Constitución

[31] TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 19. *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 19.

[32] *V. gr.*, el artículo 133 "establece que la Constitución será ley suprema de toda la Unión", Raúl González Schmall, "Programa de derecho constitucional", México (2007), apartado 9, *La supremacía de la Constitución*.

[33] Con este concepto no se desea ofender ni menospreciar algún concepto religioso, sino sólo exponer en forma figurada que los integrantes de esa "trinidad" jurídica tienen igual primacía entre ellos. En este sentido, "trinidad" es "Distinción de tres personas divinas en una sola y única esencia", Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en http://www.rae.es (consultado el 24 de julio de 2010). Apunté hacia el uso de este término en Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, notas 48, 89 y 135.

[34] "A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente *se traduce en que la Constitución general de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior,*

Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), 2) las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y 3) los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado. La propuesta sostiene que el tamiz para que las leyes del Congreso de Unión y los tratados puedan ingresar a la Ley Suprema de toda la Unión –o "trinidad legal"– es la propia constitución. Es decir, dichas leyes tienen que emanar de la constitución y los tratados estar de acuerdo con ella. Pero, se subraya, una vez que han ingresado a esa LSTU, debe estimarse que el orden de la primacía jerárquica constitucional y su validez normativa jurídica interna mexicana es la misma para esos tres elementos; todos ellos como componentes iguales a los otros dos integrantes de la LATU, o "legalidad tripartita". Esta lectura permite que las normas constitucionales puedan ser interpretadas de manera sistemática, junto con las normas de los tratados y las normas de la legislación general. Esta óptica permite resolver diversos posibles conflictos o falta consistencia plena que actualmente existen entre normas constitucionales y tratados, pero conflictos que pueden conciliarse y resolverse en beneficio de la población mexicana, tal como prescribe el objetivo y propósito general de la CPEUM en su artículo 39: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. *Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.* El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno".[35]

II. La doctrina

Diversos autores han expresado opinión sobre la jerarquía constitucional mexicana de las normas jurídicas. En general, todos siguen

de carácter nacional", aunque inmediatamente concluye que "en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales", Supremacía constitucional y Ley Suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional, IUS 172 667 (2007), Amparo en revisión 120/2002. *Mc. Cain México, S.A. de C.V.* 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

[35] Énfasis añadido.

las expresiones de Kelsen[36] y coinciden en señalar que el pináculo de la pirámide normativa mexicana, la cúspide corresponde exclusivamente a la constitución mexicana. De ser cierto esto, el correcto sistema normativo consistiría en un monismo –con distintos niveles, dependiendo del autor– en el cual la norma mexicana –nacional– impera y se encuentra para efectos internos por encima de la norma internacional.

Así, se señala: "Toda constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo de ser suprema",[37] que la Constitución es la "Ley Primaria",[38] que ello "implica que la Constitución es la máxima de las leyes, por lo que no existe ninguna otra por encima de ella".[39] Pese a ello, Burgoa señaló que el artículo 133 constitucional, "otorga el carácter de supremacía no sólo a la Constitución, sino también a las leyes dadas por el Congreso federal que emanen de ella y a los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República con aprobación del Senado". Pero acto seguido agrega: "No obstante a pesar de esta declaración, la supremacía se reserva al ordenamiento constitucional, pues tanto dichas leyes como los mencionados tratados, en cuanto a su carácter supremo, están sujetos a la condición de que no sean contrarios a la Constitución".[40]

III. Los criterios de la SCJN en materia de jerarquía de los tratados

Atendiendo al texto constitucional, los tratados son parte integrante de la "Ley Suprema de toda la Unión". Sin embargo, la CPEUM no tiene una definición expresa sobre la jerarquía que existe entre trata-

[36] Kelsen propugna de forma iuspositivista en la Teoría Pura del Derecho que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a la *norma hipotética fundamental* (que situó finalmente en el derecho internacional), en donde su pirámide normativa es la expresión del sistema jerárquico normativo. La pirámide ha sido recogida por varios autores, incluyendo Bernardo García Camino, *Teoría constitucional*, IURE Editores, México, 2007, pp. 69-77 y Enrique Quiroz Acosta, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 1999, pp. 104 y 107.

[37] Elisur Arteaga, *Derecho constitucional*, México (2002), p. 3.

[38] *Cfr.* "Cuadro sobre la jerarquía de las leyes", Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México (1980), p. 309.

[39] César Carlos Garza García, *Derecho constitucional mexicano*, McGraw Hill, 9a. ed., México (1997), p. 34.

[40] Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, México (1997), pp. 362 y 363.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

dos y las leyes del Congreso general que emanen de la Constitución. Lo que señala la CPEUM es que las leyes del Congreso de la Unión deben "emanar" de la propia CPEUM y que los tratados tienen que estar de acuerdo con la misma una vez aprobados por el Senado. A lo largo de su historia, la SCJN ha adoptado diferentes tesis con las que establece la jerarquía entre Constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados.

1. El criterio de 1950

El 26 de junio de 1950, la Segunda Sala de la SCJN sostuvo, en materia administrativa, que las estipulaciones contenidas en los tratados celebrados con las potencias extranjeras, tienen fuerza de ley para los habitantes del país.[41] En este sentido, se admitió que tratados y leyes tendrían el mismo efecto jurídico para la población. Este criterio no establece en sí una jerarquía normativa sino la obligatoriedad interna que el tratado tiene. La tesis es consistente con el texto constitucional ya que éste sólo prescribe que constitución, leyes y tratados componen la Ley Suprema de toda la Unión. Del texto constitucional y de la citada tesis no puede concluirse prelación alguna entre los tres elementos –Constitución, leyes y tratados– una vez que se han incorporado a la Ley Suprema de toda la Unión.

2. Los criterios de 1981

En 1981, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió dos tesis aisladas en materia de tratados. La primera estableció que el artículo 133 constitucional no estipula una aplicación preferente de las disposiciones contenidas en un tratado respecto de lo dispuesto en las leyes emanadas del Congreso de la Unión.[42] El tribunal interpreta de forma consistente con el texto

[41] Fuerza de los Tratados, IUS 319 825 (1950), *supra* nota 22.

[42] "La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución federal, de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las constituciones y leyes de los estados que forman la unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución federal. Es, pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso", TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 250 697 (1981), Séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156, Sexta Parte, p. 195, tesis aislada., *Amparo en revisión 160/81. National Research Development Corporation*, 16 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, *Amparo en revisión 269/81. José Ernesto Matsumoto Matsuy.* 14 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Samuel Hernández Viazcán, *Amparo en revisión 256/81. C. H. Boehringer Sohn.* 9 de julio de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

constitucional, ya que éste no fija prelación alguna, salvo que exista una posibilidad de acuerdo al orden de redacción constitucional: constitución, leyes y tratados. Asimismo se señaló que las autoridades mexicanas deberían sujetarse a una regla de conflicto,[43] a fin de establecer cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Sin embargo, ello no representa que el precepto constitucional establezca que los tratados presentan una mayor obligación legal o mayor prelación jurídica que las leyes del Congreso. Esta interpretación infiere que constitución, tratados y leyes forman parte de un cuerpo normativo: la Ley Suprema de toda la Unión, donde ninguna –conforme a este criterio– precede a la otra.

La segunda tesis confirmó lo anterior: el artículo 133 constitucional no dispone ni establece preferencia alguna entre las leyes emanadas de la Constitución y los tratados que estén de acuerdo con la misma.[44] Conforme a este criterio, la disposición constitucional no sostiene que el derecho internacional tenga supremacía sobre el derecho interno, sino que adopta la postura de que el *derecho internacional es parte del derecho nacional.*[45] Por lo tanto, las tesis sostienen que los

[43] *Loc. cit.*

[44] "El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo", TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA, IUS 250 698 (1981), *supra* nota 24.

[45] *Loc. cit.*

tratados que estén de acuerdo con la CPEUM y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la misma tienen un rango constitucional de igual jerarquía.

3. El criterio de 1992

El 30 de junio de 1992, el Pleno de la SCJN aparentemente confirmó la anterior interpretación aunque señaló que "leyes federales" y tratados tenían la misma jerarquía normativa.[46] En dicha tesis se estableció que tanto las leyes federales, como los tratados aprobados por el Senado poseían el mismo rango inmediatamente inferior a la Constitución. En consecuencia, un tratado no podía ser un criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa.[47] Es de señalar que la constitución sólo alude a las leyes del Congreso de la Unión sin distinguir entre generales, reglamentarias y federales.[48] Consistente con los criterios previos, no hay prelación entre "ley federal" y tratados y ni unas ni los otros pueden definir la constitucionalidad del otro ordenamiento. Todo se mueve a un problema práctico que enfrentan las autoridades mexicanas: qué norma aplicar o una regla de conflicto.[49] Esta labor compromete al Poder Judicial en términos del propio artículo 133 constitucional al tenor de: "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".[50]

[46] "De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional", LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, IUS 902 454 (2000), *supra* nota 23.

[47] *Loc. cit.*

[48] Ver *supra* nota 12.

[49] *Cfr supra* nota 42.

[50] Artículo 133 constitucional, segunda oración (énfasis añadido).

4. El criterio de 1999

En 1999, la SCJN abandonó los criterios sostenidos previamente. En esta ocasión la SCJN en *dictum*,[51] consideró que los tratados se encuentran en un segundo plano inmediatamente inferior a la Constitución, pero por encima del "derecho federal" y del local.[52] La interpretación se pretendió fundamentar en el principio de que los tratados celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, comprometen a *todo* el Estado mexicano y a *todas* sus autoridades frente a la comunidad internacional.[53] Es decir, que la obligación de un tratado es la obligación del Estado *in toto*. Si bien el argumento es correcto –el tratado obliga a todo el Estado– no es dable concluir que por ese motivo tiene prelación por encima de la legislación federal. Al efecto, se ha señalado que esta tesis y la de 2007 claramente "atenta[n] contra el orden constitucional del Estado mexicano" y constituyen "un golpe de Estado soterrado".[54]

Además, la SCJN estableció que "el derecho federal y local" se encuentran en un mismo rango en virtud del artículo 124 constitucional,[55] el cual establece el pacto federal consistente en que lo no expresamente otorgado a la federación se entiende reservado a las entidades federativas.[56] Debe señalarse que el artículo 124 constitucional refleja que, en términos constitucionales, la federación existe por voluntad de las entidades federativas, ya que lo que no ha sido otorgado a la federación, ésta no lo tiene y se reservó a las propias entidades federativas.

[51] Parte no resolutiva de una sentencia.

[52] TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[53] *Loc. cit.*

[54] Arnau Muriá Tuñón, "Crítica a las resoluciones de la Corte con respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 554.

[55] "Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados".

[56] "...Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental...", TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

Del texto constitucional y discusiones de los congresos constituyente original y permanente no es claro concluir que "ley federal" y local se encuentran en un mismo plano. Lo más es que, conforme al texto del 133 constitucional, el derecho local cede lugar ante la Ley Suprema de toda la Unión –entiéndase Constitución, leyes y tratados– ya que los jueces de las entidades federativas "se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados",[57] pese a lo prescrito en sus constituciones o legislación estatal. En este caso, si los jueces se arreglaran a dichas leyes pese a lo prescrito en las constituciones o legislación estatal, debe concluirse que la norma estatal está por debajo de dichas leyes. Ahora bien, si "leyes" se refiere a "leyes generales",[58] podría haber cabida para que el orden federal, distinto al general, quedara a la par del local.

5. El criterio de 2007

En 2007, la SCJN, reunida en Pleno, estableció una tesis que en lo general se pronunció en el mismo sentido que la anterior de 1999. Reafirmó que los tratados se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución federal, pero ahora precisó que se encuentran por encima de las leyes generales y las federales y locales, estas últimas dos, al mismo nivel.[59] Lo anterior se razonó al señalar que el Estado mexicano debe observar el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*,[60] según el cual, señala la SCJN, cada Estado "contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional".[61]

[57] Artículo 133 constitucional, segunda oración.

[58] Ver *infra* notas 163 a 188.

[59] TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 650 (2007), *supra* nota 27.

[60] Locución latina que significa lo pactado debe cumplirse y que tiene su fundamento en la virtud moral de la justicia y la dimensión jurídica del hombre. *Cfr.* Agustín Basave Fernández, *Filosofía del derecho internacional, iusfilosofía y politosofía de la sociedad mundial*, UNAM, México, 2001, pp. 97-103.

[61] TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES, *supra* nota 27.

IV. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

1. El siglo XIX

En la Constitución de 1824, los estados de la federación debían guardar y hacer guardar lo establecido en los tratados.[62] El Acta Constitutiva y de Reformas de 21 de mayo de 1847, prescribe que toda ley estatal que "ataque la Constitucion ó las leyes generales" habrá de ser nula cuando lo decrete el Congreso.[63] Es de señalar que dicha Acta prohíbe alterar principios que considera básicos, incluidos la independencia nacional, la división de poderes y la forma de gobierno republicano.[64] Las constituciones de 1857[65] y 1917[66] precisan que existe una LSTU integrada por tres elementos: constitución, leyes del congreso de la unión y tratados. Así, las constituciones de 1824, 1857 y 1917 manifiestan la naturaleza tripartita de la LSTU.

[62] "Art. 161. Cada uno de los estados tiene obligación … 3o. De guardar y hacer guardar la constitución y leyes generales de la unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación, con alguna potencia estranjera". Salvo expresión en contrario, los textos constitucionales históricos que se citan provienen de: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Secretaría de Gobernación, México (2006). Debe señalarse que el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (31 de enero de 1824) –constitución provisional de la República Mexicana– no contiene una disposición similar.

[63] "Art. 22. Toda ley de los estados que ataque la Constitucion ó las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración solo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores".

[64] "Art. 29. En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la nación, su forma de gobierno republicano, representativo, popular, federal, y la división, tanto de los poderes generales como de los estados".

[65] "Art. 126. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones ó leyes de los estados".

[66] "Art. 133. Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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". Éste es el texto original publicado en 1917. Fue enmendado en 1934. *Cfr. infra* el texto que acompaña a las notas 74 a 102, relacionadas con dicha reforma constitucional.

Incluso algunos autores y la propia SCJN reconocen *prima facie* que eso es lo que establece la Constitución –una trinidad– para inmediatamente indicar que ello no podría ser, que el legislador se equivocó. La SCJN ha señalado que "...en principio la expresión '...serán la Ley Suprema de toda la Unión...' parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema",[67] para inmediatamente corregir al legislador ya que "la objeción es superada...",[68] pues los tratados tienen que estar de acuerdo con la CPEUM y las leyes tienen que emanar de ella.

En la doctrina mexicana se ha opinado que, en atención al texto constitucional, la LSTU efectivamente es un conjunto de tres elementos normativos pero acto seguido –por ninguna razón aparente o siguiendo un prejuicio piramidal kelseniano– estiman que se trataría de una relación falsa. En este sentido, Burgoa menciona que el artículo 133 constitucional, "otorga el carácter de supremacía no sólo a la Constitución, sino también a las leyes dadas por el Congreso Federal que emanen de ella y a los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República con aprobación del Senado", pero que dichas leyes y tratados tienen que estar de acuerdo con la CPEUM.[69] Burgoa no comenta sobre qué ocurriría si habiendo satisfecho inicialmente el requisito de ingreso a la LSTU posteriormente se detectara posible incompatibilidad entre CPEUM y tratados.

2. El Congreso Constituyente de 1916-1917

El proyecto que se presentó al Congreso Constituyente de 1916-1917 no fue sometido como una nueva constitución sino como una propuesta de reformas a la Constitución de 1857. El artículo 133 de la CPEUM de 1917 tuvo como antecedente directo el artículo 126 de la Constitución de 1857.[70] No tuvo antecedente en el Proyecto de

[67] TRATADOS INTERNACIONALES, *supra* nota 18, para el texto citado en forma más amplia, ver *supra* nota 25.

[68] *Loc. cit.*

[69] Burgoa, *op. cit., supra* nota 40, pp. 362 y 363.

[70] "Esta constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del congreso, serán la ley suprema en toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones ó leyes de los estados", Congreso de la Unión (Cámara de Diputados) L Legislatura, *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. VIII, *Antecedentes y evolución de los artículos 107 a 136 constitucionales*, Porrúa, 2a. ed., México (1978), p. 940 (en adelante Derechos del pueblo mexicano).

Venustiano Carranza. La Comisión de Constitución lo presentó, con el número 132, a la aprobación del Congreso Constituyente de 1916-1917. Por reforma de 1934, el artículo pasó a ser el 133.[71]

El texto propuesto por la Comisión de Constitución fue: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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".[72] El texto fue aprobado por unanimidad y pasó a ser el artículo 133 constitucional.[73]

3. La reforma de 1934

En el Senado de la República se dio primera lectura al dictamen presentado el 3 de octubre de 1933 por la Primera Comisión de Relaciones sobre el Proyecto de Ley de Nacionalidad y Naturalización que había sometido el Ejecutivo Federal y que "hace indispensable la reforma de los artículos 30, 37, 73 y 133 de la Constitución federal".[74] Adicionalmente, "...pero como para llevar a cabo la expedición de dicha Ley se necesita la reforma de las bases constitucionales que deban sustentarla, dicha Cámara colegisladora aprobó las modificaciones pertinentes a los artículos 30 y 37 de la Constitución que directamente se refieren al asunto, así como las de los artículos 73 y 133 del mismo pacto fundamental, por las razones que oportunamente se harán constar".[75] Estos asertos resultan de gran interés pues muestran que la intención del Ejecutivo –convalidada inicialmente por el Congreso federal y posteriormente por el Congreso Constituyente Permanente– fue enmendar la legislación secundaria, para lo cual se

[71] *Ibidem*, p. 938.

[72] *Ibidem*, p. 941.

[73] Sesión del 25 de enero de 1917, unanimidad de 154 votos. *Loc. cit.*

[74] DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, año II, periodo ordinario. XXXV Legislatura, t. II, núm. 7, Sesión ordinaria celebrada el 3 de octubre de 1933, p. 4.

[75] Diario de Debates, Cámara de Diputados, 19 de diciembre de 1933, p. 13.

hacía necesario reformar la Constitución. Es decir, en términos prácticos, la disposición constitucional siguió lo prescrito por la norma secundaria y no al revés.[76]

La iniciativa de reforma constitucional enmendaba diversos artículos relacionados con el tema de la nacionalidad. Adicionalmente incluyó una reforma al artículo 133, con tres efectos principales: uno de forma y dos respecto al fondo del mismo. El de forma fue sustituir "los tratados *hechos*" por el Presidente de la República, para que leyera "los tratados *celebrados*" por dicho funcionario. Los cambios de fondo fueron señalar que los tratados debían "estar de acuerdo" con la CPEUM y que el órgano legislativo que habría de aprobarlos sería el Senado y no el Congreso como mandataba el texto original.[77]

En la Cámara de Diputados no hay mayor explicación sobre la iniciativa del Ejecutivo de 1933[78] y que el Senado aprobó el 28 de octubre de 1933.[79] La iniciativa propuso dicho

[76] *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, p. 561.

[77] *Ibidem*, pp. 555-566.

[78] La iniciativa fue impulsada por Óscar Rabasa, Manuel Becerra, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, 2006, p. 110. "El promotor de la reforma [de 1934] explica que para llevarla a cabo se tuvo en cuenta la conveniencia de disipar las dudas y confusiones que suscitaba el laconismo anglosajón del texto primitivo del artículo 133 de nuestra Constitución. Surgía la primera duda respecto a si la Constitución y los tratados eran de jerarquía igual, o si había diverso rango entre la primera y los segundos, sólo porque en el texto a ambos tipos de ordenamientos se les declara ley suprema. Más aún: se llegó a suponer que los tratados internacionales ocupan rango superior al de la Constitución, sin parar mientes en que, si esta conclusión jurídica es correcta desde el plano del derecho internacional, no lo es desde el ángulo del derecho interno, que en México está integrado fundamentalmente por la Constitución. Ésta expresamente dispone que ella es ley suprema, en toda la nación, y cuando establece que los tratados también lo serán, es claro que tal cosa es cierta siempre y cuando éstos se ajusten a los preceptos expresos de la propia ley fundamental", Óscar Rabasa, *El derecho angloamericano*, México, 1944, p. 541, *apud* Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México (1980), p. 42. Tena agrega: "...en nota de la p. 542 se asienta: "El proyecto original de esta reforma fue sugerido y formulado por el autor del presente libro, cuando ocupaba un puesto de consejero jurídico en la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el año 1934", *loc. cit.* Lo cual haría dudar de la afirmación de Rabasa, ya que la reforma fue publicada en el DOF, 18 de enero de 1934, y el proceso legislativo y conceptual sólo pudo ocurrir, por lo menos, en 1933.

[79] De hecho, Ruperto Patiño, la denomina "la inexplicable reforma de 1934", *La jerarquía de los tratados y la incorporación del derecho internacional al derecho nacional*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, pp. 535-536.

cambio[80] y el dictamen de Dictamen de primera lectura de la Comisión de Puntos Constitucionales no ofreció mayor información salvo que: "Es obvia la razón que se ha tenido en cuenta para reforma el artículo 133 de la Constitución en la forma propuesta por el Ejecutivo y que el Senado acepta".[81] La Cámara aprobó la iniciativa el 19 de diciembre de 1933[82] y aprobó la declaratoria de reforma constitucional el 23 de diciembre de 1933.[83] La reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 18 de enero de 1934.[84]

Previamente, en el Senado, en el dictamen aprobado el 28 de octubre de 1933,[85] se señala, en relación con el artículo 133 y el órgano legislativo –Congreso General, Cámara de Diputados o Cámara de Senadores– que debe aprobar los tratados, que "La reforma de este

[80] El Diario de Debates de 1933 no ofrece mayor explicación o concepto alguno sobre los motivos que impulsaron la reforma publicada en el DOF de 1934, salvo que fue iniciativa del Ejecutivo Federal y aprobada por el Senado. El 19 de diciembre de 1933, en la Cámara de Diputados el Prosecretario leyó el Dictamen de primera lectura de la Comisión de Puntos Constitucionales, que se había presentado el 9 de noviembre de 1933, Diario de Debates. Cámara de Diputados, 19 de diciembre de 1933, pp. 2 y 3, sesión en la que se dispensaron los trámites: "Primera Comisión de Puntos Constitucionales. Honorable Asamblea: El Ejecutivo de la Unión, envió a la H. Cámara de Senadores del Congreso General una iniciativa de Ley de Nacionalidad y Naturalización que habrá de sustituir a la que actualmente está en vigor; *pero como para llevar a cabo la expedición de dicha Ley se necesita la reforma de las bases constitucionales que deban sustentarla, dicha Cámara colegisladora aprobó las modificaciones pertinentes a los artículos 30 y 37 de la Constitución que directamente se refieren al asunto, así como las de los artículos 73 y 133 del mismo pacto fundamental, por las razones que oportunamente se harán constar*", Diario de Debates Cámara de Diputados, Martes 19 de diciembre de 1933, p. 13 (énfasis añadido).

[81] *Ibidem*, p. 15. Con esta información, lo más que puede uno suponer haya sido la motivación del Ejecutivo para proponer la enmienda, es que por tratarse de un mayor número de legisladores, ello podría retrasar el proceso de aprobación del tratado, amén de politizar el tema con el posible enfrentamiento entre facciones políticas y partidistas. Sin embargo, el mayor diálogo al interior del órgano legislativo podría ser la justificación precisa para enviar el tratado a la discusión del legislativo para manifestar claramente el compromiso del *Estado* y no sólo del gobierno o la administración en turno.

[82] *Ibidem*, pp. 13-16.

[83] *Ibidem*, 23 de diciembre de 1933, p. 43.

[84] P. 208.

[85] El dictamen de las Comisiones Unidas, Primera de Relaciones y Segunda de Puntos Constitucionales sobre la iniciativa mencionada se aprobó el 28 de octubre de 1933, Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, periodo ordinario. XXXV Legislatura. t. II, núm. 12. Sesión ordinaria celebrada el día 28 de octubre de 1933, pp. 6-9.

artículo es más al texto que a su contenido. El artículo actualmente en vigor no especifica que los tratados internacionales, junto con la Constitución y leyes expedidas por el Congreso, serán la Ley Suprema de la Unión, siempre que estén de acuerdo con la misma. Por esto hemos creído conveniente hacer esta salvedad, pues en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas en un tratado internacional y las de la propia Constitución, sería difícil, teniendo a la vista los textos constitucionales únicamente decidir cuál de las dos disposiciones debe prevalecer".[86] Lo anterior parece mostrar que el cambio realizado sobre el órgano que debe aprobar los tratados realmente no fue analizado en el proceso de reforma y que la intención únicamente consistía en procurar la concordancia entre el texto constitucional y las disposiciones del tratado.[87] Así, en el Senado –como cámara de origen– se recoge y expresa que la reforma busca precisar, en términos constitucionales, que los tratados requieren estar de acuerdo con la Constitución y que para ese propósito el Senado debe verificar la correlación normativa.[88]

La enmienda de 1934 propugnaba que para efectos del texto constitucional mexicano los derechos interno e internacional –los tratados– estuvieran acordes. Gran parte del *quid* estriba en definir y precisar el significado que se adscriba al vocablo "de acuerdo". ¿Qué significa el concepto estar "de acuerdo"? La expresión refiere que coinciden en objetivo, en cosmovisión, en propósito y, posiblemente –quizás deseablemente– en redacción, situación esta última que sólo podría ocurrir en la utopía. Esencialmente, la expresión manifiesta que hay

[86] *Ibidem*, p. 8. El párrafo completo dice: "La reforma de este artículo es más al texto que a su contenido. El artículo actualmente en vigor no especifica que los tratados internacionales, junto con la Constitución y leyes expedidas por el Congreso, serán la Ley Suprema de la Unión, siempre que estén de acuerdo con la misma. Por esto hemos creído conveniente hacer esta salvedad, pues en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas en un tratado internacional y las de la propia Constitución, sería difícil, teniendo a la vista los textos constitucionales únicamente decidir cuál de las dos disposiciones debe prevalecer. Por esto, de una manera clara, establecemos en este artículo la supremacía de la Constitución". *Loc. cit.*

[87] Además de inexplicable, Patiño considera que la reforma de 1934 pudiera ser "el resultado de un error, por parte de la mecanógrafa que elaboró la minuta correspondiente y que nadie detectó, porque es posible que la mecanógrafa que escribió el documento en la máquina de escribir, seguramente de marca *Remington*, le pareciera que el Senado y el Congreso eran lo mismo", *supra* nota 79, p. 536.

[88] *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, p. 562.

conformidad[89] –o semejanza, igualdad, concordia, asenso, aprobación y tolerancia– o afinidad.[90] Lo que resulta central es que el texto constitucional y la norma internacional deben ser consistentes entre sí, y siempre en beneficio de la población mexicana en concordancia con el artículo 39 constitucional.[91]

Al efecto, recordemos que en 1857, en las discusiones del artículo 15 constitucional, Francisco Zarco presentó una enmienda para que el texto constitucional –actualmente en vigor– expresara que los tratados no deben ser un medio para modificar o alterar las garantías que la constitución otorga a la población mexicana.[92] En su expresión, consideraba que las naciones y las potencias extranjeras pueden abusar de su capacidad; fuerza de las grandes potencias que en las relaciones internacionales –en su opinión– puede forzar a que las potencias pequeñas cedan ante presiones e intereses individuales de los grandes y que posiblemente los intereses de las grandes potencias no correspondan con los de las pequeñas naciones. De hecho, Zarco expresamente señaló que no se deben ceder límites en esa capacidad

[89] "1. Semejanza entre dos personas. 2. f. Igualdad, correspondencia de una cosa con otra. 3. f. Unión, concordia y buena correspondencia entre dos o más personas. 4. f. Simetría y debida proporción entre las partes que componen un todo. 5. f. Adhesión íntima y total de una persona a otra. 6. f. Ascenso, aprobación. 7. f. Tolerancia y sufrimiento en las adversidades", Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, voz *conformidad*, disponible en www.rae.es.

[90] "Proximidad, analogía o semejanza de una cosa con otra" y "atracción o adecuación de caracteres, opiniones, gustos, etc., que existe entre dos o más personas", Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, voz *afinidad*, disponible en www.rae.es.

[91] "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. *Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste*. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno", art. 39, CPEUM (énfasis añadido).

[92] Francisco Zarco propuso el 18 de julio de 1856 la adición: "Tampoco podrán celebrarse tratados ni convenios en virtud de cuyas disposiciones se puedan alterar las garantías y derechos que otorgan esta constitución". Señaló que aun cuando podría parecer inútil la adición, se volvía necesaria ya que las "grandes potencias tienden generalmente a influir en los negocios de los países débiles. En virtud de un tratado, pueden pues, perderse ciertos derechos políticos, o perderse otras libertades, como la de comercio, la de tránsito, etc. Si hoy nada tenemos que temer a este respecto, nadie puede conocer el porvenir, y acaso un día las naciones de Europa querrán arrebatarnos nuestros derechos políticos, o los Estados Unidos persistirán en su empeño de que permitamos la extradición de esclavos, nulificando así los dos artículos que se acaban de aprobar". El artículo y la adición fueron aprobadas por unanimidad de 80 diputados en la sesión del 27 de noviembre de 1856. Francisco Zarco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, Senado de la República, LX legislatura, enero de 2007, pp. 187-188.

a las facultades que el Ejecutivo tiene para celebrar tratados y de esa forma auxiliarle en sus negociaciones internacionales, a efecto de que los tratados no tengan capacidad ni oportunidad de alterar las garantías del hombre recogidas en la Constitución. Podría inferirse que esta intención del Constituyente de 1857 podría ser extendida al Constituyente de 1917, en la medida que dicho artículo 15 no fue objetado, pero tampoco mencionado ni discutido.[93]

4. Límites a la faculta de celebrar tratados

La CPEUM prohíbe celebrar tratados mediante los cuales se puedan extraditar a reos políticos o de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos. Más importante para nosotros, está prohibida la celebración de "convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano".[94] Conforme al *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, el término "alterar" significa modificar la esencia de una cosa.[95] "Alterar" entonces implicaría que las garantías constitucionales no pueden ser modificadas en su detrimento. Pero, *stricto sensu*, "alterar" podría representar que tampoco podrían modificarse esas garantías en beneficio de la población mexicana. Esto, que parece un tanto contradictorio, es el sentido natural del término, pero parece resultar coincidente con las declaraciones de Francisco Zarco en 1857.[96]

Los tribunales han señalado que los tratados no tienen posibilidad de reducir las garantías o menoscabarlas, pero sí tienen capacidad de incrementarlas, en lo que se denomina una ampliación de garantías. Esencialmente, "...cuando los tratados internacionales reglamentan

[93] El artículo 133 constitucional fue aceptado sin enmiendas ni modificaciones. *Derechos del pueblo mexicano*, *op. cit.*, *supra* nota 70, p. 941.

[94] "No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano", Art. 15, CPEUM.

[95] "Cambiar la esencia o forma de algo", Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, voz *alterar*, disponible en www.rae.es.

[96] *Supra* nota 92.

y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan".[97]

Pese a lo anterior debe recordarse que el término "alterar" significa modificar la *esencia*. No un accidente o una modalidad, sino su esencia. Por lo cual, mejorar o robustecer una garantía no significaría un detrimento o menoscabo, pues la esencia en sí permanece inmutable y la posible "alteración" resultaría en el fortalecimiento de la propia garantía.

Para estos propósitos, es menester recordar y analizar qué y cuál es la esencia de las garantías individuales. La doctrina nos ha señalado y la SCJN ha indicado que las garantías individuales buscan proteger al individuo y a la persona frente al Estado.[98] Es evidente que las capacidades de protección no habrían de ser menoscabadas o reducidas por que ello conllevaría a que el medio de protección quedara reducido o incluso desaparecido. Esto no significa, por el contrario, que se altere la esencia de la garantía porque se permita la ampliación

[97] "Conforme al artículo 133 constitucional, la propia 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. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan", TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES, ius 180 431 (2004), XX, *Semanario Judicial de la Federación*, 1896 (septiembre de 2004), Novena época. Tesis I.4o.A.440 A, Cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito. Amparo en revisión 799/2003. *Ismael González Sánchez y otros*. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

[98] En otras partes he apuntado a la posibilidad de que los particulares también pueden violar derechos humanos y que no es sólo el Estado quien posee poder frente al cual se deba proteger a la persona. Rodrigo Labardini, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 24, núm. 24, México, 2000, pp. 511-565; "Los elementos de los derechos humanos", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 31, 2001, México, pp. 215-241; "Autoridad y derechos humanos", *Ars Iuris*, núm. 26, 2001, Escuela de Derecho, Universidad Panamericana, México, 2001, pp. 131-171; "La violación de los derechos humanos por los particulares", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 26, núm. 26, México, 2002, pp. 529-599; *Derechos humanos y los particulares: la responsabilidad corporativa, Iuris Tantum*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac, año XX, núm. 16, Otoño-Invierno 2005, pp. 125-158; "Los particulares y la tortura en México", *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Procuraduría General de la República, México, núm. 10, Cuarta época, julio-agosto de 2009, pp. 55-73.

de garantías a efecto de no sólo reforzar la protección ya otorgada por las garantías individuales sino ofrecer un *mayor* nivel de protección, mayor número de candados para proteger a las personas e incrementar la fuerza de estas garantías. Esto se contempla no sólo respecto al contexto original sino para adecuar las garantías y los derechos en el contexto moderno y contemporáneo que probablemente no hubiera sido concebido o previsto inicialmente por la misma norma. Esto es, la ampliación de garantías debe considerarse que es aceptada bajo el término constitucional de "alterar", de que no se puede modificar la *esencia* de las garantías constitucionales, aunque sí reforzarlas y a que ello realmente no la altera sino que la robustece. Ello no impide su ampliación pues si bien modifica el contenido del concepto empleado –ya que no es el mismo que antes– en realidad refuerza la *esencia* de la garantía individual, de los derechos fundamentales y los derechos humanos.[99] En esencia, esa ampliación es la que fortalece el contenido material[100] de la norma constitucional. En ese sentido, se robustece y no se altera lo esencial: la protección de la persona.

Por lo anterior, debe estimarse que los tratados sí pueden *stricto sensu* "alterar" las garantías –porque estarían modificando parte del

[99] Destacamos que el término "derechos fundamentales" es el que ha utilizado la SCJN al referirse a las facultades de que gozan los seres humanos por su naturaleza humana, por ser seres humanos. Es el término que los tribunales en México han usado tradicionalmente y que más se acerca al contenido de los derechos humanos, en términos del derecho internacional de los derechos humanos. En una búsqueda realizada en el programa de consulta IUS-2009 (diciembre de 2009) de la SCJN, se obtienen 4 747 registros, en donde el término "garantías individuales" aparece en el rubro o en el texto de tesis y jurisprudencias, 414 con el término "derechos fundamentales" y 136 con el término "derechos humanos". Estos números respectivamente representan un crecimiento –en el último año– del 9.8%, 0.7% y del 38.77%. *Cfr.* Rodrigo Labardini, "Una propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año XLIII, núm. 129 (septiembre-diciembre de 2010), pp. 1199-1232

[100] Material: "la Constitución es el estatuto primordial, es el que determina toda la actividad jurídica, es el conjunto de normas según las cuales se van a crear y según las cuales van a vivir todas las demás normas. [...] De este concepto de supremacía material se derivan dos consecuencias muy importantes: i) el principio de legalidad; todo acto contra la Constitución carece de valor jurídico, y ii) cada órgano tiene competencia que no se puede delegar salvo los casos expresamente señalados en la misma Constitución". Formal: "para poder modificar una norma constitucional se necesita la intervención de un órgano especial; se crea un orden jerárquico de las normas del sistema jurídico donde la Constitución se encuentra en el lugar más alto. Este principio se basa en la idea de que la Constitución escrita sólo puede ser reformada por un procedimiento especial y no por el que son reformadas las normas de la legislación ordinaria". Georges Burdeau (*apud.* Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, p. 8).

contenido de esas garantías–, pero sólo cuando ello ocurre en beneficio de la población, lo que resulta consistente con el artículo 39 constitucional. Esto parece mostrar que el mismo objetivo es buscado por las disposiciones constitucionales del art. 39 de la CPEUM y las normas internacionales según prescribe el principio *pro persona*[101] o *pro homine*, el cual es de aplicación obligatoria en territorio mexicano.[102]

I. El propósito de la constitución o ¿para qué sirve la constitución?

Se ha dicho varias veces que la constitución es el conjunto de factores reales del poder.[103] Igualmente se ha repetido que es la norma funda-

[101] Karlos Castilla, "El principio Pro Persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 69-70. Adicionalmente, los tribunales han dictaminado que este principio es de aplicación obligatoria.

[102] "El principio *pro homine*, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 y el 20 de mayo de 1981, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, *es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.*", PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA, IUS 179 233 (2004), Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 202/2004. XX, *Semanario Judicial de la Federación*, 2385 (octubre de 2004), Novena época. Tesis I.4o.A.441 A (énfasis añadido), *Javier Jiménez Sánchez.* 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez. "El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio", PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN, ius 180 294 (2004), Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 799/2003. XX, *Semanario Judicial de la Federación*, 2385 (octubre de 2004), Novena época. Tesis I.4o.A.441 A, *Ismael González Sánchez y otros.* 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

[103] Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una constitución?*, señala que un monarquista diría que la constitución "es un pacto jurídico entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país", pero un republicano respondería que "es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación". Conforme a Lasalle, la constitución es ley

mental.[104] Así, la constitución es la norma que organiza y establece las condiciones en que la autoridad puede actuar, la manera en que el gobierno –las autoridades– debe actuar pues "éstas se encuentran constituidas, reguladas y en funcionamiento con el objeto innegable de contribuir a la realización de los fines del Estado de derecho".[105]

fundamental que ahonda más que las leyes secundarias, "constituye" al real fundamento de la legislación secundaria y es una fuerza activa que permite que las instituciones jurídicas y las leyes sean. Para la creación de esas constituciones es necesario tomar en cuenta los "factores reales del poder", que pueden abarcar la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, la banca, la conciencia colectiva, la pequeña burguesía y la clase obrera.

[104] "Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental", TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[105] "Cuando una persona presenta demanda o denuncia con pretensiones resarcitorias o sancionatorias contra proveedores de mercancías o servicios, e invoca como base hechos susceptibles de configurar ilícitos afectatorios de derechos colectivos de los consumidores, la autoridad receptora, sin perjuicio de dictar lo que le incumba dentro de su competencia, debe dar vista a la Procuraduría Federal del Consumidor, con copia certificada de la demanda o denuncia y de las provisiones tomadas, con el fin de que dicha autoridad administrativa despliegue sus atribuciones de procuración mediante la asunción de las medidas necesarias para la satisfacción del interés colectivo que se dice vulnerado, ya sea mediante una investigación, con la imposición de la sanción conducente o inclusive con el ejercicio de la acción colectiva jurisdiccional prevista en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, si se actualizan los supuestos legales. Esta vista encuentra sustento jurídico, primordialmente, en el principio general inherente a todo régimen democrático que reconoce como punto de partida la corresponsabilidad de toda la población de un Estado nacional, en la consecución de los fines de orden público e interés general perseguidos a través del Estado de Derecho. De este principio resulta un derecho de participación y deber cívico a la vez, de cooperación o colaboración con las autoridades establecidas para la satisfacción óptima, eficaz y oportuna de las funciones encomendadas a dichas autoridades en beneficio del conglomerado social; y este interés confiere legitimación para poner en conocimiento de los órganos correspondientes los hechos u omisiones con los que se puedan ver transgredidos los preceptos legales aplicables o puesta en peligro la realización de los valores tutelados. Este principio encuentra pleno reconocimiento en la doctrina general y en el derecho positivo mexicano, particularmente en los artículos 1o. y 97 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en donde se determina que dicha ley es de orden público e interés social, de observancia en toda la República, cuyas disposiciones son irrenunciables, y tiene por objeto promover y proteger los derechos y cultura del consumidor, así como procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, y por esto faculta a cualquier persona para denunciar ante la procuraduría las violaciones a dicha ley, así como de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, las normas oficiales mexicanas y las demás disposiciones aplicables de protección al consumidor. *Este derecho y deber cívico de solidaridad social resulta aplicable a las autoridades, por mayoría de razón, porque éstas se encuentran constituidas, reguladas y en funcionamiento con el objeto innegable de contribuir a la realización de los fines del Estado de Derecho,* organizados inicialmente con el principio de división del trabajo, pero unidos por la necesidad imprescindible de colaboración total, para la satisfacción de los fines generales de carácter común", PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. LAS AUTORIDADES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE COMUNICARLE POSIBLES FALTAS DE SU INCUMBENCIA (APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN CIUDADANA POR MAYORÍA DE RAZÓN), IUS 169 825 (2008), Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 75/2008. *Gabriel Juan Eduardo Andrade Sánchez.* 21 de febrero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Define sus funciones y al hacer esto fija el principio general de que la autoridad sólo está facultada para hacer aquéllo que le está expresamente otorgado.[106] Asimismo establece cuáles son los derechos y capacidades que tienen las personas frente a sus autoridades gubernamentales. Al convivir en sociedad, la constitución fija las reglas generales mediante las cuales esa población puede desarrollarse y defenderse frente a los actos de autoridad –arbitrarios o no– que estime la perjudican. Si mediante un tratado se llegaran a alterar[107] las garantías individuales, los derechos fundamentales contenidos en la constitución[108] o los derechos del hombre y mediante esa alteración

[106] "La orden de aprehensión es un acto de autoridad que en caso de incumplir con los requisitos del artículo 16 constitucional violenta de manera grave la garantía de libertad, elemento primordial de la dignidad humana, así como la garantía de debido proceso, pues basta que se omita o se actúe en forma imprecisa por parte de la autoridad emisora para que se altere el sistema jurídico nacional. Ahora bien, si el artículo 16 constitucional subordina la eficacia de las actuaciones de toda autoridad a la competencia otorgada por las leyes que regulan sus atribuciones, asimismo, *debe estarse atento al principio de distribución que priva en todo Estado de Derecho, el cual consiste en que las constituciones establezcan facultades limitadas y expresas para las autoridades, permitiéndoles actuar únicamente dentro de los parámetros que de manera expresa les dicte la legislación vigente*; por tanto, si la orden de aprehensión fue emitida por un juez carente de competencia territorial, es evidente que dicho mandato de captura transgrede el referido artículo 16 constitucional, pues atento a lo previsto por el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California, que establece la división de los partidos judiciales, no obstante que se establezca un partido judicial para una municipalidad determinada existe dentro de éste la distribución por exclusión, como se advierte del acuerdo de fecha nueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve del Pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de Baja California, por lo que deberá atenderse a la especialización territorial para determinar la competencia territorial respectiva", ORDEN DE APREHENSIÓN. LA EMITIDA POR UN JUEZ CARENTE DE COMPETENCIA TERRITORIAL, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA), IUS 178 680 (2005), Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, *Amparo en revisión 519/2004.* 28 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretaria: Patricia Hale Pantoja.

[107] Atendiendo a que el término "alterar" significa cambiar la esencia, pero que la "alteración" que resulte en el fortalecimiento de la garantía respectiva realmente no la altera. *Cfr. supra* notas 92-102.

[108] *Cfr. supra* nota 99 sobre los conceptos "garantías individuales", "derechos fundamentales" y "derechos humanos".

se menoscabaran los derechos contenidos, es claro que atentarían en contra del texto prescrito por el artículo 15 constitucional, justo en el sentido de lo que previó el legislador originario (del Congreso Constituyente de 1857).[109] Una posible contradicción de esta naturaleza –*si se detectara previo a la ratificación* del tratado y su entrada en vigor para México– seguramente impediría que el tratado llegara a ser parte de la LATU, dado de que su norma estaría yendo en contra de lo prescrito por la constitución; pero debería de tratarse no sólo de un desacuerdo, no sólo una falta de afinidad plena sino de una oposición frontal. Ello sería porque se trataría: 1) de una contradicción, 2) detectada *previo* a la entrada en vigor para México[110] y 3) que resultaría en *menoscabar el derecho de la persona* (frente a la autoridad).

1. Valores sociales

Frecuentemente se olvida, pero la constitución también es reflejo de los valores que la sociedad mexicana tiene y los que propugna. Esto incluye reconocer algunos principios y normas como fundamentales y supremos, y que deben ser el faro y la guía de toda acción pública en México.[111] Elemento esencial en este concepto son el conjunto de garantías individuales y derechos fundamentales –utilizando el vocablo recurrido por el poder judicial y la doctrina[112]– reconocidos en la constitución y que –en la medida en que en años recientes el término ya también ha sido utilizado judicialmente–[113] incluiría a los derechos humanos.

Pero la sustancia fundamental que refleja la constitución, son los valores que tiene la sociedad y a los que aspira.[114] La constitución

[109] *Cfr.* las aseveraciones de Francisco Zarco, *supra* nota 92.

[110] Sea en la negociación, en la celebración o en la aprobación del Senado, pero ciertamente antes de su ratificación. Al efecto recordemos que un tratado entra en vigor para México cuando entra en vigor internacionalmente y no cuando es publicado en el *Diario Oficial de la Federación*. Una vez aprobado por el Senado y ratificado por el Ejecutivo, el instrumento internacional entrará en vigor conforme a sus disposiciones.

[111] Rodrigo Labardini, "La Ley Suprema (secundaria)", *Crónica*, 5 de diciembre de 2009, p. Opinión-4.

[112] *Cfr. supra* nota 99.

[113] *Cfr. supra* nota 99.

[114] Labardini, *La Ley Suprema (secundaria)*, *op. cit.*, *supra* nota 111, y Rodrigo Labardini, "Deberes humanos", *Crónica*, 7 de julio de 2010, p. Opinión-4.

no es sólo la expresión de los factores reales del poder sino que los reconoce, los adopta y les da forma hacia la aspiración de una sociedad justamente por considerarlos soluciones justas a los problemas de su realidad histórica-social-política.[115] Ello presumiblemente sería logrado al definir los principios de justicia que como nación quiere aplicar México en pos de un Proyecto de Nación 2100.[116]

En esta óptica, el propósito de las normas constitucionales sería no sólo reflejar los valores que se encuentran en la constitución y adoptar las medidas pertinentes para desarrollarlos en la legislación secundaria. Más importante, definen los cotos al poder necesarios para proteger dichos derechos. Esto conlleva también a establecer los mecanismos de defensa –las garantías constitucionales[117]– que los ciudadanos requieren accionar en su provecho. El concepto de derechos fundamentales –reconocidos en la CPEUM– corresponde –como el concepto mexicano más cercano– al de derechos humanos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.[118] Parece claro que tanto derechos fundamentales como derechos humanos –con el principio *pro persona*[119]– y la CPEUM –en el artículo 39, segundo párrafo[120]– propugnan el mismo objetivo: propiciar y defender el mayor bienestar de la población. Se trata de un propósito convergente, pero no del todo coincidente por los términos legales empleados.

Entre estos valores que la sociedad mexicana privilegia podemos identificar el derecho a la vida,[121] a una familia,[122] las libertades en

[115] "El derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas justas soluciones a los problemas surgidos de la realidad histórica", Villoro Toranzo, *supra* nota 38, p. 127.

[116] *Cfr.* Rodrigo Labardini, "Hacia un Proyecto de Nación 2010", Labardini, "¿Cuál justicia?", Labardini, "Deberes humanos", publicados en *Crónica*, 30 de enero de 2010, 5 de junio de 2010 y 7 de julio de 2010, respectivamente, todos en p. Opinión-4.

[117] El juicio de amparo, art. 107 de la CPEUM, y el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, art. 99 de la CPEUM.

[118] *Cfr. supra* nota 99.

[119] *Cfr. supra* nota 101.

[120] *Cfr.* art. 39, segundo párrafo, CPEUM, *supra* nota 16.

[121] *Cfr. infra* texto que acompaña a las notas 343 y 344.

[122] Es de señalar que en tanto los tratados sí reconocen el derecho a fundar una familia. "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta", art. 17(2), *Convención Americana de Derechos Humanos*, DOF, 7 de mayo de 1981 (CADH), y

general –incluyendo tránsito, expresión, religión, conciencia, derechos políticos, laborales, y muchos más. Varios de estos valores no están reflejados con precisión absoluta o total en el texto constitucional dado que la función de ésta es fijar las normas generales de la nación mexicana y que para servir debidamente como guías de Estado y de la nación mexicana no es prudente desarrollar *in extremis* los conceptos, so riesgo de limitar el futuro nacional y la propia utilidad de la norma constitucional.

2. Vida

Entre otras, menciono dos ausencias jurídicas constitucionales relevantes. La CPEUM no señala expresamente que toda persona tiene derecho a la vida en tanto que los tratados sí lo hacen.[123] En 2005, al

"Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"; art. 23 (2), *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, DOF, 20 de mayo y 22 de junio de 1981 (PDCP) la CPEUM no lo hace, Rodrigo Labardini, "La familia mexicana-I", *Crónica*, 7 de agosto de 2010, p. Opinión-4. La Constitución prescribe que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia (art. 4, segundo párrafo) y que toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa (art. 4, sexto párrafo), que son condiciones cuando ya existe la familia, pero no conllevan inherentemente a que toda persona tiene derecho a fundar una familia. *Cfr. infra* texto que acompaña a las notas 126 a 137. Esta interpretación no promueve eugenesia o micegenia, pero son ejemplos prácticos conocidos en la historia.

[123] *Cfr. infra* texto que acompaña a las notas 343 y 344. Sin embargo: "Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, *se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana,* así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito

quitar la pena de muerte de la CPEUM, también se modificó el artículo 14, segundo párrafo, para que no se pudiera privar de la vida mediante juicio en tribunales previamente establecidos.[124] El propósito de la enmienda –conjuntamente con retirar la pena de muerte en el artículo 22 de la CPEUM– fue quitar la posibilidad de privar de la vida mediante orden judicial. Sin embargo, al contrastar los textos original y vigente del precepto constitucional –y como abogado del diablo– puede afirmarse que el texto vigente *a contrario sensu* podría permitir privar de la vida sin juicio previo. La CPEUM tampoco contempla la prohibición de la reinstauración o no de la pena de muerte, en tanto que los tratados expresamente prohíben su reinstalación.[125]

Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, *se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento* y puede ser designado como heredero o donatario, *se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales*", DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES, IUS 187 817 (énfasis añadido), *Acción de inconstitucionalidad 10/2000.* Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel, respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

[124] El artículo 14 original señalaba: "Nadie podrá ser privado de *la vida,* la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (énfasis añadido). La reforma de 2005 quitó los vocablos "la vida".

[125] "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido", artículo 4(3), CADH, *supra* nota 122. *Cfr. infra* el texto que acompaña a las notas 349 a 355.

3. Familia

Pese a que varias disposiciones constitucionales aluden a la familia, la CPEUM no contiene explícitamente el derecho de toda persona a una familia. Por su parte, los tratados de los que México es parte sí señalan que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia.[126] Creo que todos coincidimos en que toda persona tiene derecho a fundar una familia. Sin embargo, la precisión de las características y condiciones generales que esa familia tiene (o debe tener) varían entre distintos sectores de la población. Una familia es un grupo social en el que las personas responsables del hogar y los miembros de la familia se protegen, acompañan, auxilian y ayudan entre sí; en esencia, conviven y comparten entre sí. Ante la alta tasa de divorcio que existe en el mundo[127] y las circunstancias sociales que han surgido en las últimas décadas, pareciera que la familia –y el derecho a fundarla– está siendo redefinido en su contenido[128] conforme al desarrollo y cambios en la realidad y sus circunstancias. Hemos visto y todos los días aceptamos la evolución que la familia ha tenido:

[126] Arts. 17 (2), CADH y 23 (2), PDCP, ambos *supra* nota 122. La CPEUM parece tratar a la familia como un dato metajurídico de la realidad, Labardini, "La familia mexicana-I", *supra* nota 122.

[127] En 2002 los porcentajes de divorcio más altos en el mundo (como porcentaje de nuevos matrimonios) se registraron en Suecia (54.9), Belarús (52.9), Finlandia (51.2), Luxemburgo (47.4), Estonia (46.7), Australia (46) y Estados Unidos (45.8). *World Divorce Statistics*, Divorce Magazine.com, disponible en http://www.divorcemag.com/statistics/statsWorld.shtml. Las tasas (como divorcios por cada 1 000 habitantes por año) más elevadas fueron Maldivas (10.97), Guam (4.34), Belarús (4.3), Rusia (4.3), Estados Unidos (4.1), Ucrania (4); en tanto que México registró 0.48. *Loc. cit.* La tasa en México es de 13% por cada 100 matrimonios (2007), "Se eleva la tasa de divorcios en México", Milenio online, 13 de febrero de 2009, disponible en http://impreso.milenio.com/node/8532027. Sin embargo, en 2005 la misma tasa registrada en el país fue de 11.8 divorcios, en 2000 de 7.4 y en 1970 de 3.2. Juan Balboa, "En aumento, el número de divorcios en México: INEGI", *La Jornada*, 14 de febrero de 2007, disponible en http://www.jornada.unam.mx/2007/02/14/index.php?section=sociedad&article=047n1soc. Estos datos arrojan un incremento del 59.45% entre 2000 y 2005, y 10.11 entre 2005 y 2007. En algunos estados del norte de México la cifra de divorcios es tres veces mayor (2007): en Baja California fue de 31.8 y de 30.6 en Chihuahua. En algunas entidades los divorcios han aumentado hasta 30% en los últimos cinco años. "De cada 100 matrimonios, 10 terminan en divorcio", El Informador.com.mx, disponible en http://www.informador.com.mx/mexico/2009/139053/6/de-cada-100-matrimonios-10-terminan-en-divorcio.htm (fuentes consultadas 4 de septiembre de 2010).

[128] Y probablemente se seguirá ajustando a la realidad, acompañando a la evolución humana.

las familias con un solo padre –mujer u hombre–, disfuncionalidad familiar, alta movilidad y alejamiento físico de hijos y padres por estudios y trabajo. El Distrito Federal –y otras partes del mundo–[129] ha legislado a favor de una sociedad de convivencia que –compartamos intención o no– pretende establecer derechos similares a los que hay en una familia para personas del mismo sexo.[130] Posteriormente legisló para que el matrimonio pudiera celebrarse entre personas del mismo sexo.[131] En épocas contemporáneas observamos comunidades virtuales que llamamos familia porque en *Facebook* nos reunimos[132] y porque 30% de parejas en Estados Unidos se conocieron vía Internet[133] y el 7% de la población mexicana (8 millones de personas) busca activamente pareja en el mismo medio.[134] Con esto en mente, parece surgir

[129] En Canadá, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Reino Unido, Nueva Zelandia y Sudáfrica se ha legislado en favor de sociedades de convivencia o matrimonio entre personas del mismo sexo, Ramon Johnson, "States and Countries that Allow Gay Marriage", About.com, 4 de noviembre de 2009, http://gaylife.about.com/od/samesexmarriage/a/legalgaymarriag.htm (consultado 4 de septiembre de 2010).

[130] El 16 de noviembre de 2006 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal ("La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda", art. 2).

[131] En 2009, se modificó el art. 146 del Código Civil para el Distrito Federal para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo ("Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código"). La SCJN resolvió el 5 de agosto de 2010 –ocho votos contra dos– que dichas reformas son constitucionales, aunque la decisión no estableció bien cuál era el sentido jurídico de la decisión, Labardini, "La familia mexicana-I", *supra* nota 122. Tres ministros validaron la reforma para evitar la discriminación, cuatro por considerar que los estados son libres de legislar en la materia y uno para proteger a la familia sin importar el modelo. El ministro ponente ofreció reunir los dos primeros argumentos en la decisión, pero dos de los ocho ministros de mayoría se opusieron y hubo quienes reservaron su voto hasta la decisión final. El 10 de agosto de 2010 la SCJN –9 votos contra dos– resolvió que dichos matrimonios son válidos en todo el país, Jesús Aranda, "Válidas en todo el país las bodas gays del DF, determina la Corte", en *La Jornada*, 11 de agosto de 2010, en http://www.jornada.unam.mx/2010/08/11/index.php?section=sociedad&article=040n1soc (consultado el 4 de septiembre de 2010).

[132] Es frecuente encontrar datos de una persona muy buen amigo del perfil, denominarlo ante el mundo comunitario virtual como "hermano".

[133] El 61% de parejas homosexuales se conocieron por Internet. Laura Blue, "How couples meet", *Time*, 17 de agosto de 2010, en http://wellness.blogs.time.com/2010/08/17/how-couples-meet/ (consultado 4 de septiembre de 2010).

[134] *Publimetro*, 2 de agosto de 2010.

cierto entendimiento social (evolucionado) sobre familia y sobre el acompañamiento entre personas y los derechos que surgen entre ellos. De seguir así, no sería de sorprender un "matrimonio bostoniano",[135] o asociación fáctica entre personas mayores que conviven varios años sin vínculos afectivos o familiares, situación cercana a la sociedad de convivencia del Distrito Federal.

Lo cierto es que el artículo 4o. constitucional prescribe que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, pero no precisa sus características.[136] Pero –más importante– no debe precisarlas. El contenido específico de los derechos consagrados en documentos básicos constitucionales no debe ser definido en el mismo, salvo que se considere un elemento vital del Estado. El contenido del derecho debe ser expresado por la sociedad en la medida que va siendo recogida en textos legales –nacionales e internacionales– y evoluciona con las épocas mutantes de la realidad contemporánea. El contenido particular de los valores que profesa y propugna la sociedad mexicana no debe precisarse a nivel constitucional –en particular en una constitución jurídica y formalmente rígida[137]– sino dejar la definición de su contenido para la legislación secundaria. En este sentido, los valores constitucionales deben ser preservados y el derecho internacional es un excelente vehículo para ello.

4. Niño

En forma similar ocurre esto con los derechos del niño. La CPEUM dispone en los párrafos séptimo,[138] octavo[139] y noveno[140] del artículo 4o. que debe preservarse su derecho a la alimentación, la salud, educación y esparcimiento para su desarrollo integral, respeto a la dignidad del niño y facilitar que los particulares coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) disponen que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere.[141] Por el contrario, la Declaración de los Derechos del Niño (1959)[142] y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989),[143] internacionales, detallan estos derechos. De esta forma, las normativas nacional e internacional procuran establecer esa protección y ambos sistemas normativos deben ser interpretados, vistos y ejecutados en atención a proteger a los niños y promover a la familia como célula básica de la sociedad.

[135] En *The Bostonians* (1885), Henry James otorga vida a dos libre pensadoras que viven juntas (Olive Chanceller y Verena Tarrant), en lo que es un arreglo entre dos mujeres que vivían juntas sin tener lazos de pareja y sin depender de varón alguno para su manutención. *Cfr.* María del Pilar Montes de Oca, "El matrimonio bostoniano", *Algarabía*, núm. 68 (mayo 2010).

[136] *Infra* notas 205 a 209.

[137] La reforma constitucional requiere la aprobación de dos tercios del congreso federal y la mayoría de las legislaturas estatales, art. 135 de la CPEUM. Esto es así pese al elevado número de reformas que ha sufrido la CPEUM, *cfr.* Labardini, *La Ley Suprema (secundaria)*, *op. cit.*, *supra* nota 111.

[138] "Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral".

[139] "Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos".

[140] "El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez".

5. Conclusiones preliminares

Las disposiciones de la CPEUM y de los tratados –ambos elementos integrantes de la LSTU– propugnan el mayor bienestar de la población frente a la autoridad y los otros integrantes de la sociedad. Ambos sistemas jurídicos son complementarios entre sí, en su mayor parte. El resultado final es mejor, se complementan entre sí y mutuamente robustecen sus respectivas garantías y protecciones. El resultado será

[141] "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado", art. 24(1), PDCP, *supra* nota 122, "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado", art. 19, CADH, *supra* nota 122.

[142] La primera declaración sistemática sobre derechos del niño fue adoptada el 23 de febrero de 1923 por la Unión Internacional para Salvar los Niños y respaldada por la Asamblea General de la Sociedad de las Naciones el 26 de noviembre de 1924. En 1946, la ONU adoptó una versión modificada y en 1959 adoptó una versión expandida. En 1989 se firmó en la ONU la *Convención sobre los Derechos del Niño* y dos protocolos facultativos que la desarrollan: *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000) que entró en vigor el 18 de enero de 2002 y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados* (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000) que entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

[143] DOF, 25 de enero de 1991.

aún mayor si se considera que las disposiciones constitucionales y las internacionales conforman el mismo dispositivo normativo –la LSTU– y, por ende, con el mismo rango constitucional por ambos ser parte de esa LSTU. En esencia, CPEUM y tratados se encuentran de acuerdo en su contenido: el beneficio de la población. Juntos, ambos sistemas jurídicos se complementan reunidos en una sola LSTU.

VI. Análisis detallado del artículo 133 constitucional

El texto constitucional del artículo 133 señala:

> 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.[144]

De su texto, la CPEUM dispone que existe en México una "Ley Suprema de toda la Unión" (LSTU) que se integra de tres elementos.

1. La constitución.
2. Las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella.
3. Los tratados, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, que cuenten con la aprobación del Senado y que están de acuerdo con la propia constitución.

1. Reglas de interpretación

La primera regla de interpretación que debe aplicarse es que los textos deben ser leídos conforme a su sentido natural,[145] con lo que

[144] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), artículo 133.

[145] "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho", art. 14 de la CPEUM. Adicionalmente: "Conforme al artículo 14 de la Constitución federal, en materia civil imperan los principios de literalidad o interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, los principios generales del derecho", PAGARÉ. EN ÉL PUEDEN PACTARSE LEGALMENTE OBLIGACIONES DE PAGO EN UNIDADES DE INVERSIÓN (UDIS), IUS 179836 (2004), XX *Semanario Judicial de la Federación*, 259 (diciembre de 2004), Novena época, Tesis 1a./J. 95/2004, Primera Sala, *Contradicción de tesis 1/2004-PS.* Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el

los textos que son claros no requieren y no deben ser interpretados más que conforme a su literalidad. En consecuencia, si de su lectura resulta comprensible, el art. 133 de la CPEUM debiera ser interpretado conforme a su texto, ver qué dice y posteriormente observar su razonamiento y fundamento.

En este sentido, en primera instancia, debe afirmarse que la constitución prescribe que la LSTU en los Estados Unidos Mexicanos es un ordenamiento, un *corpus iuris* –o bloque de constitucionalidad[146]– integrado por los tres elementos mencionados. Ofrecemos argumentos derivados de la propia constitución que manifiestan que esta posición no está equivocada, que realmente tiene un sustento y lógica adecuados y que no sólo el legislador original tendría el beneficio de la duda, sino que además brinda y refuerza una visión de Estado en la constitución que le facilita ser una norma útil a la nación mexicana en el tiempo de un Estado y no de una administración.

La redacción *natural* del artículo 133 de la CPEUM muestra que el legislador constituyente tuvo como intención expresa establecer una Ley Suprema de toda la Unión (LSTU) –integrada por los tres

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez. Tesis de jurisprudencia 95/2004. Aprobada por la Primera Sala el 29 de septiembre de 2004.

[146] "Los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *y las normas que en particular establezca el legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, integran un bloque de constitucionalidad* en materia electoral para esta entidad. Lo anterior es así, ya que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122, y el respeto a la jerarquía constitucional es un requisito para la validez de dicho Estatuto, por lo que, el respeto a lo dispuesto por él, es un requisito de validez para las actuaciones de todas las autoridades del Distrito Federal", ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. JUNTO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS INTEGRA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL, IUS 172524 (2006), XXV, *Semanario Judicial de la Federación*, 1641 (mayo de 2007) (énfasis añadido), Jurisprudencia P./J. 18/2007, *Controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal.* 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. El Tribunal Pleno aprobó el 17 de abril de 2007 con el número 18/2007 la tesis jurisprudencial que antecede.

elementos mencionados– que pudiera regir la totalidad del territorio nacional. Por este motivo, y con este sentido, expresamente señala que los jueces de las entidades federativas deben atenerse a lo prescrito por esa LSTU –"dicha Constitución, leyes y tratados"– incluso si las disposiciones de cualquiera de dichos tres integrantes de la LSTU estuvieran en contraposición a lo establecido por las constituciones estatales o la legislación estatal correspondiente.[147]

2. El espacio jurídico mexicano regulado

Precisemos cuál es el espacio jurídico mexicano que regulan los tres elementos de la LSTU para conocer si coinciden o no. La constitución regula la totalidad de la esfera nacional: los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal (3OG), las tres ramas del poder: ejecutivo, judicial y legislativo (3RP), los órganos constitucionales –autónomos o no– (OC)[148] y la población (P) en el territorio nacional (T). Respecto de los órganos constitucionales, es de señalar que son parte del Estado y por tanto la legislación general –constitucional o reglamentaria– les aplica igualmente. No se trata de entes que sean completamente autónomos o independientes del Estado mexicano. Su autonomía se refiere a que no dependen estructuralmente de alguna de las tres ramas del poder: ejecutivo, judicial y legislativo. Reescribiendo esto podemos expresar que la LSTU regula el espacio jurídico mexicano: 3OG + 3RP + OC + P + T.

Los tratados son un compromiso del Estado mexicano *in toto*[149] y por ello regulan a los tres órdenes de gobierno (3OG), las tres ramas

[147] De esto, lo primero que debe concluirse, pese a lo expresado por tribunales, TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192867 (1999), *supra* nota 18, la legislación local está en la parte inferior de la jerarquía normativa mexicana. Adicionalmente, debe considerarse que la ley federal igualmente está por debajo de la ley general y de los tratados y –seguramente– estaría a la par que la ley local. Si se considera que se trataría de dos órdenes jurídicos mexicanos distintos –en paralelo– los regímenes federal y local debieran estar al mismo nivel.

[148] Constitucionales autónomos: Instituto Federal Electoral (IFE), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Banco de México (Banxico) e Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), artículos constitucionales 41-V, 102-B, cuarto párrafo, 28, sexto párrafo, y 26-B, segundo párrafo, respectivamente. Constitucional no autónomo: el Ministerio Público. Órgano administrativo no removible por el Ejecutivo: IFAI.

[149] Pese a tener dudas sobre si una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en específico en el Caso Radilla, sería obligatoria para el Poder Judicial de la

del poder (3RP), los órganos constitucionales (OC), la población (P) y el territorio nacional (T). Las leyes generales igual regulan en esa totalidad: 3OG + 3RP + OC + P + T.[150]

Lo anterior podría evidenciar la sabiduría del constituyente para integrar una LSTU con tres elementos –constitución, tratados y leyes– que regulan el mismo espacio jurídico: 3OG + 3RP + OC + P + T. Al tener aplicación en el mismo espacio, podrían tener interacciones y efectos mutuos. Así, este un conjunto tripartito de normas regulan el *mismo* espacio jurídico mexicano y por mandato *expreso* de la CPEUM integran una sola LSTU.

Analicemos ahora los tres elementos integrantes de esta Ley Suprema de toda la Unión.

3. "Esta Constitución"

Es el cuerpo normativo que el Congreso Constituyente originario adoptó en 1917 y publicado en el DOF el 5 de febrero de 1917. Se trata del dispositivo jurídico que al 4 de septiembre de 2010 ha sufrido 191 enmiendas afectando a 502 artículos.[151] Recordemos que la CPEUM tiene un total de 136 artículos dispositivos.[152] Atendiendo tan sólo al número de artículos enmendados podríamos decir que la constitución ha sido reescrita tres veces, por lo que se ha denominado "La Ley Suprema (secundaria)".[153] Por el contrario, la *Ley sobre Delitos de Imprenta* no

Federación, en sus discusiones la SCJN fue coincidiendo en que los tratados y la sentencia obliga a todo el Estado mexicano. Véanse las discusiones en el Pleno del 30 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de 2010.

[150] Recordemos que las leyes generales –que estudiaremos con mayor detalle, *infra* notas 163 a 188– regulan en un solo acto los tres órdenes de gobierno mexicanos: federal, estatal y local. LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 739 (2007), *supra* nota 12.

[151] Se trata de 191 reformas afectando 502 artículos. Artículos 1o. al 136: 489, transitorios: 9, transitorios de decretos de reforma: 4. La CPEUM tiene 136 artículos, por lo que por el simple número podría decirse que se ha reescrito tres veces. *Cfr. infra* texto que acompaña a las notas 205 a 209. Por el contrario, la Constitución mexicana de 1857 sufrió sólo 34 reformas durante sus 60 años de existencia, Imer Flores, *La Constitución de 1857 y sus reformas: a 150 años de su promulgación*, en Miguel Carbonell y Diego Valadés (coords.), *El proceso constituyente mexicano: a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, pp. 285-234.

[152] Y diecinueve transitorios, algunos de ellos derogados.

[153] Labardini, *La Ley Suprema (secundaria)*, *op. cit.*, *supra* nota 111.

ha sufrido reforma alguna desde su publicación en el DOF el 12 de abril de 1917,[154] tan sólo dos meses después de que se adoptó la CPEUM.

La Constitución refleja no sólo las normas de organización del Estado –con las tres ramas del poder, los tres órdenes de gobierno y los órganos constitucionales, autónomos o no– sino que incluye la definición de los derechos de la población frente a la autoridad, los límites de la acción de la autoridad, la forma de integrar el poder público, los valores de la sociedad y aquéllos que propugna, y, más importante, recuerda el origen del poder público y la manera en que se ejerce: dimana del pueblo y se instituye en beneficio del pueblo.[155]

4. "Las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella"

A. El Congreso de la Unión

La CPEUM utiliza el vocablo "Congreso Constituyente" una vez,[156] "Congreso de la Unión" en 62 ocasiones,[157] "Congreso Federal"[158]

[154] Es de señalar que esta ley es preocupante por su contenido y las oportunidades de que ofrece a arbitrariedades: "Artículo 2o. Constituye un ataque a la moral: I. Toda manifestación de palabra, por escrito, o por cualquier otro de los medios de que habla la fracción I del artículo anterior, con la que se defiendan o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellos o de sus autores". "Artículo 3o. Constituye un ataque al orden o a la paz pública: II. Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquéllos y éstas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la Comisión de un delito determinado".

[155] Art. 39, segundo párrafo, CPEUM, *supra* nota 16.

[156] Párrafo preambular.

[157] Artículos 2-B-IX, segundo párrafo, 3-VIII, 26-A, cuarto párrafo, 26-B, tercer párrafo, 27-XVII, 28, cuarto párrafo, 29, 32, segundo párrafo, 37-VI, segundo párrafo, 41-Apartado A-f, 41-Apartado D-V, octavo párrafo, 59, 63 (dos ocasiones), 69, 71-II, 73-VIII, 73-XV-4a.77-IV, 78, 78-III, 84, tercer párrafo (dos ocasiones), 85 (tres ocasiones), 86, 87, 89-I, 89-VIII, 97, segundo párrafo, 102-B (tres ocasiones), 105-II-a (dos ocasiones), 105-II-b, 108, 109, 109-III, cuarto párrafo, 110, 111, 117-IX (dos ocasiones), 118, 121, 122-A, 122-B-I, 122-B-III, 122-B-IV, 122-B-C-Base Primera-V, tercer párrafo, 122-B-C-Base Primera-V-ñ, 122-B-C-Base Segunda-II-a, 122-B-C-Base Quinta-F, 123, segundo párrafo, 127-VI, 130, segundo párrafo, 131, segundo párrafo, 132, 133 y 135 (dos ocasiones).

[158] Artículos 37-C-II, 37-C-III y 37-C-IV.

y "Congreso General"[159] en tres ocasiones y "Congreso" –sin adjetivo– en 33 ocasiones.[160] Así, "Congreso de la Unión" es el término con mayor frecuencia y "Congreso" –sin adjetivo– en segundo lugar. De esta forma, la constitución establece que el poder legislativo "se deposita en un Congreso General". Todas las referencias constitucionales aluden al mismo órgano: el congreso federal integrado por dos cámaras, la de Senadores y la de Diputados.[161] Otro congreso, el Permanente, tiene capacidad para llevar a cabo las reformas constitucionales y actúa mediante el concurso de voluntades favorables de dos tercios del congreso federal (ambas cámaras) y la mayoría de las legislaturas estatales concurren en la enmienda.[162]

B. Leyes que emanen de la constitución

¿Qué es una ley?[163] La ley es "una prescripción de la razón, por la cual son dirigidos los actos humanos".[164] Pero la facultad de legislar no

[159] Artículos 44, 50 y 75, segundo párrafo.

[160] Artículos 24, segundo párrafo, 27, octavo párrafo, 29 (dos ocasiones), 65 (tres ocasiones), 67, 69 (dos ocasiones), 70 (dos ocasiones), 72-B (dos ocasiones), 72-I, Título de la Sección III del Capítulo II del Título Tercero, 73, 73-III-2o., 73-III-6o., 76-I, 84 (seis ocasiones), 89-XI, 90, 93 (dos ocasiones), 102-penúltimo párrafo y 131, segundo párrafo (dos ocasiones).

[161] "El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.", artículo 50 de la CPEUM.

[162] "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados", art. 135 de la CPEUM.

[163] "Las leyes, en su significación más amplia son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido todos los seres tienen sus leyes". Charles de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, Lib. I, Cap. I, línea 1, en Mortimer Adler (editor en jefe), Great Books of the Western World, t. 35, Montesquieu-Rousseau, Encyclopædia Britannica, Chicago, 1990, p. 1 [t. a.]. "Entre los seres, ya sean materiales o espirituales, existen relaciones necesarias que derivan precisamente de su naturaleza; los casos de necesidad pueden reducirse a tres tipos, o sea la necesidad física, la lógica y la moral; la expresión o fórmula enunciativa de una relación necesaria, es a lo que se da propiamente el nombre de ley; y la fórmula o expresión imperativa fundada en la ley y dirigida a la voluntad, es la regla, que cuando expresa una relación de necesidad moral, se llama propiamente norma". Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de filosofía del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 73. Asimismo, véase Ramón Areitio Rodrigo, *Derecho natural. Lecciones elementales*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1998, 2a. ed., pp. 21-48.

[164] Santo Tomás de Aquino, *apud* Guillermo Fraile, *Historia de la filosofía*, t. II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966, p. 1016.

corresponde a toda persona sino a toda la comunidad o a quien haya sido investido con dicha capacidad, "la persona pública encargada del cuidado de toda la comunidad. Ante todo debe atender el bien común y no al particular".[165] Regla es la fórmula que prescribe lo que es preciso hacer para alcanzar un fin determinado.[166] La norma es una de las especies de regla,[167] "la regla que prescribe un deber",[168] y que, en consecuencia, es obligatoria.[169] "La ley es una proposición en indicativo, pues se limita a enunciar cuál es la jerarquía de los bienes humanos, los actos adecuados a la realización de esos bienes, y las consecuencias de los actos en orden al perfeccionamiento del sujeto agente considerado en sus dimensiones individual y social, en tanto que la norma es una proposición en modo imperativo, pues prescribe el deber de realizar los actos que son conformes al bien moral y de omitir aquellos que le son contrarios".[170] La persona es el hombre real, individual, en quien se singularizan la razón y la libertad, y que por esto mismo se reputa el sujeto natural del orden normativo.[171] Es decir, la persona no es el hombre universal o considerado en su especie, no es la humanidad, sino cada hombre, cada individuo.[172] Así, la norma es una regla de conducta dirigida a la persona, ente vivo con libertad y voluntad, capacidad de conciencia.

[165] Fraile agrega: "La ley debe fijarse en las situaciones generales, y rara vez en los casos particulares. El legislador no debe proponerse corregir todos los vicios, porque esto sería imposible y contraproducente". *Loc. cit.*

[166] Existen reglas culinarias (para guisar bien), reglas artísticas (incluyendo teoría del color y diferentes métodos de manifestar expresiones artísticas), reglas técnicas (expresan una relación de necesidad física o lógica, condicionada) y reglas convencionales (que sólo contienen una relación de conveniencia, de utilidad, etc.). Preciado Hernández, *op. cit., supra* nota 163, pp. 65-74.

[167] De donde, toda norma es regla, pero no toda regla es norma. *Ibidem*, p. 66.

[168] Preciado Hernández, *op. cit., supra* nota 163, p. 73.

[169] "La ley moral expresa una relación de necesidad moral, una ley que prescribe un deber", Areitio, *op. cit., supra* nota 163, p. 24.

[170] Preciado, *op. cit., supra* nota 163, p. 74.

[171] "La persona, mejor 'la dignidad de la persona' es simplemente el fundamento de la vida asociada, pre-requisito de toda auténtica fe pluralista, de toda tolerancia, de todo reconocimiento intersubjetivo, y señala no la diferencia (infundada) respecto al individuo, sino la individualidad dotada de razón". Gianluigi Palombella, *Filosofía del derecho, moderna y contemporánea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 183.

[172] "Individuo es el ser que existe todo entero en sí, que no forma parte de un todo del cual depende. Es el ser cuya unidad real le permite distinguirse no sólo de otros seres de diversa especie, sino también de aquellos que participan de su misma especia o razón específica", Preciado, *op. cit., supra* nota 163, p. 82.

Conforme a la CPEUM, las resoluciones del legislativo son de sólo dos tipos: leyes o decretos.[173] ¿Cuáles son las leyes que puede emitir el Congreso de la Unión? ¿Y cuáles son las que deben contemplarse que satisfacen el concepto del artículo 133 constitucional?

El Congreso Federal puede emitir leyes federales que tienen aplicación en el ámbito federal, en oposición a las leyes estatales o locales. Se trata de legislación que aplica exclusivamente en el ámbito federal y que no puede aplicarse en el ámbito municipal o estatal. Se trata de leyes que satisfacen con el artículo 124 constitucional que prescribe la delegación expresa de facultades a la federación –o facultades reservadas a las entidades federativas. Conforme al artículo 124 constitucional, las entidades federativas son quienes detentaban originalmente la totalidad de las facultades y quienes decidieron constituir una federación, a la cual otorgaron sólo ciertas facultades. Aquéllas que no hubiesen sido expresamente otorgadas quedaron reservadas las entidades federativas. De igual forma debe entenderse que dichas facultades otorgadas podrían –en su caso y si satisfacen los procesos constitucionales de enmienda– devolverse a las entidades federativas.

Pero el Congreso de la Unión también puede emitir otras leyes, leyes que tienen aplicación en el ámbito federal *y* en los ámbitos estatal y municipal. Distinguimos al efecto entre leyes generales, reglamentarias y constitucionales.

a. Leyes generales

Son normas jurídicas que en un solo acto regulan los tres órdenes de gobierno, las tres ramas del poder, los órganos autónomos constitucionales –autónomos o no– y a la población en el territorio mexicano. La SCJN señala que leyes generales "son aquellas que *pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano*. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el

[173] "Toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto. …", art. 70, primer párrafo, CPEUM.

Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales".[174] Ejemplos de estas leyes son, entre otras, por lo menos por incorporar el término "general" en su denominación: Ley General de Salud, Ley General de Población, la Ley General de Educación, la Ley General del Sistema de Seguridad Pública.[175] Según ha definido la SCJN, se trata de normas por las cuales el congreso permanente se desistió de facultades para que en un solo acto el Congreso de la Unión pudiera regular y aplicar su decisión concurrente y concomitantemente en las esferas federal, estatal y municipal. Su promulgación puede responder a lograr la mejor coordinación posible en toda actividad pública. En este concepto podrían encuadrar las leyes reglamentarias y las leyes constitucionales.

b. Leyes reglamentarias

Se trata de leyes que reglamentan un contenido constitucional por mandato constitucional expresamente previsto en la propia CPEUM.

[174] Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional, IUS 172739 (2007), *supra* nota 12.

[175] Al 24 de julio de 2009, las leyes mexicanas que en su denominación tienen el concepto general son: Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Ley General de Asentamientos Humanos, Ley General de Bibliotecas, Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Contabilidad Gubernamental, Ley General de Cultura Física y Deporte, Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, Ley General de Desarrollo Social, Ley General de Deuda Pública, Ley General de Educación, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley General de la Infraestructura Física Educativa, Ley General de las Personas con Discapacidad, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley General de Población, Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables, Ley General de Protección Civil, Ley General de Salud, Ley General de Sociedades Cooperativas, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Turismo, Ley General de Vida Silvestre, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Ley General para el Control del Tabaco, Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.

Es decir, se trata de leyes cuyo origen es la propia CPEUM, y con la cual habría de compartir naturaleza. Así tenemos que diversos artículos directamente prescriben expresamente que la "ley reglamentará"[176] "X" materia, que ésta quedará definida por la ley[177] o se estará a lo que establece la ley.[178] La Ley General de Educación es un buen ejemplo para una ley que debe surtir efectos 3OG + 3RP + OC + P + T.[179] Se trata de leyes que están prescritas por el propio texto constitucional y que por mandato constitucional debería igualmente entenderse que si no se adopta la ley respectiva habría de generarse responsabilidad para los actores en cuyas facultades reside la posibilidad de adoptar la ley respectiva, Poderes Legislativo y Ejecutivo. Las leyes reglamentarias[180] regulan esas diversas materias prescritas por la propia constitución. Tomando en cuenta que es el propio texto constitucional el que prescribe la existencia de esa ley, se trata de leyes que emanan de la CPEUM, *ergo* comparten con ésta su esencia. En consecuencia, deben aplicar por igual en los ámbitos federal, estatal y municipal en

[176] Ejemplos son artículos 24, tercer párrafo, 27, tercer párrafo, 28-B, séptimo párrafo, 27-II, 27-III y 105.

[177] Por ejemplo: "La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso", art. 19, tercer párrafo.

[178] Por ejemplo, arts. 4, sexto párrafo, 20-A-III, 25, séptimo párrafo, 56, segundo párrafo y 60, último párrafo.

[179] "Esta Ley regula la educación que imparten el Estado –federación, entidades federativas y municipios–, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios", artículo 1.

[180] Al 24 de julio de 2009, las leyes reglamentarias –en cuyo título expresamente se señalan como "ley reglamentaria"– en México son las siguientes: Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del artículo 123 constitucional, Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución general de la República, Ley Reglamentaria de la fracción VI del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Reglamentaria de la fracción XIII bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Reglamentaria de la fracción XVIII del artículo 73 constitucional, en lo que se refiere a la facultad del Congreso para dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera, Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo, Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia nuclear, Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y Ley Reglamentaria del servicio ferroviario.

las tres ramas del poder, los órganos constitucionales, la población y el territorio nacional.

c. Leyes constitucionales

Las leyes constitucionales son aquéllas que "desarrollan de manera directa alguna prevención del orden original que, en derecho mexicano, han sido identificadas como leyes reglamentarias, cuando desarrollan postulados sustantivos, y leyes orgánicas, tanto especifican la distribución del régimen de competencias de las autoridades estatales".[181] "Las leyes constitucionales, según De la Cueva 'son normas que hacen explícito el sentido pleno de los textos constitucionales' [...]; se subdividen en tres categorías: leyes orgánicas, leyes reglamentarias y leyes sociales [...]".[182] En este rubro se refiere a leyes que regulan o detallan contenido constitucional sin que expresamente esté señalado que se requiere adoptar una legislación al efecto. Así, "Las leyes constitucionales desde el punto de vista material son parte de la propia Constitución, no desde el punto de vista formal, porque desde ese punto de vista son leyes que emanan del Congreso de la Unión, pero insistimos, materialmente desarrollan el sentido de la Constitución, son leyes que se refieren al funcionamiento del Estado mexicano, reglamentan algún aspecto político o desarrollar un principio social de nuestra constitución".[183] "Para De la Cueva, las 'leyes constitucionales' son las que emanan material y formalmente de la Constitución. Se diferencian de las leyes federales, en que estas últimas emanan sólo formalmente de la Constitución. 'O sea, las leyes constitucionales son parte de la Constitución, son la Constitución misma que se amplía, se ramifica, que crece'," puntualiza y abunda Carpizo.[184] "Las Leyes constitucionales, desde el punto de vista material, son parte de la propia Constitución, no desde el punto de vista formal,

[181] Humberto Suárez Camacho, *El sistema de control constitucional en México*, Porrúa (2007), p. 28.

[182] Mario de la Cueva, *apud.* Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, 2a. ed., México (2001), p. 70.

[183] Quiroz Acosta, *op. cit.*, *supra* nota 36, p. 112.

[184] José María Serna de la Garza, "El poder de celebrar tratados y la división de competencias del Sistema Federal Mexicano", en José María Serna de la Garza (coord.), *Federalismo y Regionalismo, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, 2002, pp. 514-515.

porque desde ese punto de vista son leyes que emanan del Congreso de la Unión, pero insistimos, materialmente desarrollan el sentido de la Constitución, son leyes que se refieren al funcionamiento del Estado mexicano, reglamentan algún aspecto político o desarrollar un principio social de nuestra constitución".[185] Una ley constitucional es aquella que afecta la unidad de todo el Estado.[186]

De esta forma podría apuntarse a que la ley general sería el género y las leyes reglamentarias y constitucionales serían las especies. Lo cierto, sin embargo, es que llámense reglamentarias o constitucionales, realmente no hay diferencia entre ellas, en la medida en que desarrollan conceptos contenidos en la constitución y su aplicación es 3OG + 3RP + OC + P + T.

d. Conclusiones preliminares

Por lo anterior, el concepto "las leyes del Congreso de la Unión" podría tener diversas posibilidades, pero debe sólo aceptarse la idea de "ley general", aquélla que regula los tres órdenes de gobierno.

Podría tratarse de leyes federales –en oposición a leyes locales– o bien de leyes generales, reglamentarias o constitucionales. Se ha mencionado que se trata de leyes federales las que podrían ingresar, lo que sería consistente con parte de la doctrina[187] y tesis separadas de la SCJN.[188]

[185] Quiroz Acosta, *supra* nota 36, pp. 111 y 112.

[186] Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, *Derecho constitucional*, Porrúa, UNAM (2009), p. 16.

[187] Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, pp. 87 y 88 (1961).

[188] LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, IUS 205 596 (1992), "De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, *ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución* en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional", Amparo en revisión 2069/91. *Manuel García Martínez*. 30 de junio de 1992, 60, *Semanario Judicial de la Federación*, 27 (diciembre de 1992) (énfasis añadido). Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. El Tribunal Pleno, en sesión privada del 17 de noviembre de 1992, por unanimidad de dieciocho votos de los

Pero debe entenderse que las únicas leyes que realmente podrían ingresar a la LSTU podrían ser aquéllas que, al igual que la constitución y los tratados, tienen capacidad de normar la totalidad del espacio jurídico mexicano, es decir, los tres órdenes de gobierno –federal, estatal, municipal–, las tres ramas del poder –ejecutivo, legislativo y judicial–, los órganos constitucionales –autónomos o no– y la población en el territorio nacional: 3OG + 3RP + OC + P + T. En otras palabras que regulen al Estado mexicano *in toto*.

C. "Que emanen de ella"

Conforme a la Real Academia de la Lengua Española "emanar" significa "1. Procurar, derivar, traer origen y principio de algo de cuya sustancia se participa. 2. Dicho de una sustancia volátil: Desprenderse de un cuerpo. 3. Emitir, desprender de sí".[189]

Las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de la constitución serían entonces aquéllas que se prevén en la propia constitución,[190] aquéllas que toman conceptos constitucionales para precisarlos o desarrollarlos, sin que ello signifique la limitación del precepto constitucional. Son leyes que reflejan la CPEUM y que indican la forma en que se acota el poder de la autoridad y preservan los derechos de la población en congruencia con el artículo 39 constitucional.[191] Más importante, se trata de leyes que proceden, derivan, traen origen y

señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, 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 C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, 18 de noviembre de 1992. Debe subrayarse que este criterio se abandonó en la tesis P. LXXVII/99, TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[189] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, voz *emanar,* disponible en www.rae.es.

[190] *Cfr. supra* notas 176 y 178.

[191] "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. *Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.* El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno" (énfasis añadido).

principio de esa constitución de *cuya sustancia* participan, puesto que se desprenden de la CPEUM. Así, la expresión "las leyes del Congreso de la Unión" debe referirse a las leyes generales –reglamentarias o constitucionales– en la medida que son leyes que están expresamente previstas en la constitución, cuando ésta prescribe que "*…la ley reglamentará…*" esa disposición o una fórmula similar.[192] Las leyes que se emitan en aplicación de las facultades del congreso federal (art. 73, CPEUM) son leyes que en principio tendrán aplicación o vigencia sólo dentro de la esfera federal (en oposición a la esfera estatal), salvo que prevean normativa para los tres órdenes de gobierno.[193] Si bien

[192] *Cfr. supra* el texto que acompaña a las notas 174 a 185.

[193] "En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales", art. 73-XXI, tercer párrafo; "Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución", art. 73-XXIII; "Para expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, a fin de garantizar su armonización a nivel nacional", art. 73-XXVIII; "Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución", art. 73-XXIX-C; "Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico", art. 73-XXIX-G; "Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de protección civil", art. 73-XXIX-I; "Para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado", art. 73-XXIX-J; "Para expedir leyes en materia de turismo, estableciendo las bases generales de coordinación de las facultades concurrentes entre la federación, estados, municipios y el Distrito Federal, así como la participación de los sectores social y privado", art. 73-XXIX-K; "Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de pesca y acuacultura, así como la participación de los sectores social y privado", art. 73-XXIX-L; "Para expedir leyes en materia de constitución, organización, funcionamiento y extinción de las sociedades cooperativas. Estas leyes establecerán las bases para la concurrencia en materia de fomento y desarrollo sustentable de la actividad cooperativa de la federación, estados y municipios, así como del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias", art. 73-XXIX-N; y "Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la federación, los estados, los municipios y

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

derivan de y son la aplicación misma de la norma constitucional, estas normas federales, sólo afectan a *uno* de los tres órdenes de gobierno mexicano y por ello no podrían ser a las que se alude como "leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella" (la constitución). Lo anterior parece igualmente apuntar a que la naturaleza "general" que pueda tener una ley que emita el Congreso de la Unión dependerá no de la denominación de la ley, sino de su contenido y su aplicación. "…debe decirse que si bien la tipología de "Ley General" ha sido empleada dentro del sistema jurídico mexicano en diferentes ocasiones, por ejemplo, se cuenta con leyes que aun llevando en su título la característica de "general" regulan materias de carácter federal. Tal es el caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley General de Personas con Discapacidad y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito".[194] Estas leyes generales aplican 3OG + 3RP + OC + P + T en forma directa y pueden igualmente coordinar facultades concurrentes de las autoridades federales, estatales y municipales.

Que "emanen de ella" igualmente significa que no deben oponerse a la CPEUM y que deben preservar en toda ocasión su esencia: el bienestar del pueblo (art. 39 constitucional). Pese a esto, las leyes del Congreso de la Unión sí podrían llenar vacíos o espacios jurídicos no expresamente contemplados en la constitución. Su propósito sería desarrollar los conceptos constitucionales –normas que emanan justamente de la constitución– pero que no están creando nuevas disposiciones divergentes o en contra de la constitución. Un ejemplo a considerar es el caso de la prisión vitalicia, concepto que, hasta épocas recientes, no estaba previsto en la legislación mexicana.[195] La SCJN dictaminó en

el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del artículo 4o. de esta Constitución", art. 73-XXIX-N.

[194] "Observaciones que el Presidente de la República hace al Decreto por el que se expide la Ley General de Cooperación Internacional para el Desarrollo", *Gaceta del Senado*, 2 de septiembre de 2010, Primer Periodo Ordinario, Gaceta 131, http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=4861 (consultado 4 de septiembre de 2010).

[195] En 1939, la legislación mexicana contemplaba la inhabilitación perpetua para ejercer un cargo público. Véase el caso *Pedro Hoyos Huerta* en Rodrigo Labardini, "La prisión vitalicia en México", 20 *Iuris Tantum*, 108, 118, Universidad Anáhuac (2009).

1931 y 1939 que la "cadena perpetua" era inconstitucional, pero en ese momento se refirió al grillete y la cadena y no a la prisión vitalicia.[196] En 2001 refrendó que era inconstitucional.[197] En 2004 reiteró esa posición una vez más, aunque ya mencionó correctamente que se trataba de "la prisión vitalicia" por la que debe entenderse la pena que prescribe que el reo habrá de compurgar la sentencia en el reclusorio por el resto de su vida natural, pero no que habrá de utilizar cadenas o grilletes.[198] Sin embargo, en 2005 resolvió que la prisión vitalicia –que no la cadena perpetua– sí es constitucional.[199] Fue sólo hasta el

[196] Véanse los casos *Enrico Sichel* y *Pedro Hoyos Huerta* en Labardini, "La prisión vitalicia en México", *op. cit.*, *supra* nota 195, pp. 115-118.

[197] PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL, IUS 188 542 (2001), *Contradicción de tesis 11/2001.* Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Nota: el 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la presente tesis, para quedar como aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 6, en los términos de la diversa P./J. 1/2006XIV, *Semanario Judicial de la Federación*, 15 (octubre de 2001). *Cfr.* PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ius 175 844 (2005), *infra* nota 199.

[198] EXTRADICIÓN. EFECTO DE LA SENTENCIA QUE OTORGA EL AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LA CONCEDE, POR FALTA DEL COMPROMISO A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL, IUS 181731 (2004), *Contradicción de tesis 17/2002.* Entre las sustentadas por el Primer y Sexto Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 13 de abril de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel y Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el asunto José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. *Cfr.* Labardini, "La prisión vitalicia en México", *op. cit.*, *supra* nota 195.

[199] "La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se constriñe a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate; y, c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al no poder

milenio actual cuando la pena vitalicia se reinstala la prisión vitalicia en México: Veracruz en 2008[200] y Quintana Roo en 2010.[201] A nivel federal se han presentado iniciativas para establecer la prisión vitalicia.[202] Así, vemos con el caso de la prisión vitalicia que al establecer un concepto jurídico como "pena inusitada" se permite que mediante desarrollos jurisprudencial y legislativo se vaya dando contenido al mismo acorde a las circunstancias de la realidad.

Es de señalar que durante tiempo se consideraba que la expresión "*leyes que emanan de la Constitución*" se refería a las leyes federales con lo que concluían que éstas eran parte de la LSTU. Sin embargo, De la Cueva y Carpizo muestran que más bien son leyes que emite el Congreso de la Unión, pero en su carácter nacional y son leyes que desarrollan a la CPEUM. De la Cueva concibe a las leyes que emanan de la Constitución como las que desarrollan los mecanismos de funcionamiento de un poder constituido, o porque reglamentan un principio político-constitucional o social.[203]

Estas leyes que "emanan" de la CPEUM tienen entonces –como leyes generales– un lugar de importancia en el orden jerárquico jurídico mexicano. Significaría que están "en un plano superior de autoridad, respecto de cualquiera otra ley local o federal", y esa "prevalencia o jerarquía superior de las leyes que emanen de la Constitución, se extiende a toda clase de leyes, bien sean federales o locales".[204]

existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente", PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, IUS 175 844 (2005). Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz. Nota: el 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la tesis P./J. 127/2001, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XIV, octubre de 2001, p. 15, para quedar aprobada en los términos de la diversa P./J. 1/2006. Adicionalmente, véanse PRISIÓN VITALICIA. SE EQUIPARA A ÉSTA LA PENA DE PRISIÓN CUYA DURACIÓN REBASE OSTENSIBLEMENTE EL TIEMPO DE VIDA DEL SER HUMANO, IUS 175 842 (2005), PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 175 843 (2005), PRISIÓN VITALICIA. LA ACUMULACIÓN MATERIAL DE PENAS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, EQUIVALE A UNA PENA DE TAL NATURALEZA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 28 DE AGOSTO DE 2003), IUS 175 845 (2005), EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUIRENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN, IUS 175 940 (2005).

[200] Artículos del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave: 45-I: "Las penas que se pueden imponer a las personas físicas, son: I. Prisión: por tiempo determinado o vitalicia", y 48, primer párrafo: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal del sujeto activo del delito, hasta por setenta años o vitalicia, que será compurgada en el lugar que designe el órgano ejecutor de las sanciones. Sólo en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, se podrá imponer prisión vitalicia". Se puede aplicar a homicidio calificado (art. 130), homicidio por parentesco (ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado) (art. 132) y secuestro (arts. 163-II y III). Asimismo véanse los arts. 88 y 89. Las reformas fueron publicadas en la *Gaceta Oficial* el 15 de agosto de 2008.

[201] Art. 22 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo: "La prisión consiste en la privación de la libertad y su duración será de seis meses a cincuenta años o pena vitalicia. Sólo en los casos en que la ley expresamente lo autorice, se podrá imponer prisión vitalicia". Puede aplicarse a homicidio calificado (art. 89), secuestro (art. 118) y violación (arts. 127 y 128). Las reformas se publicaron en el Periódico Oficial el 15 de junio (arts. 22 y 118) y 30 de junio de 2010 (arts. 89, 127 y 128).

[202] Ella Grajeda, *Plantean AN, PRI y PRD cárcel vitalicia a plagiarios*, EL UNIVERSAL, 20 de agosto de 2008, disponible en http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/91534.html (consultado 4 de septiembre de 2010), Notimex, "Propone Calderón prisión vitalicia para secuestradores", *El Siglo de Torreón*, 13 de marzo de 2007, en http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/264781.propone-calderon-prision-vitalicia-para-secue.html (consultado 4 de septiembre de 2010).

[203] *Cfr.* Quiroz Acosta, *supra* nota 36, pp. 111 y 112.

[204] "La Ley de Amparo, por ser reglamentaria de preceptos de nuestra Carta Fundamental, está colocada en un plano superior de autoridad, respecto de cualquiera otra ley local o federal, y por ende, es superior jerárquicamente al decreto expedido por el presidente de la República que exime a Petróleos Mexicanos de otorgar cualquiera garantía en los conflictos en que intervenga, porque el artículo 133 de nuestra constitución, de una manera clara y categórica dice que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán la suprema ley de toda la unión. Por otra parte, no es exacto que el artículo 133 de la constitución debe interpretarse en el sentido de que las leyes que emanen de la constitución sólo prevalecen sobre las disposiciones que en contrario pueda haber en las constituciones o leyes de los estados, sino que esa prevalencia o jerarquía superior de las leyes que emanen de la Constitución, se extiende a toda clase de leyes, bien sean federales o locales. La teoría admitida explica que hay un orden jerárquico en las leyes, que tienen por cima a la Constitución, por ser la Ley Suprema del país, y ésta, en el artículo 133, nos aclara que esa misma categoría tienen las leyes que de la propia Constitución emanen, es decir, las leyes orgánicas o reglamentarias de precep-

De esta forma se preserva la idea de que mediante una norma jurídica se regulan tres diversos órdenes jurídicos mexicanos que tendrían entonces una aplicación similar a la constitución.

VII. La rigidez constitucional de enmienda

Debemos recordar que la CPEUM establece un mecanismo rígido para lograr su reforma. El mecanismo establecido por el legislador constituyente es uno que jurídica y conceptualmente resulta complicado de alcanzar: dos tercios de ambas cámaras federales y la mayoría de las legislaturas estatales. El congreso federal cuenta con 500 diputados y 128 senadores. Las 32 legislaturas locales se integran por 1 166 diputados.[205] Esto representa que para enmendar la CPEUM se requiere el voto favorable de un mínimo de 377 legisladores federales y 583 estatales.[206] De un total de 1 794 legisladores debe reunirse el voto aprobatorio de un mínimo de 960 legisladores de diferentes orientaciones políticas que atienden diversos intereses federales y regionales.[207] Esto hace ver que la CPEUM es un instrumento de difícil enmienda.

tos constitucionales, puesto que no vienen a ser sino la ampliación de las bases estatuidas en nuestra Carta Fundamental, y por último, coloca en el mismo plano de jerarquía a los tratados celebrados de acuerdo con la propia Constitución por el presidente de la República con las naciones extranjeras y con aprobación del Senado, toda vez que considera a unas y a otros, como la Ley Suprema de la Nación. Las leyes secundarias son las federales que expide el Congreso de la Unión, y se les puede definir como leyes ordinarias, para diferenciarlas de la Constitución, según lo previene el artículo 70 de este ordenamiento, y en esa virtud, admitiendo que el Ejecutivo, en uso de las facultades que el Congreso le concedió por virtud de un decreto, haya eximido a Petróleos Mexicanos de otorgar las garantías que debiera constituir en los conflictos en que interviniera, tal disposición no puede en manera alguna contrariar lo establecido en el artículo 125 de la Ley de Amparo, máxime si se tiene en cuenta que esta Sala ha interpretado este precepto, como una disposición extensiva de lo que dispone la fracción VI del artículo 107 de la Constitución", Petróleos Mexicanos. Debe dar fianza en el amparo (Jerarquía de las leyes), IUS 348 016, Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 1745/46. *Petróleos Mexicanos*. 4 de mayo de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Ángeles.

[205] Datos obtenidos el 16 de abril de 2010 de las páginas oficiales de los 32 congresos locales.

[206] El número es aproximado, debido a que varios congresos locales tienen un número impar de miembros.

[207] Lo que el legislador constituyente no pudo prever fue la evolución de la historia mexicana, que desarrollaría un partido hegemónico nacional y la actitud de incorporar en el texto constitucional los lineamientos políticos de las administraciones en turno en lugar de las guías del Estado mexicano. *Cfr.* Labardini, *La Ley Suprema (secundaria)*, *op. cit.*, *supra* nota 111.

El diseño constitucional de enmienda implica debida representación legislativa y no un partidismo ciego, no el "carro completo". El legislador constituyente no previó la instauración de un sistema de partido único, un partido de Estado ni las 191 reformas que desde 1917 ha sufrido la CPEUM, afectando 502 artículos.[208] No previó una Ley Suprema (secundaria) que serviría como lineamiento gubernamental y no como política y visión de Estado.[209] Ante esa rigidez, el legislador –aparentemente– permitió un mecanismo más ágil para actualizar la norma constitucional y evitar su anquilosamiento: la ley general emitida por el Congreso de la Unión que emana de la constitución y que requiere un menor número de legisladores, pero legisladores que provienen de toda la República.

VIII. Los tratados en el artículo 133

1. Tratados

Tratado, según la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (CVDT),[210] es: "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".[211] En la

[208] Numéricamente, si consideramos que la CPEUM tiene 136 artículos, podría decirse que ha sido reescrita tres veces. Debe señalarse que diversos artículos constitucionales no han sido reformados. Adicionalmente, la Constitución de 1857 sufrió sólo 34 reformas en 60 años de existencia, Flores, *op. cit.*, *supra* nota 151.

[209] Labardini, *La Ley Suprema (secundaria)*, *op. cit.*, *supra* nota 111. Es en épocas recientes cuando más reformas constitucionales han prosperado. Artículos reformados por periodo presidencial: Álvaro Obregón: 8; Plutarco Elías Calles: 18; Emilio Portes Gil: 2; Pascual Ortiz Rubio: 4; Abelardo Rodríguez: 22; Lázaro Cárdenas: 15; Manuel Ávila Camacho: 18; Miguel Alemán Valdés: 20; Adolfo Ruiz Cortines: 2; Adolfo López Mateos: 11; Gustavo Díaz Ordaz: 19; Luis Echeverría Álvarez: 40; José López Portillo: 34; Miguel de la Madrid Hurtado: 66; Carlos Salinas de Gortari: 55; Ernesto Zedillo Ponce de León: 77; Vicente Fox Quesada: 31, y Felipe Calderón Hinojosa: 60 (al 29 de julio de 2010).

[210] La CVDT fue suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, firmada por México el 23 de mayo de 1969, aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1972, ratificada el 25 de septiembre de 1974, y publicada en el DOF el 14 de febrero de 1975. Entró en vigor tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno el 27 de enero de 1980.

[211] Artículo 2(1) (a).

legislación mexicana, tratado se define como "el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público,[212] ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos".[213] Podemos observar los textos son muy similares pero divergentes.[214]

Es desafortunado el que la Ley sobre la Celebración de Tratados mencione que el tratado es el convenio celebrado por el *gobierno* de los EUM y mediante el cual los EUM adquieren compromisos.[215] Si bien señala que el compromiso final realmente es asumido los EUM, señalar que es celebrado por el gobierno pareciera significar que pudiera ser un compromiso de la administración en turno –ni siquiera del Ejecutivo Federal– y no realmente del Estado. Sin embargo, es el Ejecutivo Federal quien tiene la facultad suscribir un tratado que obligue a los EUM *in toto* y no a la administración correspondiente. De esta forma estaría repitiendo en forma inacertada las facultades expresamente otorgadas al Ejecutivo Federal en el artículo 89-X CPEUM y refrendadas por el artículo 76-I CPEUM –celebrar tratados– así como en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,[216] aunque lo hace de forma inapropiada pues es el Ejecutivo Federal quien tiene facultades para celebrar los tratados y no el gobierno.[217] Adicionalmente, la LCT indica que se trata de un tratado sea que requiera o no de instrumentación. Esto último es un comentario innecesario en el cuerpo normativo dado que la naturaleza jurídica del tratado depende del propio documento independientemente de su instrumentación. Por otra parte, la frase sobre la instrumentación puede apuntar a la teoría estadounidense sobre la autoaplicabilidad o heteroaplicabilidad de los tratados (*self-executing treaties or non-self- executing treaties*) entendiendo por los primeros aquéllos que son inmediatamente aplicables en la esfera nacional sin mayor instrumentación legislativa y por los segundos aquéllos que sí requieren de una norma nacional que internalice el tratado.[218]

Hay que recordar que un tratado puede constar en un solo documento –como el Tratado de Extradición México-EUA[219]–, en dos instrumentos como puede ser un intercambio de notas diplomáticas, en el cual el Estado A envía una propuesta al Estado B y éste replica reflejando el mismo texto y en donde indican y concuerdan en que ambas notas constituyen un acuerdo entre ambos.[220] O bien pueden celebrarse en tres instrumentos o más, siempre que estén conexos, como bien pueden ser el Tratado de Libre Comercio de América del Norte[221] o notas diplomáticas que van precisando el contenido del

[212] Como Estados, organismos internacionales intergubernamentales –ONU, OEA, UNESCO, FAO– y sujetos atípicos como la Santa Sede, la Orden de Malta, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y rebeldes e insurrectos. *Cfr.* I. A. Shearer, *Starke's International Law*, Butterworths, Londres, 1994, pp. 51-62.

[213] Art. 2-I.

[214] La diferencia más importante es que la LCT señala que es el gobierno quien suscribe los tratados, en tanto que la CVDT prescribe que es un acuerdo entre Estados y la CVDT establece que el tratado puede celebrarse en uno o más documentos conexos y por escrito, cosa que omite la LCT. *Cfr.* Labardini, *Una propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, supra* nota 99, y Labardini y Olvera, *op. cit., supra* nota 20, pp. 554-555.

[215] Con fecha 13 de abril de 2010, la Cámara de Senadores envió a la Cámara de Diputados la Minuta con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General sobre la Celebración y Aprobación de Tratados, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, núm. 2292-I, 20 de abril de 2010, disponible en http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/abr/20100420-I.html#Min20100420-1 (consultado 19 de septiembre de 2010). Esta iniciativa corrige el problema en la definición de tratado.

[216] Artículo 28-I, LOAPF.

[217] Si se tratara del gobierno llevaría a inquirir si algún otro poder o autoridad en México podría celebrar tratados; situación inconstitucional en vista de los artículos 89-X y 76-I.

[218] *Cfr. inter alia*, J. G. Starke, *Introduction to International Law*, Butterworths, Londres, 1984, pp. 81 y 84 y Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2a. ed., 2007, pp. 196-197.

[219] DOF, 26 de febrero y 16 de mayo de 1980.

[220] El "Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de la India para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta", se suscribió en Nueva Delhi el 10 de septiembre de 2007, se publicó en el DOF el 31 de marzo de 2010 y entró en vigor el 1 de febrero de 2010. Se formularon ajustes de traducción mediante notas diplomáticas a los artículos 3, 11 y 26; y al punto IV, cláusula a) del Acuerdo, aprobados por el Senado de la República el 3 de diciembre de 2009, según Decreto publicado en el DOF el 28 de enero de 2010. En este caso observamos tres instrumentos conexos: el tratado y las dos comunicaciones de ambos Estados.

[221] Por plenipotenciarios debidamente autorizados al efecto, se firmó, simultáneamente, el día diecisiete del mes de diciembre del año de mil novecientos noventa y dos en las ciudades de México, Ottawa y Washington, D. C., DOF, 20 de diciembre de 1993. Cuenta con las modificaciones siguientes en vigor: 1. Modificaciones al Anexo 401 del TLCAN, adoptadas en la Ciudad de México, Ottawa y Washington, el 6 de noviembre de 1995. 2. Modificaciones al Anexo 401 del TLCAN, adoptadas por canje de Notas intercambiadas en la Ciudad de México, el 27 de noviembre de 2002, 3 de diciembre de 2002 y 17 de septiembre de 2003. 3. Modificaciones al Anexo 401 del TLCAN, adoptadas por canje de Notas intercambiadas en la ciudad de Washington el 8 y 22 de octubre de 2004 y en Ottawa el 15 de noviembre de 2004. 4. Modificaciones al Anexo 401 del TLCAN, formalizadas mediante intercambio de

tratado, así como el alcance y la definición de las obligaciones internacionales a que se comprometen los Estados.[222] Otro ejemplo es el Tratado de Doble Imposición con India,[223] suscrito el 10 de septiembre de 2007. Su texto inicialmente fue aprobado por el Senado el 26 de febrero de 2008. Pero previo a su ratificación ambos Estados cruzaron notas diplomáticas para corregir la versión en español, intercambio que también se sometió a la aprobación del Senado.[224]

2. "Celebrados y que se celebren por el Presidente de la República"

A. Celebración de tratados

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) define al tratado como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un

comunicaciones los días 20 de enero, 8 y 24 de marzo de 2006, entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá, respectivamente. 5. Modificaciones al Apéndice 6 del Anexo 300-B del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, formalizadas mediante intercambio de comunicaciones los días 9 y 13 de noviembre de 2006, entre el gobierno de los Estados Unidos de América y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente. 6. Modificaciones al Anexo 401 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, formalizadas mediante intercambio de comunicaciones fechadas el 11 de abril de 2008, entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y los Estados Unidos de América. El 21 de diciembre de 1993 se publicaron en el DOF los Acuerdos de Cooperación Ambiental y Laboral (Parte del TLCAN).

[222] El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Popular China sobre Extradición, hecho en la ciudad de Beijing, es un caso similar. Firmado por las partes en Beijing el 11 de julio de 2008, el Senado lo aprobó el 24 de noviembre de 2009, incorporando una declaración interpretativa. "Al ratificar el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Popular China sobre Extradición, firmado en la ciudad de Beijing el 11 de julio de 2008, los Estados Unidos Mexicanos declara que en la expresión "principios fundamentales de derecho de la Parte Requerida", incluida en el Artículo 3 (g), relacionado con las causales para denegar la extradición, para los Estados Unidos Mexicanos quedan comprendidas las penas prohibidas por el artículo 22 de su Constitución Política". *Cfr.* DOF, 28 de diciembre de 2009. Es un tratado bilateral firmado por dos partes, y al que se tiene que agregar una declaración interpretativa –impuesta por el Senado– que habrá de cursarse mediante notas diplomáticas entre México y China.

[223] "Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de la India para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos Sobre la Renta", Nueva Delhi, 10 de septiembre de 2007, DOF, 2 de abril de 2008 y 28 de enero de 2010.

[224] DOF, 28 de enero de 2010.

instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".[225] Esta definición prescribe no sólo que los tratados sólo pueden suscribirse entre sujetos de derecho internacional público,[226] sino además el aspecto formal de los tratados que regula: deben quedar en forma escrita. Sin embargo, pese a que la CVDT se aplica a tratados escritos, sus disposiciones no afectan la validez jurídica de tratados celebrados en forma no escrita.[227]

B. Celebración por el Presidente de la República

La frase, "celebrados y que se celebren por el Presidente de la República", ha sido definida por la SCJN en el sentido de que no significa que necesariamente tenga que ser el propio Presidente de la República quien físicamente deba suscribir el tratado respectivo. La SCJN ha señalado que basta que el Presidente haya instruido al efecto a un miembro del gabinete[228] y que después sea ratificado por el Ejecutivo[229] para satisfacer el requisito de "celebrados por el Presidente de la República".[230]

[225] Artículo 2(1) (a), CVDT.

[226] *Cfr. supra* nota 212.

[227] "El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará: a) al valor jurídico de tales acuerdos; b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional, independientemente de esta Convención; c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional", art. 3, CVDT. *Cfr.* asimismo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el artículo 102 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1993, pp. 44-46.

[228] Y debiéramos agregar que para efectos prácticos y reales la persona encargada puede ser cualquiera –no necesariamente del gabinete– siempre que cuente con plenos poderes.

[229] TRATADO DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA EL CUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO, IUS 196 235 (1998), *supra* nota 19.

[230] "*...la celebración de un tratado no se reduce a la firma del mismo, la que puede provenir del presidente, del secretario relativo o del representante que aquél señale, sino que se encuentra constituido por todo un procedimiento que se desarrolla en diversas etapas, en las cuales interviene otro poder, además de los secretarios de Estado que se ocupan de las materias específicas*, de conformidad con lo previsto en los artículos 2o., 27, fracciones I, II, III y VII, y 28, fracciones I y XI, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de

Será necesario que la persona –no necesariamente miembro del gabinete– que representa el Estado mexicano cuente con los debidos plenos poderes.[231] Éstos son: "el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados". El decreto de publicación del tratado respectivo no requiere ser refrendado por el secretario de Gobernación,[232] sino –conforme al artículo 92 constitucional[233]– podría (debería) firmarlo el secretario de Relaciones Exteriores.

---

los que deriva que corresponde al secretario de Relaciones Exteriores intervenir en toda clase de tratados y convenciones en los que el país sea parte, y al secretario de Gobernación, conducir las relaciones del Ejecutivo con el Poder Legislativo y publicar las leyes y decretos. *En tales condiciones, basta con que el tratado internacional de que se trate haya sido negociado por el secretario de Relaciones Exteriores siguiendo las instrucciones del presidente de la República y luego ratificado por éste y aprobado por el Senado*, como sucedió por parte de nuestro país en el tratado de mérito, *para que tenga plena validez*", TRATADO DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA EL CUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO. NO ES INCONSTITUCIONAL POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO LO HAYA SUSCRITO PERSONALMENTE, SI INSTRUYÓ AL SECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES PARA SU NEGOCIACIÓN, Y LUEGO LO RATIFICÓ PERSONALMENTE, IUS 196 235, *supra* nota 19 (énfasis añadido).

[231] Art. 2-VI, LCT. El concepto coincide en general con el de la CVDT: "un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado". Art. 2(1) (c). Faltaría, sin embargo, la precisión en la LCT que es el documento que emite el Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado.

[232] "Conforme al artículo 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por "el secretario de Estado a que el asunto corresponda"; por tanto, como los tratados internacionales y sus modificaciones, así como las convenciones diplomáticas son celebrados por el propio Ejecutivo Federal y una vez aprobados por el Senado son Ley Suprema de la Unión en términos del artículo 133 constitucional, es evidente que el decreto que ordena su publicación debe firmarlo el secretario de Relaciones Exteriores, al que corresponde el asunto, acorde con los artículos 28, fracción XII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 7, fracción IX, del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, siendo innecesario el refrendo del secretario de Gobernación, ya que este requisito corresponde al acto de promulgación de las leyes y decretos expedidos por el Congreso de la Unión", TRATADOS INTERNACIONALES. PARA SU VALIDEZ ES INNECESARIO EL REFRENDO DEL SECRETARIO DE GOBERNACIÓN, IUS 170 157 (2005), Amparo en revisión 828/2005. *María Asunción Gorrochategui Vázquez y otros*. 6 de abril de 2006. Once votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Marco Antonio Cepeda Anaya.

[233] "Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos".

3. Aprobados por el Senado

Es el requisito interno procedimental –y sustantivo– que debe satisfacerse para debidamente reflejar la voluntad de los Estados Unidos Mexicanos de vincularse internacionalmente y para que el tratado sea formalmente aceptado en el sistema jurídico mexicano. La CPEUM señala en esta frase que para que los EUM puedan jurídicamente vincularse internacionalmente es necesario el concurso de dos voluntades internas: la del Ejecutivo Federal y la del órgano legislativo interno constitucionalmente mandatado: el Senado de la República.

En la historia constitucional mexicana ha variado el órgano interno encargado de aprobar los tratados. En 1814, la Constitución de Apatzingán disponía que tocaba al Supremo Gobierno la celebración de tratados pero la expresión de la voluntad del Estado mexicano residía siempre en el Supremo Congreso, unicameral.[234] En el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (13 de enero de 1824), la facultad de aprobación de tratados corresponde exclusivamente al Poder Legislativo –bicameral[235]– pero es el Poder Ejecutivo quien los celebra.[236] En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, la aprobación de los tratados corresponde al Congreso

[234] "Al Supremo Gobierno toca privativamente: Art. 159. Publicar la guerra, y ajustar la paz. Celebrar tratados de alianza y comercio con las naciones estrangeras, conforme al artìculo 108, correspondiendose con sus gabinetes en las negociaciones que ocurran, por sì, ò por medio de los ministros públicos, de que habla el artículo 104; los cuales han de entenderse inmediatamente con el gobierno, quien despachará las contestaciones con independencia del Congreso; à menos que se versen asuntos, cuya resolucion estè en sus facultades: y de todo darà cuenta oportunamente al mismo Congreso". "Al Supremo Congreso pertenece exclusivamente: … Art. 108. Decretar la guerra, y dictar las resoluciones bajo de las cuales haya de proponerse ò admitirse la paz: las que deben regir para ajustar los tratados de alianza y comercio con las demas naciones, y aprobar antes de su ratificacion estos tratados", ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *supra* nota 62.

[235] "Art. 10. El poder legislativo de la federación residirá en una cámara de diputados, y en un senado, que compondrán el congreso general".

[236] "Art. 13. Pertenece exclusivamente al congreso general dar leyes y decretos. XVII. Para aprobar los tratados de paz, de alianza, de amistad, de federación, de neutralidad armada, y cualquier otro que celebre el poder ejecutivo. "Art. 16. Sus atribuciones [del Poder Ejecutivo], á más de otras que se fijarán en la constitución, son las siguientes: XI. Dirigir las negociaciones diplomáticas, celebrar tratados de paz, amistad, alianza, federación, tregua, neutralidad armada, comercio y otros; mas para prestar ó negar su ratificación á cualquiera de ellos, deberá preceder la aprobación del congreso general".

–bicameral[237]– y es el Presidente quien celebra concordatos y tratados.[238] En las Leyes Constitucionales de 1836, es facultad exclusiva del Congreso –bicameral[239]– la aprobación de los tratados, pero el Senado tiene facultad exclusiva respecto a "decretos conciliares y bulas y rescriptos pontificios" cuando afecten a la Nación.[240] En las Bases Orgánicas de 1843,[241] corresponde al Congreso –bicameral[242]– la aprobación de tratados y concordatos celebrados por el Presidente de la República.[243] En la Constitución de 1857, el Congreso –originalmente unicameral[244]– tenía la facultad de aprobar todos los tratados y declarar la guerra.[245] El 6 de noviembre de 1874 el Congreso se convierte en bicameral[246] y la aprobación de los tratados se volvió facultad exclusiva del Senado.[247] En la Constitución publicada en 1917, el Congreso –bicameral desde un principio[248]– es quien aprueba los tratados conforme a los artículos 89-X y 133,[249] pero, en clara contradicción, el art. 76-I otorgaba al Senado la facultad exclusiva

[237] "Art. 7o. Se deposita el poder legislativo de la federación en un Congreso general. Este se divide en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores".

[238] "Art. 50. Las facultades exclusivas del Congreso general son las siguientes. … 12a. Dar instrucciones para celebrar concordatos con la Silla apostólica, aprobarlos para su ratificación, y arreglar el ejercicio del patronato en toda la federación. 13a. Aprobar los tratados de paz, de alianza, de amistad, de federación, de neutralidad armada, y cualquiera otros que celebre el presidente de los Estados-unidos con potencias extranjeras". "Art. 110. Las atribuciones del presidente son las que sigue: 13a. Celebrar concordatos con la silla apostólica en los términos, que designa la facultad 12a. del artículo 50. 14a. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados de paz, amistad, alianza, tregua, federación, neutralidad armada, comercio y cualesquiera otros; mas para prestar ó negar su ratificación á cualquiera de ellos, deberá preceder la aprobación del Congreso general".

[239] "El ejercicio del Poder Legislativo, se deposita en el Congreso general de la Nación, el cual se compondrá de dos Cámaras", TERCERA LEY CONSTITUCIONAL, DEL PODER LEGISLATIVO, DE SUS MIEMBROS Y DE CUANTO DICE RELACIÓN A LA FORMACIÓN DE LAS LEYES, 1836, art. 1.

[240] "Art. 44. Corresponde al Congreso general exclusivamente: … 6º Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nacion, y designar garantías para cubrirlas. … 8º Aprobar toda clase de tratados que celebre el Ejecutivo con potencias extrageras, y los concordatos con la silla apostólica. 9º Decretar la guerra, aprobar los convenios de paz y dar reglas para conceder las patentes de corso.", "Art. 53. Toca exclusivamente á la Cámara de Senadores: 1ª Prestar su consentimiento para dar el pase, ó retener los decretos conciliares y bulas y rescriptos pontificios, que contengan disposiciones generales ó trascendentales á la Nacion", *Tercera Ley, Del Poder Legislativo, de sus miembros y de cuanto dice relacion á la formacion de las Leyes,* 29 de diciembre de 1836.

[241] *Bases de Organización Política de la República Mexicana,* de 12 de junio de 1843.

[242] "Art. 25. El Poder legislativo se depositará en un congreso dividido en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores, y en el Presidente de la República por lo que respecta á la sancion de las leyes".

[243] "Art. 66. Son facultades del Congreso: … VII. Reconocer y clasificar la deuda nacional, y decretar el modo y arbitrios para amortizarla. VIII. Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nacion, prefijando bases y designando garantías. IX. Aprobar toda clase de tratados que celebre el Ejecutivo con las potencias extranjeras. X. Aprobar para su ratificacion los concordatos celebrados con la silla apostólica, y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nacion. XI. Decretar la guerra por iniciativa del Presidente; aprobar los convenios y tratados de paz, y dar reglas para conceder patentes de corso. …". "Art. 87. Corresponde al Presidente de la República: … XVI. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados de paz, amistad, alianza, tregua, neutralidad armada, y demas convenios con las naciones extrangeras, sujetándolos á la aprobacion del congreso ántes de su ratificacion. … XVIII Celebrar concordatos con la Silla apostólica, sujetándolos á la aprobacion del Congreso. XIX. Conceder el pase á los decretos conciliares, bulas, breves y reos pontificios, ó decretar su retención. Esta faculta la usará con acuerdo del Congreso, cuando se versen sobre asuntos generales; con audiencia del Consejo, si son sobre negocios particulares; y con la de la Corte de Justicia si versaren sobre puntos contenciosos. No se estiende dicha facultad á los breves sobre materias de penitenciaría, que, como dirigidos al fuero interno, no estarán sujetos á presentacion".

[244] "Art. 51. Se deposita el ejercicio del supremo poder legislativo en una asamblea que se denominará Congreso de la Union".

[245] "Art. 72. El Congreso tiene facultad: … XIII. Para aprobar los tratados, convenios ó convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo". "Art. 85. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: … X. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados con las potencias estrangeras, sometiéndolos á la ratificacion del Congreso federal".

[246] "Se deposita el ejercicio del supremo poder legislativo en una asamblea, que se denominará congreso de la Unión", art. 51.

[247] Se deposita el poder legislativo de la nación en "un congreso general que se dividirá en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores", art. 51. Los diputados fueron considerados "representantes de la nación, electos en su totalidad, cada dos años por los ciudadanos mexicanos", art. 52, en tanto los senadores eran representantes de cada entidad federativa, incluido el Distrito Federal, dos por cada uno, elegidos cada cuatro años y renovables por mitad cada bienio. Flores, *op. cit., supra* nota 151, p. 297. No obstante, Jorge Carpizo considera que el argumento que el Senado representa a las entidades federativas "está superado desde hace muchos años cuando las legislaturas locales perdieron el derecho de nombrar a los senadores …", *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (Amparo en revisión 1475/98),* CUESTIONES CONSTITUCIONALES, REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, núm. 3, julio-diciembre de 2000, p. 181.

[248] "Art. 50. El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores".

[249] "Art. 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: … X. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del Congreso Federal". "Art. 133. Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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."

para aprobarlos.[250] El artículo 133 se reformó en 1934 para señalar que los tratados son aprobados por el Senado.[251] En 1988 se reformó el artículo 89-X[252] para incorporar los principios de política exterior y es sólo hasta entonces cuando el texto constitucional es consistente respecto al órgano interno que aprueba los tratados: el Senado de la República.[253]

Como vemos, el texto original de la Constitución de 1917 en sus artículos 89-X y 133 señalaba que la aprobación correspondía al Congreso de la Unión y no al Senado.[254] Con la enmienda publicada en el DOF el 8 de enero de 1934, la facultad de aprobar los tratados se volvió unicameral al pasar exclusivamente al Senado y dejó de ser del Congreso Federal. Al respecto el Diario de Debates de la Cámara de Diputados de 1933 sólo manifiesta que "Es obvia la razón que se ha tenido en cuenta para reforma el artículo 133 de la Constitución en la

[250] "Art. 76. Son facultades exclusivas del Senado: I. Aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Presidente de la República con las potencias extranjeras".

[251] "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".

[252] "Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: … X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales".

[253] El tema, durante décadas estable, no parece tan definido en la actualidad. El 26 de agosto de 2010, en la inauguración del Seminario sobre la Ley de Tratados Internacionales, organizado por la Comisión de Relaciones Exteriores, que preside el diputado Porfirio Muñoz Ledo (PT), la senadora Rosario Green Macías expuso el contenido de la Minuta que aprobó el senado y por la que se expide la Ley General sobre Celebración y Aprobación de Tratados Internacionales. En esa ocasión, el diputado José Luis Jaime Correa (PRD) consideró indispensable contar con una política exterior de Estado, en la cual, la suscripción de los tratados internacionales no sólo sea por parte del Ejecutivo Federal, sino también del Congreso de la Unión, y en donde la aprobación sea validada por la Cámara de Diputados, *Prioritario, adecuar el marco jurídico de México para suscribir tratados internacionales: Legisladores*, Boletín 1959 (26 de agosto de 2010).

[254] Se ha considerado a la reforma de 1934 como una "inexplicable" e incluso un error de mecanografía, *supra* notas 79 y 87.

forma propuesta por el Ejecutivo y que el Senado acepta".[255] El Diario de Debates del Senado ofrece un poco más de explicación indicando que el propósito de la enmienda constitucional correspondía a tratar de definir que el tratado debería estar de acuerdo con la constitución para evitar complicaciones,[256] pero no se pronuncia sobre el órgano legislativo interno que debe aprobar los tratados. Pese a que es un tema de gran relevancia, ninguna de las dos cámaras expresaron mayor comentario respecto a este cambio. La sustitución no es irrelevante. Presumiblemente resultó en aplicación del concepto de que el Senado representa a las entidades federativas.[257] La SCJN ha señalado que cuando la Cámara de Senadores aprueba los tratados, ello significa que las entidades federativas –representadas por los senadores (de mayoría relativa, primera minoría o representación proporcional)[258]– quedan obligadas a cumplirlos en su esfera estatal.[259] Esto plantea dos interrogantes. Cuando los tratados eran aprobados por ambas Cámaras del Congreso, ¿acaso no los aprobaban el Senado y con ello las entidades federativas?

[255] Diario de Debates Cámara de Diputados, 19 de diciembre de 1933, p. 15. Con esta información, lo más que puede uno suponer haya sido la motivación del Ejecutivo para proponer la enmienda, es que por tratase de un mayor número de legisladores, ello podría retrasar el proceso de aprobación del tratado amén de politizar el tema con el posible enfrentamiento entre facciones políticas y partidistas. Sin embargo, el mayor diálogo al interior del órgano legislativo podría ser la justificación precisa para enviar el tratado a la discusión del legislativo para manifestar claramente el compromiso del *Estado* y no sólo del gobierno o la administración en turno.

[256] *Supra* notas 183 a 185.

[257] El argumento era válido previo a la reforma de 1997. Ya con la presencia de senadores de primera minoría, pero en particular con senadores plurinominales, la naturaleza pasó de ser de representación de las entidades federativas a ser un representante mixto con representación popular.

[258] Con la actual conformación del Senado (art. 56, CPEUM) debe meditarse si aún es válido considerar que representa a las entidades federativas y no a la población, máxime cuando las entidades ya no tienen el mismo número de senadores. *Cfr.* José María Serna de la Garza, *El Sistema Federal Mexicano*, Porrúa y UNAM, 2008, pp. 398-408 y Flores, *op. cit., supra* nota 151, p. 318.

[259] "…por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, *el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades*", TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

Segundo, ¿qué pasaría cuando uno o más senadores de una entidad federativa se encuentran ausentes, se abstienen de votar o votan en contrario? Con el argumento antes esgrimido, habría de concluir que si un senador estuviera en contra, ¿representaría que su entidad federativa no estaría vinculada?[260] Iguales dudas surgen en caso de abstención o ausencia en la sesión respectiva. No obstante, debiera concluirse que si la mayoría en el Senado aprueba, la decisión final obliga a la totalidad de las entidades federativas y no que pudiera vincular a unas entidades y a otras no, pues se trata de una obligación del Estado mexicano *in toto*, y no de la federación y/o de las entidades federativas, y para estos efectos, de los municipios.

Por otra parte, debemos subrayar que la voluntad del Estado mexicano está dada por el concurso de la aprobación de dos órganos: el Ejecutivo Federal y el Senado. En el proceso de celebración de tratados, el Ejecutivo negocia, rubrica y firma los tratados. Y toca al Senado decir la última palabra. Aprobado el tratado por el Senado, el Ejecutivo podrá proceder a la ratificación del tratado. El Ejecutivo sólo tiene posibilidad de ratificar un tratado en los términos en que fue aprobado por el Senado. Si el Senado modificó una propuesta formulada por el Ejecutivo de declaración interpretativa o reserva o el Senado las adhiere *motu proprio,* el Ejecutivo no tiene más opción que ratificar el tratado en los términos específicamente aprobados por la Cámara Alta. Si al Ejecutivo no le placen los términos aprobados por el Senado, la única opción que le quedaría sería no ratificar el tratado. De esta forma vemos que la voluntad del Estado mexicano está dada por el concurso necesario de dos voluntades internas mexicanas: del Senado y del Ejecutivo Federal. "La Constitución establece que para la validez de un tratado internacional se requiere la concurrencia de dos voluntades: por una parte, celebrarse por el Presidente de la República y, por otra, ser aprobados por la Cámara de Senadores. Resulta claro que de no presentarse la concurrencia volitiva descrita, existirá una violación formal que será contraria a lo preceptuado en la Constitución, que podría ser motivo para sostener la nulidad, petición de amparo o invalidez del tratado ante la instancia correspondiente".[261]

[260] ¿Acaso debieren definirse reglas para cuando si uno, la mayoría o la totalidad de los senadores de una entidad federativa se oponen, abstienen o están ausentes?

[261] Suárez Camacho, *op. cit., supra* nota 181, pp. 36 y 37.

4. "Que estén de acuerdo con la CPEUM"

El texto constitucional señala que los tratados deben estar "de acuerdo" con la constitución. "De acuerdo" es utilizado en la lengua castellana "como fórmula para manifestar asentimiento o conformidad".[262] Lo primero a destacar es que "de acuerdo" no significa que tratados y CPEUM tengan que utilizar los mismos vocablos al expresar un concepto/principio que ambos instrumentos jurídicos propugnan.

Un ejemplo de si los tratados están de acuerdo o no con la CPEUM es el caso del derecho a la familia. Pese a lo expresado en muchos sitios, la CPEUM no manifiesta expresamente el derecho de toda persona a tener o fundar una familia. La CPEUM expresa que la ley "protegerá la organización y el desarrollo de la familia".[263] "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos",[264] "Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo",[265] "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento",[266] busca "la reintegración social y familiar del adolescente" en cuestiones de readaptación social,[267] prescribe la regulación del patrimonio de la familia,[268] la pequeña propiedad agrícola, ganadera y forestal,[269] "ciertas limitaciones al amparo cuando se afecte a la estabilidad de la familia",[270] salario mínimo que satisfaga "las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos".[271] Si bien la CPEUM contempla diversas normas relativas a la familia, ninguna de ellas contempla el derecho de toda persona a tener una. Sus disposiciones

[262] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, voz "acuerdo", en http://www.rae.es (consultado 16 de abril de 2010).

[263] Art. 4, segundo párrafo de la CPEUM.

[264] Art. 4, tercer párrafo de la CPEUM.

[265] Art. 4, sexto párrafo de la CPEUM.

[266] Art. 16, primer párrafo de la CPEUM.

[267] Art. 18, sexto párrafo, de la CPEUM.

[268] Art. 123 (A) (XXVIII) de la CPEUM.

[269] Art. 27, IV, XV y XVII de la CPEUM.

[270] Art. 107, III de la CPEUM.

[271] Arts. 127, A, VI, segundo párrafo y 127, A, XXII de la CPEUM.

asumen que la familia existe –que es un dato de la realidad– y que la ley la protegerá y la desarrollará. Sin embargo, en otras épocas y lugares se han conocido proyectos eugenésicos y micegénicos que podrían limitar la posibilidad de tener una familia.[272]

Por su parte, el derecho internacional expresamente manifiesta el derecho de toda persona a fundar una familia (artículos 16, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),[273] 23, PDCP,[274] 17, CADH,[275] y 16, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),[276] 9 y 10-Convención de los Derechos del Niño[277] y 4, 44, 45 y 50, Convención de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares).[278]

[272] En julio de 1933 se aprobó en Alemania una ley que permitía la esterilización involuntaria de "borrachos, criminales sexuales y lunáticos hereditarios e incurables, y de aquellos que padezcan una enfermedad incurable que pudiera transmitirse a su descendencia". La prohibición de la micegenación (mezcla racial) estuvo vigente en la Alemania nazi entre 1935 y 1945. Igualmente estuvo en vigor hasta 1967 en varios estados de EUA y en Canadá e igualmente en Sudáfrica durante la era del *apartheid*.

[273] "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

[274] "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello". El Senado aprobó el Pacto el 18 de diciembre de 1980. México se adhirió el 23 de marzo de 1981. Entró en vigor internacionalmente el 23 de marzo de 1976 y para México el 23 de junio de 1981. DOF, 20 de mayo de 1981 y 22 de junio de 1981.

[275] "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

[276] "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer", 18 de diciembre de 1979, DOF, 12 de mayo de 1981 y 18 de junio de 1981.

[277] Es de señalar que esta Convención (DOF, 25 de enero de 1991) considera que el desarrollo normal del niño debe ocurrir en el seno de la familia, la cual se integra por los padres y el niño: "Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", sexto párrafo preambular, Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Es la Convención con mayor número de ratificaciones: 193 (sólo EUA no la ha ratificado).

[278] "Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio", art. 44 (1), *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, Nueva York, 18 de diciembre de 1990, DOF, 13 de agosto de 1999.

La CPEUM, *stricto sensu* no establece el derecho de toda persona a fundar una familia. Señala a que la ley la protegerá y hará lo necesario para desarrollarla, pero ello asume que esto ocurre una vez que exista la familia y no define quién tiene este derecho, para que una vez que se tenga, esa familia sea protegida por la ley. El espaciamiento de los hijos no necesariamente significa que define una familia sino que se determina la libertad para procrear hijos, aunque no imprescindiblemente como parte de una familia. Más bien pueda ser en contraposición directa a la política de un solo hijo que adoptó la República Popular de China.[279] Por el contrario, los textos internacionales dicen claramente que toda persona tiene derecho a fundar una familia. ¿Significa esto que CPEUM y tratados *no* están "de acuerdo"? No. Ambos sistemas normativos promueven la familia y resultan complementarios. Uno define unas normas y situaciones, otro reitera –con voces y vocablos diferentes– el mismo propósito y llena lagunas del primero y viceversa, y quizás en el proceso podrían no ser del todo coincidentes. Pero ambos sistemas procuran el mismo propósito y objetivo: el beneficio del pueblo (art. 39, 2a. oración, CPEUM)[280] y la norma más favorable a la persona (principio *pro persona*[281]). Es decir, existe conformidad y afinidad –material– entre ambos cuerpos jurídicos. Es decir, están de acuerdo.

Esto evidencia que el tratado debe ajustarse a lo prescrito por la constitución en el sentido de no oponerse a su texto a efecto de poder ingresar al sistema jurídico mexicano, a la Ley Suprema de toda la Unión (LSTU). Para estos efectos el órgano legislativo interno expresamente facultado –el Senado en la actualidad; el Congreso en la CPEUM original– debe verificar que el compromiso que se pretende contraer a nombre de los EUM satisface los objetivos, realmente compete y está ajustado a la Constitución. La disposición asume que

[279] En China está en vigor la política de un solo hijo, donde los fetos que más mueren son femeninos arrojando una tasa de 1.13 varón/mujer en tanto que la mundial es 1.01. Es decir, en China hay 85.5 millones más varones que mujeres, es decir, más que la población individual de Vietnam, Alemania, Etiopía o Egipto.

[280] *Supra* nota 35.

[281] *Cfr. supra* nota 102.

el Ejecutivo ha debido cumplir con sus facultades para celebrar este tratado,[282] pero que el Senado igualmente y acompañando al Ejecutivo debe verificar que efectivamente se ajuste a las disposiciones de la Constitución y haya conformidad entre ellos; es decir, que el tratado está "de acuerdo".

Así, estar de acuerdo significa que no haya franca oposición entre ambos cuerpos normativos y que el tratado no resulte anticonstitucional.[283] Que no altere las garantías del ciudadano, tal como se señala en el artículo 15 constitucional. En suma, deriva de la ejecución de la política exterior mexicana (PEM) que es conducida exclusivamente por el Ejecutivo Federal (art. 89-X CPEUM). Pero esta PEM al momento de reflejarse y concretarse a un tratado, requiere de la voluntad del Senado para manifestar el compromiso del Estado mexicano por lo cual el Senado corrobora que el tratado satisface los requisitos legales internos mexicanos incluyendo que esté "de acuerdo", es decir que no se opone a la CPEUM.

En este sentido debe recordarse que desde que México inició su vida independiente, el órgano legislativo y el Ejecutivo conjuntamente han resuelto entre el compromiso de los EUM y, a través del Ejecutivo, han manifestado la voluntad del Estado mexicano. En el Tratado de Unión, Liga y Confederación con la República de Colombia,[284] el Ejecutivo negoció y firmó el tratado, pero el Congreso modificó los términos del tratado y estableció que ciertas de sus disposiciones no aplicarían.[285] Situación similar se observó en el Tratado de Amistad,

[282] Recordando que la denominación del instrumento es irrelevante (LCT y CVDT) y que lo realmente importante es el contenido.

[283] En oposición al concepto de inconstitucional, donde el tratado puede llenar lagunas o precisar contenido constitucional.

[284] Este tratado es importante por varias razones: establece firmemente la personalidad jurídica del Estado mexicano y es un tratado de límites (pues México y Colombia tenían frontera en la actual frontera Norte de Panamá). Firmado en la Ciudad de México, 3 de octubre de 1823. Aprobado por el Congreso por decreto del 2 de diciembre de 1823, con modificaciones. Ratificado por México el 2 de diciembre de 1823. Ratificado por Colombia con las modificaciones mencionadas, el 30 de junio de 1824. Promulgado por decreto del 20 de septiembre de 1825. Puede consultarse en Senado de la República, TRATADOS RATIFICADOS Y CONVENIOS CELEBRADOS POR MÉXICO, t. I, pp. 2-6.

[285] "1a. Que al artículo 2o. se suprima todo lo que comprende desde las palabras: 'y tranquilidad'. 2a. Que quede suprimido el artículo 10. 3a. Que lo quede igualmente el 11 en su primera parte, subsistiendo la segunda sobre desertores. 4a. Que se suprima en el artículo 14 la palabra de, 'Juez arbitro' ", *ibidem,* p. 6.

Comercio y Navegación con la República de Chile.[286] En forma semejante, en 1885 se negoció un tratado de extradición entre México y EUA, pero que no entró en vigor debido a propuestas presentadas por el Senado de EUA, aunque diez años (1899) sí se ratificó por ambos Estados después de aceptar las referidas enmiendas.[287]

Parte importante es reconocer que una vez que el tratado –y la ley general– se integra a la Ley Suprema de toda la Unión, es y permanece como parte de esa LATU, salvo que concluya su vigencia. Si hubo error del Senado –o el órgano constitucional definido (Congreso de la Unión antes de 1934)– y del Ejecutivo Federal al suscribir, aprobar y ratificar el tratado correspondiente habrá que exigir la responsabilidad a los funcionarios respectivos. Pero la obligación del Estado mexicano permanecerá, en particular en un entorno internacional y amplia globalización como ocurre actualmente.

Es una obligación del Estado mexicano que debe cumplirse y cuyo incumplimiento acarrearía responsabilidad internacional. En este sentido, la SCJN ha señalado que "...en la medida en que el Estado mexicano al [suscribir los tratados], de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales[288] o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", *contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad*

[286] Firmado en la Ciudad de México, 7 de marzo de 1831. Aprobados por el Congreso General con una modificación ("Con la supresión de las palabras 'por mayor o al menudeo', del párrafo 1o., del artículo 5o."). Ratificados por los Estados Unidos Mexicanos el 16 de agosto de 1831 y por Chile el 30 de agosto de 1832. Promulgado por decreto del 12 de junio de 1833. *Ibidem,* pp. 76-82.

[287] *Cfr.* Labardini, *Life Imprisonment and Extradition: Historical Development, International Context, and the Current Situation in Mexico and the United States*, *supra* nota 4, p. 8.

[288] Es de subrayar que la Convención citada no ha entrado en vigor. Ello plantea graves dudas de interpretación de la propia tesis y sus implicaciones para la jerarquía normativa en México, incluyendo la posibilidad de aplicar en México tratados que no hayan entrado en vigor y no hayan sido firmados por México. *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 595-597.

de carácter internacional".[289] Por su parte, el derecho internacional público prescribe que las obligaciones internacionales no pueden ser rehusadas por motivo de violación al derecho interno de los Estados.[290] En este punto, por diferentes rutas, pero la SCJN y el derecho internacional coinciden: no es factible incumplir una obligación internacional aduciendo fallas en el proceso interno de un Estado –aprobación por el Senado de un tratado a celebrarse por el Ejecutivo– al momento de manifestar el consentimiento de ese Estado en quedar obligado por el derecho internacional.

Hemos visto las características de los conceptos que integran la propuesta de lectura constitucional que denomino la Trinidad Legal: constitución, leyes y tratados. Esta lectura del texto constitucional ofrece diversas posibilidades y beneficios. Primero, atiende el mandato expreso prescrito en la constitución sin menoscabarla. Esta lectura da crédito al legislador constituyente y al reunir diversos elementos constitucionales muestra una consistencia –inesperada– al considerar a la LSTU como una legalidad tripartita. La lectura además es consistente con diversos artículos constitucionales: 133, 15, 76-I y 89 X.

Estos artículos apuntan a y confirman la obligación internacional del Estado mexicano –y sus límites– adquirida vía los tratados. Si llegara a haber alguna falta de total consistencia entre CPEUM y tratados, y ante la posible generación de responsabilidad internacional habría que pedir cuentas a los funcionarios del Ejecutivo Federal y al Senado por la posible oposición normativa, pero el respectivo tratado seguiría siendo parte de la LSTU, pues las correspondientes

[289] TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 650, *supra* nota 27. Subrayo el doble énfasis añadido en "normas de derecho interno", pues señala que las normas en la CPEUM –indudablemente parte del derecho interno– tampoco podrían ser argüidas para incumplir un tratado.

[290] "1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe", art. 46 CVDT.

obligaciones internacionales "no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad internacional".[291] No obstante, el tamiz de ingreso de los tratados a la LSTU sigue siendo la CPEUM.

Cuando la SCJN señaló en su criterio de 2007 que la CPEUM se encuentra por encima de los tratados, y estos por encima de leyes generales, y de las federales y locales[292] podría concebirse que la afirmación puede ser cierta el día de hoy. Sin embargo, el tratado habría de quedar por encima de la CPEUM el día de mañana debido a algunas consideraciones.[293] Las resoluciones de los congresos estatales y del propio Congreso de la Unión –todos ellos integrantes del Congreso Constituyente Permanente– son leyes o decretos.[294] Si los tratados efectivamente están en toda circunstancia por encima de las *leyes* generales y de las *leyes* federales y estatales, los actos aislados de los congresos mexicanos no podrían adoptar norma que contraviniera las disposiciones de los tratados, pues irían en contra de la LSTU. Parecería entonces que se hubiera inhibido al Congreso Constituyente Permanente.[295] Pero podría igualmente reflejar que las obligaciones internacionales no pueden ser rehusadas por errores en el procedimiento jurídico interno. Y, en la medida que las obligaciones internacionales "no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional", provocan que la CPEUM haya de ceder lugar siempre ante la normatividad internacional que el Estado mexicano haya consentido en obligarse –con el concurso del Ejecutivo y del Senado– mediante un tratado.

[291] SCJN *supra* nota 131.

[292] TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172650, *supra* nota 27.

[293] *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 597-600.

[294] Art. 70 de la CPEUM.

[295] Podría, sin embargo, quedar la opción de que los 33 congresos integrantes del Congreso Constituyente Permanente (CCP) expresamente señalaran que su propuesta sólo puede fructificar hasta que sea adoptada por el CCP. Pero si la propuesta fuera adoptada y resultara violatoria de los tratados internacionales, se hará incurrir en responsabilidad internacional como bien apunta la SCJN.

IX. El tamiz de ingreso a la Ley Suprema de toda la Unión

Establecer que los tratados –y las leyes generales– son parte integral de la LSTU manifiesta que dichos cuerpos normativos tiene el *mismo* nivel jerárquico una vez que hayan ingresado de manera formal a esa Ley Suprema de toda la Unión. Es decir el filtro –necesario por dictado de la CPEUM– para ingresar a la LSTU es la propia constitución.

Por cuanto hace a las leyes (generales) del Congreso Unión, tienen que emanar de ella, es decir derivar de sus preceptos y no oponerse a la misma. Al hacerlo comparten de la esencia de la CPEUM.[296]

Los tratados deben ser celebrados por el Ejecutivo Federal aprobados por el Senado, o el órgano legislativo que al efecto se establezca. Que los tratados deben estar "de acuerdo" con la CPEUM manifiesta una no-oposición frontal de inicio.[297]

Existen varios casos en que la CPEUM –normalmente aducida en seguimiento a Kelsen como la norma fundamental– ha cedido y cede lugar frente al derecho internacional. Los artículos 27 –cuarto[298] y quinto[299]

[296] *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 189 a 204.

[297] *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 262 a 295.

[298] "Corresponde a la nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, *en la extensión y términos que fije el derecho internacional*" (énfasis añadido).

[299] "Son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales *en la extensión y términos que fije* (el, *sic* DOF, 20-01-1960) *derecho internacional*; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o interminentes (intermitentes, *sic* DOF, 20-01-1960) y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los estados" (énfasis añadido).

párrafos– y 42-V[300] y 42-VI,[301] muestran de entrada que un elemento esencial del Estado, su territorio, queda definido no por elementos o acción de órgano alguno mexicano, sino por el derecho internacional. La Convención de Montevideo[302] señala que el Estado "como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados".[303] No sólo eso. Derivado de un compromiso internacional adquirido mediante arbitraje internacional, en el que México perdió la Isla de la Pasión en favor de Francia, la CPEUM se reformó para ajustarse al ámbito internacional: el artículo constitucional 42-III dejó de incluir a esta isla como parte del territorio nacional.[304] En otros temas, la CPEUM igualmente ha cedido terreno ante el derecho internacional.

[300] "El territorio nacional comprende: … V. Las aguas de los mares territoriales *en la extensión y términos que fija el derecho internacional y las marítimas interiores*" (énfasis añadido).

[301] "VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, *con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional*" (énfasis añadido).

[302] *Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados*, Montevideo 26 de diciembre de 1933. México la ratificó el 27 de enero de 1936. DOF, XX.

[303] Art. 1. Adicionalmente: "El Estado federal constituye una sola persona ante el derecho internacional", art. 2.

[304] El texto original del artículo 42 incluía a la Isla de la Pasión como territorio nacional: "El territorio nacional comprende el de las partes integrantes de la federación, y además el de las islas adyacentes en ambos mares. Comprende asimismo, la isla de Guadalupe, las de Revillagigedo y la de la Pasión, situadas en el Océano Pacífico". Se modificó la CPEUM en 1934, en cumplimiento del arbitraje de Italia emitido en 1931 con el que México perdió la isla ante Francia.

Así, el artículo 21 constitucional[305] se ajustó para que México pudiera ratificar el Estatuto de Roma,[306] que estableció la Corte Penal Internacional.[307]

Lo que el legislador estableció en el artículo 133 constitucional fue un orden –ente jurídico o *corpus iuris*– normativo supremo: la LSTU que regule la actividad nacional y las facultades en todo el territorio nacional y en los distintos órdenes jurídicos de tal manera que fueran conciliables entre sí. Al emanar (las leyes generales) o estar "de acuerdo" (los tratados) con la Constitución, la propia Constitución pretende que haya una homogenización, una armonización lo más cer-

[305] Octavo párrafo: "El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional".

[306] Roma, Italia, 17 de julio de 1998, DOF,: 31 de diciembre de 2005, entró en vigor para México el 1 de enero de 2006. Con Nota ONU5025, del 28 de octubre de 2005, la SRE formuló a la Secretaría General de la ONU las notificaciones siguientes: "El gobierno de los Estados Unidos Mexicanos solicita, de conformidad con el artículo 87, párrafo 1, inciso a, del Estatuto, que las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional sean transmitidas por la vía diplomática a la Secretaría de Relaciones Exteriores. Asimismo, el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos elige que las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional y los documentos que las justifican, a los que se refiere el artículo 87, párrafo 2 del Estatuto, se encuentren redactados en español o acompañados de una traducción a ese idioma". Debe señalarse que México también es parte del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, Nueva York, 9 de septiembre de 2002, DOF, 26 de octubre de 2007, y entrada en vigor en la misma fecha. Al adherirse al Acuerdo, el gobierno de México formuló la Declaración y Reserva siguientes: Declaración: "Los Estados Unidos Mexicanos declara que las personas referidas en los artículos 15, 16, 18, 19 y 21, así como en lo aplicable a las personas referidas en los artículos 20 y 22, que sean nacionales o residentes permanentes en México, gozarán mientras se encuentren en el territorio mexicano de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo 23" y como Reserva: "La Corte Penal Internacional y sus órganos, no podrán adquirir bienes inmuebles en territorio mexicano, dado el régimen establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

[307] Más importante, es que en la SCJN se ha discutido que esto parecería significar que mediante un tratado, los tribunales mexicanos ya no serían supremos en el territorio nacional. "El artículo 21 constitucional únicamente reconoce jurisdicción a la Corte Penal Internacional, pero muy condicionada al caso concreto, previa aprobación del Ejecutivo, con aprobación del Senado, de manera discrecional, y leo el artículo, el párrafo correspondiente, dice: "El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado, 'en cada caso', reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional". ¿Por qué en esta reforma no se incluyó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos? No lo sé, aquí sí confieso mi ignorancia", ministro Gudiño Pelayo, SCJN, *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 2 de septiembre de 2010*, p. 39. "¿De dónde surge constitucionalmente la facultad del Ejecutivo Federal y del Senado, de a través de un tratado internacional subordinar a los tres Poderes de la Unión en que se deposita la soberanía?", *ibidem*, p. 40.

cana posible con ella al momento de ingresar. Pero también reconoce la posibilidad y necesidad de que los legisladores nacionales puedan –y deban– ir actualizando la LSTU, a través de varios elementos. El Congreso Constituyente Permanente (CCP) –poder revisor constitucional– puede enmendar la norma constitucional. El Congreso de la Unión –emisor de las leyes generales– puede actualizar la norma interna de manera más ágil que las normas de la CPEUM.[308] La normativa internacional adoptada y reflejada por los Estados –y otros sujetos de derecho internacional público–[309] en los tratados, garantiza que México no se escape de la evolución del orbe ni sea ajeno al devenir internacional. Esta operación permite la conciliación de textos que no necesariamente son del todo iguales pero que sí comparten objetivos. Es decir, las normas internacionales e internas pueden converger hacia el mismo objetivo pero no necesariamente coincidir en los mismos términos. En otras palabras, convergentes pero no coincidentes en el texto pero sí conforme en cuanto al propósito perseguido: el bienestar de la persona. En el caso de la CPEUM porque "todo poder público dimana del pueblo y se instituye a beneficio de este" (art. 39, 2a. oración, CPEUM)[310] y la aplicación de la norma más benéfica a la persona principio *pro persona*.[311]

Ninguno de los tres elementos de la LSTU es de fácil enmienda. Todos requieren de una debida meditación y análisis de los legisladores correspondientes. Pese al número de enmiendas que la CPEUM ha sufrido desde su promulgación –191 reformas afectando a 502 artículos[312]– fue diseñada de manera rígida para su enmienda.[313] Esto hace ver que la CPEUM es un instrumento de difícil enmienda.

En el mundo internacional contemporáneo –en el ámbito universal– se requiere reunir y lograr el consenso de 192 Estados –número de miembros en la ONU (2010)– para que puedan conciliar intereses y expresiones lingüísticas en el mismo texto y en un sentido coinci-

[308] En tanto para enmendar a la CPEUM se requiere dos tercios del Congreso de la Unión y la mayoría de los congresos de las entidades federativas, la ley general requiere la mayoría de ambas Cámaras del Congreso de la Unión.

[309] *Cfr. supra* nota 212.

[310] *Cfr. supra* nota 212.

[311] *Cfr. supra* nota 102.

[312] *Cfr. supra* nota 151 y Labardini, *La Ley Suprema (secundaria)*, *op. cit.*, *supra* nota 111.

[313] *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 205 a 207.

dente; tarea nada fácil. Si el Estado mexicano ha decidido aceptar las disposiciones de un tratado, significa que ha manifestado su voluntad –como Estado y como sujeto de derecho internacional público– para ceñirse jurídicamente y en forma vinculante a esas disposiciones, tanto a esas expresiones gramaticales como a la orientación jurídico-político-filosófica que sigue ese mismo instrumento. Esto permite en esencia que la norma interna y la norma internacional concilien sus textos y sus orientaciones. Pero ello no significa necesariamente que sean las mismas palabras las que prevalezcan.

En caso de que se encontraran normas que inicialmente se hubieran determinado como constitucionales –motivo por el cual ingresaron a la Ley Suprema de toda la Unión– podrían después no resultar del todo coincidentes o incluso detectarse una falta aparente de consistencia. La lectura del artículo 133 que se propone con la Trinidad Legal relativo a la LSTU requiere que el juzgador aplique su criterio para identificar si existe un posible conflicto o falta de consistencia que llegara a existir entre los elementos integrantes de la LSTU, determinar cuál es la norma que mejor aplicaría en una situación y la mejor forma de de conciliar los textos. Es decir, si la norma internacional contradijera expresamente lo prescrito por la Constitución, de entrada no debió ser adoptada por el Ejecutivo y debió ser rechazada por el órgano legislativo para ingresar al sistema jurídico mexicano y, por ende, a la LSTU. Pero una vez ingresado el tratado –o la ley general– a la LATU, permanece en ella por ser una obligación internacional del Estado mexicano *in toto*. Por este motivo se buscaría conciliar el texto de los tres integrantes de la LSTU y que esta normativa fuera conciliada con lo dispuesto materialmente con la esencia de la constitución mexicana: en beneficio de la población (artículo 39 constitucional 2a. oración; lo que es congruente y consistente con el principio *pro persona*). Este mecanismo permitiría encontrar soluciones jurídicas factibles en atención al mutante entorno mundial en que nos encontramos, con efectos plenos de globalización, amplio comercio internacional, operaciones de mantenimiento de la paz, entidades supranacionales –como la Unión Europea– y sentencias judiciales internacionales jurídicamente vinculantes para México[314]

[314] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto en contra del Estado mexicano en tres ocasiones: *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

y resoluciones del Consejo de Seguridad igualmente obligatorias para México, y sin que ello llegara a significar necesariamente la decisión interna de rechazar tajantemente una norma internacional. En caso que se determinara incompatibilidad o que no estuvieran de acuerdo la norma constitucional y la norma internacional, podría llevar a la eventual denuncia del tratado internacional, propugnar un protocolo adicional al tratado, o una modificación indirecta, o al control difuso de alguna norma constitucional. Esto parece evidenciar también la sabiduría del legislador constituyente para adoptar una constitución que no deba especificar con detalle todos los procesos, definiciones y elementos sino fijar principios y valores de guía. Es sorprendente, pero la CPEUM enuncia un tipo penal,[315] incluye definiciones jurídicas[316] y reglamenta cuestiones electorales.[317] Es decir, la constitución debe preservar los lineamientos de Estado y no recoger las expresiones políticas de los gobiernos y en particular las manifestaciones programáticas de cada administración.[318] Ello mostraría la flexibilidad de una LSTU para adaptarse al entorno mundial y nacional contemporáneos, pero preservando las formas legales y los procedimientos rígidos para no provocar inseguridad para el Estado mexicano, población y autoridades.

Esto también es congruente con el hecho de que el constituyente originario observó que el procedimiento para la enmienda consti-

[315] "Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia", art. 16, noveno párrafo.

[316] "Pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas", art. 2, segundo párrafo, "Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres", art. 2, cuarto párrafo, "Se considera pequeña propiedad agrícola la que no exceda por individuo de cien hectáreas de riego o humedad de primera o sus equivalentes en otras clases de tierras", art. 27, XV, segundo párrafo.

[317] Art. 41.

[318] Rodrigo Labardini, "La constitución de *minimis*", *Crónica*, 20 de febrero de 2010, p. Opinión-4.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

tucional es rígido (dos tercios del congreso federal y la mayoría de las legislaturas locales, art. 135, CPEUM), por lo que es muy difícil modificar el texto constitucional.

La SCJN ha aducido una vocación internacionalista de la CPEUM.[319] Concuerdo en que la CPEUM actual tiene un gran influjo internacional, pero no por los argumentos aducidos por la SCJN.[320] Fijar un criterio simple[321] –tratados por arriba de leyes generales, y de leyes federales y locales, pero por debajo de la constitución– tiene sus beneficios. Todo el sistema judicial –y el foro– mexicano conoce *a priori* el orden jerárquico nacional: 1. Constitución. 2. Tratados. 3. Leyes generales. 4. Leyes federales y locales. Sin embargo, varias situaciones evidencian la complicación de establecer a rajatabla[322] el que la constitución impere en toda circunstancia por encima de todo –ley general y tratado–; máxime en un mundo internacional. Entre los casos que pueden mencionarse están, por ejemplo, el derecho a la vida en general, incluyendo la posibilidad de suspenderlo,[323] la posible reinstauración de la pena de muerte, la indeterminación respecto al momento en que legalmente debe considerarse que existe la vida: desde la concepción, a partir de la décimo tercera semana, al momento de nacer, u otro diferente,[324] y la propia definición sobre si existe el derecho en texto jurídico mexicano, la acción administrativa de emergencia y urgente frente a pandemias, la presunción de inocencia,[325] el concepto jurídico

[319] *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, *passim* pp. 572-595.

[320] *Loc. cit.*

[321] *Cfr.* Manuel Becerra Ramírez, "Comentarios sobre las tesis P.IX/ 2007 y P.VIII/ 2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2007, Respecto de la jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico mexicano", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 861-866.

[322] Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 597-600.

[323] Rodrigo Labardini, "La suspensión del derecho a la vida", *Crónica*, 10 de abril de 2010, p. Opinión-4.

[324] *Cfr.* CADH, art. 4 (1), *supra* nota 122: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Debe señalarse que al ratificar la CADH, México presentó la siguiente declaración interpretativa: "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados".

[325] Labardini, *Una propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos*, *supra* nota 99.

de la detención, los valores, las garantías constitucionales frente a los "derechos fundamentales" o "derechos humanos",[326] e incluso la posibilidad de la constitucionalidad del arraigo pese a su inclusión formal en la constitución.

Estos posibles problemas entre constitución y tratados resultan de gran interés. Sirva de ejemplo el siguiente. La constitución permite suspender el derecho a la vida –la garantía máxima– para hacer frente rápidamente a una situación de grave peligro para la sociedad.[327] Por el contrario, los tratados prohíben expresamente suspender el derecho a la vida.[328] De mantener en toda circunstancia a los tratados por debajo de la CPEUM significaría que debe permitirse la suspensión del derecho a la vida, lo que no parece en beneficio del pueblo (contrario a la esencia de la constitución en su artículo 39, ni a favor de la persona conforme al principio *pro persona*). Una situación análoga sería el caso de la pena de muerte.[329]

Lo que ocurre más bien es tratar de solapar la incompetencia de las autoridades de procuración y administración de justicia ante la inseguridad que vive México. Ejemplo de ello es la inclusión formal en la CPEUM del arraigo, pese a que fue declarado inconstitucional por la SCJN en 2005.[330] Estos dos casos, entre otros, evidencian –quizás las circunstancias más complicadas: la posible suspensión del derecho a la vida y la reinstauración de pena de muerte–, en donde encontramos preceptos constitucionales y normas internacionales aparentemente no coincidentes y que incluso podrían no "estar de acuerdo".

[326] *Cfr. supra* nota 99.

[327] Ver *infra* texto que acompaña a las notas 343 a 348. Asimismo, véase Rodrigo Labardini, "Los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo", en Juan Carlos Arjona y Cristina Hardaga (comps.), *Terrorismo y derechos humanos*, Universidad Iberoamericana y Ed. Fontamara, México, 2008, pp. 483-531, y Rodrigo Labardini, Javier Ramón Brito Moncada y Miguel Ángel González Félix, "La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Revisitada", *El Foro*, órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Octava época, t. I, núm. 4, 1988, México, pp. 115-179.

[328] CADH 4 (2), *supra* nota 122, y PDCP 27 (2), *supra* nota 122.

[329] Véase *infra* notas 349 a 355.

[330] ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ius 176 030 (2005), ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ius 170 555 (2007).

En estos dos casos se trata de que, por haber satisfecho los cauces constitucionales (formales), se pueden contemplar o adoptar procedimientos o decisiones que chocarían de frente con las normas de los tratados ratificados por México. Formalmente habría de concluirse que las medidas adoptadas son constitucionales, pero igualmente debe concluirse que generarían responsabilidad internacional. Pero si atendemos a que el *quid* de la constitución y del mundo internacional es el beneficio del pueblo y velar porque la disposición que más beneficie a la persona sea la que aplique, entonces debemos determinar si una medida que satisficiera los cauces formales –constitucionales y/o internacionales– debiera definirse como *materialmente* válida, constitucional e internacionalmente. La Legalidad Tripartita –Trinidad Legal– permite que normas de igual rango en posible conflicto sean conciliadas o reunidas conjuntamente, mediante un juicio razonable en una conclusión que atienda a la esencia de la nación y el orbe: la persona.

Considerar que la constitución siempre habría de tener supremacía absoluta, en todas las circunstancias, por encima de los tratados, va en contra de múltiples argumentos presentados en el sentido de que México se encuentra inmerso en un mundo internacional, globalizado y que ello requiere el compromiso del Estado para ser respetado. Varios de estos argumentos fueron esgrimidos por la propia SCJN al adoptar su decisión de 2007,[331] o en sus discusiones de 2009[332] o

[331] Revisar las discusiones correspondientes a las tesis TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 650 (2007), *supra* nota 27, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 667 (2007), *supra* nota 34, LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 739 (2007), *supra* nota 12. Asimismo *cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit., supra* nota 18, pp. 572-595.

[332] En las sesiones del 8, 10 y 12 de septiembre de 2009, el Pleno de la SCJN comentó sobre la jerarquía que los tratados de derechos humanos –que no los tratados en general– podrían tener en el sistema jurídico mexicano. Si bien consideró que los tratados tendrían una ubicación infraconstitucional pero supralegal, la SCJN parecería inclinarse a que los tratados de derechos humanos sí tendrían una jerarquía constitucional. De continuar en este sentido, se generarían complicaciones internacionales para el cumplimiento de la normativa internacional, pues la naturaleza jurídica de las obligaciones internacionales es igual respecto de la materia. Adicionalmente crearía una jerarquía normativa mexicana igualmente complicada con unas obligaciones internacionales constitucionales y otras no, sujeto además a que algún ente –nacional o internacional– dictara cuándo un tratado es de derechos humanos o si lo es por tener alguna norma de derechos humanos o si mayoritariamente lo sería. *Cfr.* Labardini, *Una propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos*, *supra* nota 99.

2010.[333] Los argumentos presentados por la SCJN reflejan el mundo actual, la gran interacción, entre las esferas nacional e internacional, el contacto diario vertiginoso y acelerado, la globalización, el impresionante desarrollo de Internet y sus redes sociales. La creación de no-espacios, la negación de localismos y regionalismos mediante estereotipos globales, tienen igualmente gran relevancia.[334] Muestran la interacción que tiene el mundo interno con el mundo externo. Evidencian que México no vive y no puede vivir aislado del resto del mundo. Pero muestran también la necesidad de compatibilizar y armonizar las disposiciones internas con la normativa internacional.

Un asunto a armonizar comprende al propio derecho a la vida. En la constitución no se encuentra reflejada norma alguna que señale que las personas en México tienen derecho a la vida. Hay disposiciones interpretadas por la SCJN interpretando que el principio está incluido en los derechos fundamentales. Pero debemos tomar en cuenta que en la reforma de 2005, cuando se retiró la pena de muerte del texto constitucional, también se quitó la frase de la constitución que prescribía que sólo se podía privar de la vida después de un juicio en tribunales previamente establecidos –con lo que *a contrario sensu* podría llegarse a argüir que ahora se podría privar sin juicio.[335] Por el contrario, las acciones mexicanas procuran preservar la vida de ciudadanos mexicanos en el exterior, no importa su circunstancia, y evitar que sean objetos de la pena de muerte.[336]

Esto muestra que existen potenciales conflictos entre las normativas mexicana e internacional. La lectura constitucional de la

[333] Es de gran interés revisar las discusiones (30 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de 2010) sobre la obligatoriedad –para el poder judicial– de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular la del Caso Radilla.

[334] *Cfr.* Eloy Fernández Porta, *Homo Sampler. Tiempo y consumo en la Era Afterpop*, Ed. Anagrama (2008).

[335] *Supra* nota 124.

[336] A través del Programa de Asistencia Jurídica a Mexicanos Sentenciados a Pena Capital, el gobierno de México busca evitar que los mexicanos acusados por la comisión de delitos de extrema gravedad sean ejecutados o reciban dicha condena. Estos esfuerzos han quedado reflejados internacionalmente, entre otros ejemplos, en Corte Internacional de Justicia, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America),* sentencia del 31 de marzo de 2004, disponible en http://www.icj-cij.org/.

"legalidad tripartita" o "trinidad legal" ofrece la posibilidad de conciliar los textos constitucionales e internacionales, sin necesidad de modificarlos ni de torturarlos y permite proteger la vida humana y a las personas en México en atención al propósito material mismo de la constitución. Ofrece una lógica consistente atendiendo al texto constitucional. Además ofrece, al conciliar estas disposiciones nacional e internacional, que el Estado mexicano no incurra en responsabilidad internacional y se promueve el cumplimiento de ambos sistemas dispositivos observando estrictamente el propósito mismo de la constitución: que todo poder público dimana del pueblo y se instituye en su beneficio (art. 39, segunda oración, CPEUM). Tocará al juzgador –responsable como asume la CPEUM que son todos los funcionarios públicos– determinar la norma que resulte apropiada en mayor beneficio de la población, lo que además seguirá de cerca el principio *pro homine*. En su conjunto, esto permite no sólo conciliar y armonizar los textos nacionales e internacionales sino también una mejor protección para el ser humano. En México existe una norma suprema y, conforme al texto constitucional, es de naturaleza trinitaria. Lo cierto es que debemos recordar que las normas, leyes constitucionales y secundarias, y preceptos internacionales tienen un solo propósito: mejorar la condición humana y de la sociedad y defender al ser humano frente al Estado y el poder en general, público y privado.[337]

X. Constitución y derecho internacional: ¿dos regímenes jurídicos distintos?

La SCJN indica que se trata de dos regímenes separados que deben complementarse pues no existe una relación directa entre jerarquía constitucional y responsabilidad internacional. Se ha argüido que no se puede sostener la superioridad de una norma frente a otra por razones de incurrir en una probable responsabilidad, sino atendiendo al sistema de organización interna del entramado normativo mexicano. Según los ministros Cossío Díaz[338] y Gudiño Pelayo,[339] estos dos elementos son problemas distintos.[340]

Si efectivamente se tratara de dos regímenes separados –pero presumimos complementarios– surgen dos posibles interpretaciones. Primero, que por tratarse de órdenes jurídicos distintos, los tratados no tendrían capacidad de alterar los derechos constitucionales, sino que estarían incorporando al sistema jurídico mexicano nuevos y distintos derechos por más parecidos que éstos fueran respecto de los derechos ya contenidos o reconocidos[341] en la constitución. Es decir, que teóricamente podrían convertirse en un régimen paralelo y no meramente integrado en un sistema único –lo que sería ir en contra del texto expreso del artículo 133 constitucional.[342] Esto es una interpretación interesante dado que reconoce que tratado y constitución tienen distintos origen y procedimiento de creación, pero que pueden resultar complementarios entre sí y sin necesariamente afectarse, menoscabarse o robustecerse mutuamente. Ello parecería indicar que el juzgador deberá conciliar las disposiciones que integran la Ley Suprema de toda la Unión –constitución, tratados y leyes–, en particular para definir cuál es la norma que mejor aplica a las circunstancias del caso que en específico se atienda. Sin embargo, si realmente son dos regímenes distintos no deberían interactuar entre sí, y las normas de uno y otro, por más que llegaran a regir en el mismo espacio jurídico, no podrían modificarse simultáneamente, con lo

[337] En otras partes he sostenido que, pese al discurso y la retórica tradicional, el individuo –y no sólo el Estado– puede cometer violaciones de derechos humanos. *Cfr. supra* las obras citadas en la nota 98.

[338] Ministro Cossío Díaz, *Versión estenográfica de la sesión de la SCJN del 12 de febrero de 2007* (en adelante *Versión estenográfica, 12 de febrero de 2007*), p. 8.

[339] Ministro Gudiño Pelayo, *Versión estenográfica, 12 de febrero de 2007 supra* nota 338, p. 23.

[340] *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit., supra* nota 18, pp. 589-590. "Los Tratados son superiores a las normas federales y locales porque las normas del Tratado obligan a todo el Estado, por lo cual se explica que el Constituyente, haya facultado al presidente a suscribirlos en su calidad de jefe de Estado y el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, esta primera demostración me parece que es débil, el jefe de Estado apruebe un tratado no indica nada acerca de la jerarquía del mismo al interior de un orden jurídico", ministro Cossío Díaz, *Versión estenográfica, 12 de febrero de 2007, supra* nota 338, p. 57. "...el hecho de que un Estado haya asumido un compromiso internacional con otros Estados, nada tiene que ver con la jerarquía normativa de ese tratado al interior de un orden jurídico, en tanto esa jerarquía sólo corresponde determinarla al orden jurídico de que se trate...", *ibidem*, p. 56.

[341] La CPEUM señala que deben protegerse los derechos humanos por ella "reconocidos" (arts. 18, cuarto párrafo y 21, noveno párrafo), "consagrados" (art. 105-II-g) o que "ampara" (art. 102-B) aunque no especifica cuáles son esos derechos humanos.

[342] En el sentido de que los tratados son parte de la LSTU.

que se genera incertidumbre a la población porque podría tener un derecho internacional contradictorio con uno constitucional.

Una segunda interpretación sería que en la medida en que ambas normas integran esa misma LSTU, los elementos de la Ley Suprema de toda la Unión tienen capacidad de afectarse mutuamente, porque forman parte del mismo *corpus iuris*. Sin embargo, esta interpretación nunca podría ser en detrimento de los derechos humanos y las garantías individuales de la población mexicana, sino que esta interacción podría ocurrir sólo con el propósito de ampliar la protección de los derechos, facultades y prerrogativas que tiene la población. Esto derivaría del hecho de que, por integrar la misma LSTU, las disposiciones constitucionales al enmendarse podrían crear derechos no previstos en la normativa internacional ratificada por el Estado mexicano, pero derechos que no por ello estarían alterando la esencia de los derechos humanos contenidos en los tratados. En contrapartida, y de igual forma contemplaría que los tratados –celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado, y "de acuerdo" con la CPEUM– al incorporarse a la LSTU estarían ellos igualmente pudiendo afectar los derechos previstos por la constitución, pero que no podrían hacerlo para menoscabarlos aunque sí para ampliarlos. Pero esta influencia mutua sólo puede tener lugar si se considera –como señala el artículo 133, CPEUM– que constitución, tratados –y leyes del Congreso de la Unión– sean integrantes de la LSTU con sus distintos elementos en igual nivel jerárquico. Tocaría al juzgador entonces, mediante sus diversos métodos de interpretación, conciliar posibles divergencias entre los distintos elementos jurídicos que conforman esa LSTU y establecer cuál es la norma que mejor aplica a una circunstancia en particular o definir el resultante contenido normativo.

XI. Posibilidades de aplicación de la Trinidad Legal

1. La suspensión del derecho a la vida

La CPEUM contempla la posibilidad de suspender el derecho a la vida.[343] En la CPEUM de 1917, la acción del Ejecutivo en la suspensión

[343] Rodrigo Labardini, "La suspensión del derecho a la vida", *Crónica*, 10 de abril de 2010, p. Opinión-4.

de garantías no se encuentra limitada. Sin embargo, la Constitución de 1857 expresamente señalaba que podían suspenderse todas las garantías "con escepción (sic) de las que garantizan la vida del hombre".

El artículo 29 fue someramente discutido por el Congreso Constituyente. La Comisión del Congreso Constituyente de Querétaro que analizó este artículo señaló en su dictamen, a manera de explicación, dos diferencias muy "racionales" entre el proyecto de artículo 29 de la que sería nuestra actual Constitución y el entonces vigente artículo 29 de la Constitución de 1857: 1) "El proyecto explica que la suspensión podrá contraerse a determinada región o extenderse a todo el país, a diferencia del precepto (*sic*) constitucional anterior, que autorizaba la suspensión en términos generales". 2) Más importante para nuestro propósito actual: "En el proyecto se establece que la suspensión afectará a todas aquellas [garantías] que fueren obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; mientras el precepto del 57 ponía a cubierto de la suspensión las garantías que aseguran la vida del hombre, excepción que, prácticamente, venía a nulificar el efecto de la suspensión". Continuaba el dictamen diciendo: "Cuando se apruebe por el Ejecutivo una medida tan grave como la suspensión de garantías, es evidente que la exigirá la salvación pública; para que tal medida produzca el efecto deseado, será indispensable dejar a los poderes que la decretan, libertad para que ellos fijen el alcance de aquélla, en vista de las circunstancias. *Casos habrá y se han visto ejemplos prácticos, en que si la suspensión de garantías no comprende también las que protegen la vida, no producirá aquella medida otro resultado que poner en descubierto la importancia del Poder público para garantizar la seguridad social*".[344]

De mantener en la jerarquía constitucional siempre a los tratados por debajo de la CPEUM, habría de concluir que debería permitirse la suspensión del derecho a la vida. Esto choca de manera clara con los artículos 27 (2) y 4 de la Convención Americana Derechos Humanos y 4 (2) y 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que expresamente prohíben suspender dicho derecho. Si se dijera que se puede suspender

[344] Cámara de Diputados, Congreso de la Unión (L Legislatura), *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. V, *Antecedentes y evolución de los artículos 28 al 53 constitucionales*, Porrúa, México, 1978, 2a. ed., pp. 114-115. El proyecto de artículo fue aprobado el 13 de enero de 1917, sin discusión, por 153 votos a la afirmativa y 6 a la negativa.

el derecho a la vida se incumpliría con dichos tratados. Sin embargo, si se hace respetar el convenio internacional no necesariamente significa que se estaría en colisión con el artículo 29 constitucional, dado que la posibilidad de suspender el derecho a la vida es sólo una de las múltiples opciones que tiene el Ejecutivo para atender una situación grave. Entre otras situaciones, no significa que el Ejecutivo esté obligado a suspender el derecho a la vida –e incluso llegar a privar de la vida– al momento de ejecutar alguna suspensión de derechos y garantías. Si bien bajo el texto constitucional el Presidente de la República, con el acuerdo del gabinete[345] y del Congreso,[346] podría llegar a suspender el derecho a la vida, necesitamos definir la forma en que debemos complementar y conciliar el texto constitucional con la norma internacional. De forma tal, que cuando se llegare a suspender garantías, no habrían de suspenderse las garantías que protegen la vida, y ello resultaría en la ejecución, aplicación y cumplimiento del artículo 29 constitucional sin violar las normas internacionales. La alternativa, señalar que el artículo 29 de la CPEUM y los referidos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)[347] y del

[345] Titulares de secretarías de Estado y el Procurador General de la República, pero no del Consejo jurídico del Ejecutivo Federal. *Cfr.* la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, arts. 1 a 3, que merecen la integración de la Administración Pública Federal Centralizada y Paraestatal, al igual que el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

[346] O la Comisión Permanente en sus recursos.

[347] Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. México se adhirió el 24 de marzo de 1981. Entró en vigor internacionalmente el 18 de julio de 1978 y para México el 24 de marzo de 1981. DOF, 7 de mayo de 1981. Al adherirse a la Convención, México formuló las declaraciones y reservas siguientes. Declaraciones interpretativas: "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción" ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados."; "Por otra parte, en concepto del gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del artículo 12"; Reserva: "El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, dispone que los ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos". Con fecha 9 de abril de 2002, México notificó a la Secretaría General su decisión de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva. Dicho retiro parcial fue aprobado por el Senado de la República el 9 de enero de 2002, según Decreto publicado en el DOF, 17 de enero de 2002, subsistiendo en los siguientes términos. Declaración interpretativa: "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4 considera que la expresión 'en general, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción', ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados". Reserva: "El gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, dispone que los ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos". La Convención cuenta con un Protocolo Adicional del 17 de noviembre de 1988. México también reconoció la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevista en la Convención.

PDCP,[348] resultaran opuestos entre sí, o alguna variante de que no "estén de acuerdo", implicaría, debido a la estructura de la norma internacional, que en México se estaría violando el derecho internacional –la CADH y el PDCP–, por un solo artículo de estos dos tratados, lo que podría llevar a negar validez a ambos tratados, inicialmente por la inaplicación de la defensa del derecho a la vida y luego porque si el texto internacional no está "de acuerdo" con la CPEUM podría considerarse que la obligación internacional de México habría de ser nula *in toto*. En otras palabras, si tratados y constitución –ambos elementos de la LSTU– no están "de acuerdo" en la protección del derecho a la vida, ¿qué podría esperarse de otros derechos? A efecto de resolver el conflicto internacional, el Estado mexicano posiblemente tendría que denunciar tanto la CADH como el PDCP con la consecuente negación y desvinculación jurídica para el Estado mexicano de todos los otros derechos humanos contemplados en dichos tratados –y no sólo del artículo 27 de la CADH y 4 del PDCP–, igualmente podría ser previsible volver a suscribir los mencionados tratados, pero ahora estableciendo reservas a dichos artículos. Esta situación resulta anómala y contraria al propósito y el espíritu de los propios tratados de derechos humanos y, agregamos, de la propia CPEUM.

2. La pena de muerte

Desde 2008, el Partido Verde Ecologista Mexicano (PVEM) ha propuesto como plataforma política el reestablecer la pena de muerte en

[348] El Senado aprobó el Pacto el 18 de diciembre de 1980. México se adhirió el 23 de marzo de 1981. Entró en vigor internacionalmente el 23 de marzo de 1976 y para México el 23 de junio de 1981. Se publicó en el DOF, 20 de mayo de 1981, con fe de erratas publicada en el DOF, 22 de junio de 1981.

territorio mexicano.[349] Si se cumplieran y se siguieran todos los cauces constitucionales mexicanos vigentes, y, por ejemplo, se obtuviera una mayoría del 70% a nivel nacional, o por lo menos en el congreso federal[350] y se acompañara a esto la mayoría de las legislaturas estatales, que aprobaran el restablecimiento de la pena de muerte, no quedaría más opción que concluir que quedarían satisfechos los requisitos constitucionales *formales* y podría reincorporase la pena de muerte. Sin embargo, el artículo 4 (3) de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe expresamente el reestablecimiento de la pena de muerte en aquellos países que la hubieren abolido,[351] situación en la que se encuentra México desde 2005.[352] Esto provocaría un claro enfrentamiento entre las normas constitucional e internacional. Nuevamente habría de generarse responsabilidad internacional para

[349] En el 2008, el PVEM presentó ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, un paquete integral de siete iniciativas tendientes a reducir la incidencia de secuestros en el país, con medidas que incluyen la aplicación de la pena de muerte en algunas modalidades de ese delito. La diputada Gloria Lavara Mejía explicó que diversos estudios ponen de manifiesto que la pena de muerte disuade la comisión de delitos, puesto que es más temida por delincuentes que la cadena perpetua. Puso como ejemplo el hecho de que en Estados Unidos, el 99% de los condenados luchan hasta la fase final de sus juicios por una sanción en vida, no por una sentencia de muerte. Agregó que su iniciativa propone que sean los jueces quienes dispongan si el castigo aplicable en estos casos es la prisión vitalicia o la pena de muerte y, a fin de evitar injusticias, propone que la SCJN confirme o revoque tales sanciones a partir de criterios que no dejen lugar a dudas sobre la culpabilidad de un indiciado. PVEM, Boletín de Prensa 109/08, publicado el 20 de agosto de 2008, disponible en el portal electrónico del PVEM: http://www.pvem.org.mx (visitado el 25 de julio de 2009). La proposición con punto de acuerdo para que la "Cámara de Diputados realice foros de debate sobre la aplicación de la pena de muerte en el país y su posible eficacia como medida de sanción punitiva" fue presentada por la diputada Gloria Lavara Mejía y el senador Javier Orozco Gómez ante la Comisión Permanente de la Cámara de Senadores el 21 de enero de 2009. Dicha Comisión emitió un punto de acuerdo que establece: "la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión respalda la propuesta del Grupo parlamentario del Partido Verde para realizar Foros para analizar el catálogo de delitos graves, el incremento de penas y la pertinencia de incorporar la pena de muerte como medida para combatir la delincuencia". Gaceta del Senado, núm. 319, miércoles 21 de enero de 2009, tercer año de ejercicio, Primer receso, Comisión Permanente. (disponible en: http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2009/01/21/1&documento=17.

[350] En donde para lograr una reforma constitucional se requiere dos tercios de ambas cámaras, artículo 135, CPEUM.

[351] "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido".

[352] En 2005 se retiró la pena de muerte del texto constitucional. Aunque debe señalarse que no se aplicaba en México desde 1942 o 1961, según la fuente. *Cfr.* Labardini, *Life Imprisonment and Extradition: Historical Development, International Context, and the Current Situation in Mexico and the United States, supra* nota 4, p. 91.

el Estado mexicano. Subrayo que el tema de derechos humanos es de naturaleza progresiva y muchas veces lo que antes estaba permitido ahora puede ya no estarlo.[353] Se trata de un proceso normativo que, de manera progresiva y continua, debe adoptarse en beneficio del pueblo, en aplicación del principio *pro persona* y el art. 39 constitucional. Es discutible si la reinstauración de la pena de muerte –al igual que la suspensión del derecho a la vida antes mencionado– sería en beneficio del pueblo. Si bien se arguye que esta pena pueda ser un disuasor de conductas delictivas, ello no está debidamente comprobado y, por el contrario, existen varios estudios mostrando esa incapacidad e incluso los graves errores que se cometen con esta pena tan grave e irreparable.

Así la posible adopción de la pena de muerte representaría una violación de la norma internacional por el Estado mexicano por acción del legislativo, en específico del órgano constituyente permanente. Conciliar el texto internacional con el nacional se vuelve necesario nuevamente para evitar posible violaciones al derecho internacional –o nuevamente la denuncia del tratado– o permitir la adaptación de acciones que no parecen ser en beneficio de la población –en particular en un sistema jurídico-político donde hay 98% de impunidad[354] y multiplicidad de errores, y un sistema de justicia inapropiado. Recordemos que en el Palacio Negro de Lecumberri se lee: "En este lugar maldito, donde reina la tristeza, no se castiga el delito, se castiga la pobreza".[355]

XII. Conclusiones

Pese a lo manifestado por la doctrina y el foro mexicanos, *por mandato constitucional*, la ley suprema de toda la unión *no* es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Conforme al

[353] "Teniendo en cuenta el hecho de que la Convención es un instrumento viviente que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales", *Selmouni v. France*, App. No. 258003/94, 1999-V EUR. CT. H. R. 155, para. 101 (traducción del autor).

[354] Juan Velázquez, abogado de prestigio nacional, invitado por la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, declaró el 24 de mayo de 2010 que en 2009 se cometieron 9.5 millones de delitos con 98% de impunidad, Agustín Herrera, "Justicia a México es para pobres: Velásquez", *El Sol de Durango*, 25 de mayo de 2010.

[355] Escrito por el novelista José Revueltas cuando estuvo preso en Lecumberri.

texto constitucional la LSTU es una "legalidad tripartita" o –como he apuntado en otro sitio[356]– una "trinidad legal".[357]

Conforme al artículo 133 constitucional, la "Ley Suprema de toda la Unión" (LSTU) es un cuerpo normativo –*corpus iuris*– integrado por tres elementos: 1. la propia constitución, 2. las leyes del Congreso de la Unión, y 3. los tratados. El tamiz de ingreso a la LSTU para dichos tres elementos es la propia CPEUM: 1. La constitución ingresa por disposición expresa. 2. Las leyes del Congreso de la Unión que "emanen de ella". 3. Los tratados que "estén de acuerdo" con la misma, y hayan sido celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado (y, debemos agregar al texto constitucional, hayan sido ratificados por el Estado mexicano o de lo contrario no habrían entrado en vigor ni para el orden internacional ni para el propio Estado mexicano). Una vez que han ingresado a la LSTU, dichos elementos son parte de la misma y permanecen como tales. Es decir, *conforme al artículo 133*, la CPEUM *expresamente* dispone que la LSTU no es la CPEUM sino que es la CPEUM en compañía de dos elementos más.

Esta lectura no tortura el texto constitucional en lo mínimo. Al analizar varios aspectos constitucionales observamos lógica, práctica y diseño jurídicos para establecer a la LSTU como una legalidad tripartita consistente. Esta lectura considera que el legislador no se equivocó sino que, por extraño que parezca, sí es factible este diseño constitucional con una LSTU tripartita. Adicionalmente, resulta ser una interpretación que permite armonizar al sistema jurídico mexicano con el entorno –nacional e internacional– que constantemente se transforma. Debemos recordar que este esquema jurídico ha estado prescrito constitucionalmente 164 años de los 189 años de vida independiente de México, al estar contemplado en las constituciones de 1824, 1857 y 1917.[358]

[356] Rodrigo Labardini y Jacqueline Olvera Vázquez, "Comentarios sobre la jerarquía entre leyes y tratados en el derecho mexicano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 33, núm. 33, México, 2009, pp. 553-600, en particular las notas 47, 88 y 134.

[357] El concepto no busca ofender ni distorsionar orientación o concepto religioso alguno. *Supra* nota 33.

[358] *Cfr. supra* notas 62, 65, 66 y 72.

El ámbito espacial de aplicación de los tres elementos de la LSTU es el mismo: la totalidad del ámbito mexicano. Los mencionados tres elementos aplican de manera independiente a los tres órdenes de gobierno –federal, estatal y municipal–, a las tres ramas del poder –ejecutivo, legislativo y judicial–, a los órganos constitucionales –autónomos o no– y a la población en el territorio nacional (lo que podemos denominar la fórmula 3OG + 3RP + OC + P + T).

1. La CPEUM rige en todo el territorio nacional, sus integrantes, su población y sus autoridades: 3OG + 3RP + OC + P + T.
2. Los tratados son obligaciones jurídicamente vinculantes de los sujetos de derecho internacional público.[359] Los tratados son compromisos del Estado mexicano *in toto*,[360] no del gobierno o de una o dos ramas del poder, ni de una entidad federativa o de la federación; son de todo el Estado mexicano. Por ello, las disposiciones de los tratados aplican 3OG + 3RP + OC + P + T.
3. Las leyes generales –adoptadas por el Congreso de la Unión– igualmente aplican en todo el territorio nacional: 3OG + 3RP + OC + P + T.

Así, los tres elementos de la LSTU aplican igual: 3OG + 3RP + OC + P + T. Es decir, sus elementos tienen el mismo ámbito de aplicación.

La CPEUM fue diseñada como una constitución rígida de reformar, pese a la cantidad de enmiendas que ha tenido la CPEUM desde su promulgación: 191 reformas que afectan 502 artículos. Para reformarla se requiere la aprobación de dos tercios del Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas estatales (art. 135, CPEUM). Es decir, de un total de 1 794 legisladores en todo el país se requiere un mínimo de 960 de 33 distintas jurisdicciones (1 federal y 32 locales) y variadas orientaciones políticas que atienden a múltiples intereses federales, regionales y locales. Así, no es fácil enmendar la CPEUM.

Sin embargo, los preceptos que regulen todo el ámbito nacional requieren adaptarse a su entorno. Una estructura tripartita de la LSTU

[359] *Supra* nota 212.

[360] *Supra* notas 149 y 210 a 218.

permite que su contenido se actualice con mayor rapidez, acorde a las circunstancias sociales, históricas y políticas mexicanas e igualmente vaya de la mano con la evolución mundial. Así, la LSTU puede actualizarse conforme a la realidad nacional vía las leyes generales y armonizarse con el acontecer mundial vía los tratados (aprobados y ratificados por los Estados Unidos Mexicanos).

La CPEUM cumple diversas funciones. Es el instrumento que organiza al Estado *in toto*. Reconoce las libertades y derechos de toda persona en el territorio nacional, orienta al poder público para servir y beneficiar a la población, acota al poder público y organiza a las instituciones e instrumentos públicos. A diferencia de los particulares –quienes pueden realizar todo excepto lo prohibido– la autoridad sólo puede ejecutar lo que le está facultado. Además, la facultad que no ha sido expresamente otorgada a la Federación, queda implícitamente reservada a las entidades federativas (art. 124, CPEUM). Pero frecuentemente se olvida que la CPEUM recoge y da expresión de los valores que posee la sociedad mexicana y los que anhela: derechos y libertades de expresión, familia, vida, reunión, trabajo, no esclavitud, no tortura, etc. Estos valores coinciden con los expresados en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) –integrado, entre otros, por tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), y las Convenciones de las organizaciones de las Naciones Unidas (ONU) y de los Estados Americanos (OEA) contra la Tortura.[361] En cuanto a los valores que propenden, mundo interno –CPEUM y leyes generales– es coincidente con el mundo internacional, tratados. La esencia de la CPEUM (art. 39, segunda oración: "Todo poder público dimana del pueblo y se instituye en beneficio de éste") es igualmente coincidente con el principio *pro persona* vigente en el DIDH. Este principio, también denominado *pro homine,* "tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o la interpretación más

[361] Respectivamente, DOF, 7de mayo de 1981, 20 de mayo de 1981, 11 de septiembre de 1987 y 6 de marzo de 1986.

restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos".[362]

A continuación analizamos los elementos del artículo 133 de la CPEUM.

1. El "Congreso de la Unión" es el Congreso general establecido en el artículo 50, CPEUM. Sus resoluciones son decretos o leyes (art. 70, CPEUM).
2. Debido a que las leyes federales sólo tienen aplicación en el ámbito federal –en oposición al ámbito estatal–, éstas no podrían ingresar a la LSTU. Pero las leyes generales que emita y que sí aplican 3OG + 3RP + OC + P + T, sí podrían ingresar a la LSTU.[363] Así, encontramos, entre otras, las leyes generales del Sistema Nacional de Seguridad Pública, de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, de Desarrollo Forestal Sustentable, de Educación, de Protección Civil, de Salud.[364] La doctrina ha discutido sobre las "leyes constitucionales" y "leyes reglamentarias",[365] y podría apuntarse que, constitucionales o reglamentarias, estas leyes desarrollan conceptos y preceptos constitucionales y mantienen su cualidad de "ley general".[366]

[362] Castilla, *op. cit., supra* nota 101, pp. 69-70.

[363] La SCJN las ha definido como: "…aquéllas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano". LEYES GENERALES, IUS 172 739 (2007), *supra* nota 12.

[364] Para una lista de las leyes que en su denominación incluyen las palabras "general" o "reglamentaria" véase *supra* notas 175 y 180.

[365] *Cfr. inter alia* Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, 2001, 2a. ed., p. 70; García Camino, *op. cit., supra* nota 36, pp. 69-77; Suárez Camacho, *op. cit., supra* nota 181, p. 28; Quiroz Acosta, *op. cit., supra* nota 36, pp. 111-112; Juan Antonio Martínez de la Serna, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 183, p. 42; Miguel Carbonell, *Constitución. Reforma constitucional y fuentes del derecho mexicano*, Porrúa, 1999, 2a. ed., pp. 161-162; Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1980, pp. 83-88. Adicionalmente véase *supra* texto que acompaña a las notas 163 a 188.

[366] A reserva de mayor análisis, podría quizás apuntarse que las reglamentarias desarrollan el mandato constitucional que prescribe que la ley establecerá, reglamentará y definirá el propio precepto constitucional, en tanto que las constitucionales podrían desarrollar/instrumentar aspectos constitucionales generales. En este sentido "ley general" podría ser el género, y las especies la "ley reglamentaria" y la "ley constitucional". *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 163 a 188.

De hecho, lo determinante no sería la denominación de la ley sino su contenido y si aplica 3OG + 3RP + OC + P + T.

3. Se trata igualmente de leyes (generales) que "emanen de ella [la CPEUM]". "Emanar" significa "Proceder, derivar, traer origen y principio de algo de cuya sustancia se participa".[367] Es decir, que para ingresar a la LSTU, esas leyes generales deben "proceder, derivar, traer origen y principio de [la CPEUM y] de cuya sustancia se participa". En otras palabras, que resultan y/o desarrollan normas constitucionales. Adicionalmente, la adopción de una ley general permite la adaptación de la LSTU a la realidad nacional en forma más ágil que una reforma constitucional.

Los tratados requieren ser "celebrados y que se celebren por el Presidente de la República". La SCJN señala que esto no significa que sólo el Presidente puede firmar los tratados pues "la celebración de un tratado no se reduce a la firma del mismo, la que puede provenir del presidente, del secretario relativo o del representante que aquél señale, sino que se encuentra constituido por todo un procedimiento que se desarrolla en diversas etapas, en las cuales interviene otro poder, además de los secretarios de Estado que se ocupan de las materias específicas".[368] Esto es consistente con el orden jurídico internacional ya que las personas autorizadas a suscribir un tratado en nombre de un Estado son quienes cuenten con plenos poderes y el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el ministro de Relaciones Exteriores, los tres sin necesidad de presentar plenos poderes.[369]

Los tratados deben ser aprobados por el Senado. De los Diarios de Debates de ambas Cámaras de la reforma publicada en 1934 no queda claro el motivo para trasladar la aprobación de tratados de ambas Cámaras al Senado.[370] La SCJN ha señalado que el Senado

[367] *Supra* nota 189.

[368] TRATADO DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA EL CUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO. NO ES INCONSTITUCIONAL POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA NO LO HAYA SUSCRITO PERSONALMENTE, SI INSTRUYÓ AL SECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES PARA SU NEGOCIACIÓN, Y LUEGO LO RATIFICÓ PERSONALMENTE, IUS 196 235 (1998), *supra* nota 19.

[369] Art. 7, CVDT. La LCT, arts. 2-I y VI, y 3, dispone en forma parecida.

[370] *Supra* notas 74 a 102. *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 559-562.

representa a las entidades federativas por lo que al aprobar un tratado se entiende que éstas también lo aprueban y se comprometen a su debido cumplimiento al interior de cada una de ellas.[371] Además, los tratados que puedan ingresar a la LSTU son sólo los que hayan sido ratificados por el Ejecutivo Federal y hayan entrado en vigor conforme a las disposiciones del propio tratado.

Los tratados que ingresen a la LSTU son los que están "de acuerdo" con la CPEUM y que no "alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano" (art. 15, CPEUM). "De acuerdo" (art. 133, CPEUM) es una "fórmula para manifestar asentimiento o conformidad" y "alterar" significa "Cambiar la esencia o forma de algo".[372] Los tratados no pueden reducir las garantías individuales pero *stricto sensu* tampoco podrían ampliarlas. Sin embargo, doctrina y SCJN reconocen que los tratados sí pueden "alterar" esos derechos cuando sea en beneficio de la población en lo que se conoce como ampliación de garantías.[373] Lo anterior no implica que tratados y CPEUM deban utilizar las mismas voces. El Senado como órgano legislativo mandatado deberá verificar que el Ejecutivo Federal no ha excedido sus facultades ni violentado norma constitucional alguna. De esta forma, "de acuerdo" significa que los tratados no se opongan total y absolutamente al texto constitucional.

Debido al compromiso internacional que para el Estado mexicano representa un tratado, debe igualmente concluirse que una vez que los tratados ingresaron a la LSTU permanecen en ella, *incluso* si después

[371] "...el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades", TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[372] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, *supra* notas 89, 95 y 242.

[373] TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES, IUS 180 431 (2004), *cfr. supra* nota 97. Adicionalmente: "...en materia de derechos fundamentales los tratados que se celebren aún están en lugar primigenio frente a la Constitución, no porque se opongan a la Constitución, *sino porque enriquecen los derechos fundamentales que la Constitución reconoce*"; por ello, en materia de derechos humanos, "no sería tanto el caso de que esos tratados estén por encima de la Constitución, sino que *la Constitución misma los está incorporando a las normas supremas que tienen rango constitucional*", Ministro Azuela Güitrón, *Versión estenográfica de la sesión de la SCJN del 12 de febrero de 2007*, pp. 43 y 44 (énfasis añadido). Igualmente véanse las declaraciones de Francisco Zarco en 1856 al proponer la última frase del actual artículo 15 constitucional. Zarco, *supra* nota 92, pp. 187-188.

de su incorporación al sistema jurídico mexicano se detectara alguna incompatibilidad entre CPEUM y tratados. En caso de incumplimiento de la norma internacional –para presumiblemente atender normativa constitucional mexicana– lo mínimo que se genera es responsabilidad internacional para el Estado mexicano, además de graves conflictos y disputas políticas internacionales.[374] Un ejemplo de los conflictos jurídicos que han influido directamente en la CPEUM es el arbitraje de Italia en la disputa México-Francia sobre la Isla de la Pasión. En 1917 la CPEUM la incorporaba como parte del territorio nacional (art. 42). Después de que México perdió el arbitraje, se modificó la CPEUM en 1934 para quitarla del texto constitucional.[375] Esto muestra además que la CPEUM cede lugar al derecho internacional; situación que resulta compatible con una LSTU como trinidad legal integrada por los referidos tres elementos.

La propia SCJN reconoce que el texto constitucional prescribe una LSTU tripartita ya que "…en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema…". Sin embargo, inmediatamente después manifiesta que el legislador ha debido equivocarse al decir que "la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema."[376]

Lo que esta última cita realmente indica son las condiciones de ingreso de leyes generales y tratados a la LSTU: que emanen y estén de acuerdo con la CPEUM, respectivamente. Lo que no se ha contemplado es que si bien la CPEUM es la norma suprema al constituirse el Estado y al establecerse como el instrumento jurídico fundacional, *en el mismo acto* la misma CPEUM prescribe taxativamente (al utilizar "serán") que la LSTU es el *corpus iuris* integrado por 1. CPEUM. 2. Leyes generales. 3. Tratados, para lo cual estos dos elementos requieren satisfacer el tamiz de ingreso: la propia CPEUM.

La SCJN ha emitido diversos criterios sobre jerarquía constitucional de tratados en México.[377] Ha indicado que los tratados tienen fuerza de ley para la población[378] y que no son base para determinar la constitucionalidad de las leyes.[379] Ha agregado que los tratados se encuentran al mismo nivel que la legislación nacional,[380] por encima de las leyes federales,[381] y en 2007 estableció que los tratados se encuentran por encima de las leyes generales[382] y las leyes federales y locales, pero por debajo de la CPEUM.[383] Esta indefinición se confirma porque los criterios han sido emitidos como tesis aisladas y no en jurisprudencia. Además, la votación con que la SCJN adoptó (2007) su último criterio –mayoría de 6 votos a 5– muestra su fragilidad. El asunto torna aún más relevante si recordamos que, en 2009, dos de los ministros de la SCJN que votaron con la mayoría en 2007 se retiraron por mandato de ley y fueron sustituidos por dos nuevos ministros.[384] Lo más relevante del criterio de 2007 es que con una regla simple y general, los tratados quedan por debajo de la CPEUM *en toda circunstancia,* dejando de lado los principios *lex posterior derogat anterior* y *lex specialis derogat generalis*. Ello representa que un tratado ratificado hace 15

[374] En caso que no se hubiera presentado reserva o declaración interpretativa, la opción –sujeto al escrutinio internacional– para no incurrir en responsabilidad internacional sería denunciar el tratado respectivo. *Cfr.* notas 345-348 y 391.

[375] *Supra* nota 304.

[376] TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[377] *Cfr.* Labardini y Olvera, *op. cit., supra* nota 20, pp. 566-572.

[378] FUERZA DE LOS TRATADOS, IUS 319 825 (1950), *supra* nota 22.

[379] LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, IUS 902454 (2000), *supra* nota 23. Este criterio se abandonó en la tesis P. LXXVII/99, TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[380] IUS 902 454 (1992). *Cfr.* igualmente TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA, IUS 250 698 (1981).

[381] TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, IUS 192 867 (1999), *supra* nota 18.

[382] LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172 739 (2007).

[383] TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES, LOCALES Y CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, IUS 172650 (2007).

[384] Los ex ministros Mariano Azuela Güitrón y Genaro Góngora Pimentel fueron sustituidos el 1 de diciembre de 2009 por los ministros Luis María Aguilar y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

años impera sobre la Ley Aduanera en vigor pese a que ésta puede tener aranceles bastante reducidos comparativamente, e incluso que la Ley de Amparo –como *ley* que es y no constitución– debe sujetarse a lo prescrito por los tratados.[385]

Entre otros, un posible conflicto que puede existir entre CPEUM y tratados –y en un tema de gran relevancia– es el derecho a la vida y la posibilidad de suspenderlo.[386] El artículo 29 de la CPEUM no limita las garantías que pueden suspenderse, salvo restringirla a "las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación". La Constitución de 1857 expresamente señalaba que podían suspenderse todas las garantías "con escepción (sic) de las que garantizan la vida del hombre". La Comisión Dictaminadora de este artículo en el Congreso Constituyente de 1916-1917 expresamente contempló: "...casos habrá, y se han visto ejemplos prácticos, en que si la suspensión de garantías no comprende también las que protegen la vida, no producirá aquella medida otro resultado que poner en descubierto la importancia del poder público para garantizar la seguridad social".[387] Es decir, la posibilidad de suspender el derecho a la vida es un acto premeditado y plenamente volido. El legislador constituyente (de 1917) expresamente contempló suspender el derecho a la vida y ofreció explicaciones "racionales" para este propósito.[388]

Por otro lado, la esencia de la CPEUM –artículo 39 segunda oración– señala: "Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste". Esto igualmente resulta compatible con la normatividad internacional. La CADH y el PDCP prohíben suspender, entre otros,[389] el derecho a la vida sin importar las circunstancias.[390] Parece claro que el beneficio para la población será atender la emergencia que dio lugar a la suspensión de garantías pero dentro de cierto marco, incluyendo la imposibilidad de suspender el derecho a la vida.[391] Si afirmáramos *–en contra del propio texto constitucional–* que la CPEUM está por encima de los tratados en toda circunstancia, habríamos de concluir que se puede suspender el derecho a la vida en México, incluso en oposición a lo prescrito por los tratados, y no en beneficio del pueblo.

La lectura que ofrece la legalidad tripartita del texto constitucional tiene múltiples implicaciones de gran impacto. Entre otras, significa que –pese a lo afirmado por doctrina y tesis jurisprudenciales– tratados y constitución se encuentran en el mismo nivel jerárquico, junto con las leyes generales. En caso de discrepancia, tocará al poder judicial conciliar los textos constitucional e internacional y su decisión como acto del poder público deberá siempre actuar en beneficio del pueblo, lo que igualmente es coincidente con el principio *pro persona* vigente en materia de derechos humanos.

Esta lectura no modifica ni tortura el texto. Es consistente con los principios materiales y formales de la norma constitucional y permite que los derechos de las personas puedan preservarse de mejor forma. Resta en el Poder Judicial lograr la armonía en el sistema jurídico mexicano, entre constitución, leyes y tratados: en la Ley Suprema de toda la Unión.

[385] Para analizar varias complicaciones derivadas del criterio 2007, véase, *inter alia,* Labardini y Olvera, *op. cit., supra* nota 20, Becerra, *op. cit., supra* nota 322, y Muriá Tuñón, *op. cit., supra* nota 55.

[386] Tema diferente al de la pena de muerte (sanción penal aplicada después de un proceso judicial) o el aborto (definición jurídica del inicio de la vida). *Supra* notas 344 a 356.

[387] *Cfr.* Labardini, *Los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, supra* nota 328, pp. 524-527, y Rodrigo Labardini, "La suspensión del derecho a la vida", *Crónica,* 10 de abril de 2010.

[388] *Cfr. supra* nota 345.

[389] Rodrigo Labardini, *Emergency Situations,* en David Forsythe (ed.), *Encyclopedia of Human Rights,* Oxford University Press, 2009, t. 2, pp. 128-134.

[390] Arts. 27(2) y 4(2), respectivamente.

[391] El 8 de abril de 2010, el Senado de la República aprobó de manera unánime el Dictamen de reformas a la constitución mexicana a fin de incorporar plenamente los derechos humanos en la Carta Magna y hacer compatible la norma constitucional con la norma internacional. Entre otras propuestas se encuentra la prohibición expresa de la suspensión del derecho a la vida, entre otros derechos no suspendibles. *Cfr.* Labardini, *supra* nota 390. Sin esta posibilidad, la única opción para no incurrir en responsabilidad internacional –sujeto aún así al escrutinio internacional– sería denunciar la CADH y el PDCP a fin de suspender el derecho a la vida; situación jurídica y política en extrema complicada pues terminaría la vigencia de casi 60 artículos sustantivos de derechos humanos.

PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La incorporación de la teoría de la imprevisión al Código Civil para el Distrito Federal

Fernando Martínez García de León

Rebus Sic Stantibus
("…mientras las cosas permanezcan así...")

> … dando al juez el poder de revisar el contrato conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: no estar obligados, y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante.
>
> Ripert

> Magno y al mismo tiempo peligroso instituto.
>
> Hedemann

Sumario: I. *Una ampliación de los derechos del justiciable*. II. *La atenuación del principio* "Pacta Sunt Servanda". III. *Un renovado estándar en la ejecución de los contratos: la equidad*. IV. *Ámbito de aplicación de la cláusula* "Rebus Sic Stantibus". V. *Procedimiento*. VI. *Resulta inconstitucional parte de la reforma*. VII. *Etapa procesal. Requisitos de procedencia de la acción*. VIII. *Efectos de la sentencia*. IX. *Rebeldía*. X. *Conclusiones*.

I. Una ampliación de los derechos del justiciable

El 22 de enero de 2010 se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal la reforma al artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 1796 bis y 1796 Ter, vigentes a partir del día siguiente de su publicación en aquel órgano de difusión.

Su importancia radica en que por vez primera se incorpora a nuestro código civil la llamada *Teoría de la Imprevisión,* que reconoce un derecho al contratante afectado a fin de recuperar el equilibrio de las obligaciones asumidas en contratos bilaterales, onerosos y conmutativos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, que se han vuelto desproporcionadamente onerosas como consecuencia de acontecimientos extraordinarios de carácter nacional imposibles de prever.

Hasta ahora, ante esos inevitables eventos, el afectado no podía solicitar la intervención judicial a fin de recuperar el equilibrio de sus obligaciones, por lo que su reciente regulación legal implica *reconocer el derecho* a la conservación de las prestaciones equitativas en este tipo de contratos, recuperando un modelo de *equidad* en la ejecución de los mismos. Sin embargo, esto no siempre ha sido así, dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha negado la incorporación de la imprevisión vía jurisprudencial:

1. En el amparo directo 1863/58 bajo la ponencia de Manuel Rivera Silva, la extinta Tercera Sala conoció del amparo promovido por el señor José de la Luz Valdez *(arrendador)*, quien señalaba como acto reclamado la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Estado de Coahuila derivada de una controversia sobre prórroga de contrato de arrendamiento seguido por su inquilino Mauricio Rodríguez Pérez (actor).

   La litis se centró en determinar si concluido el plazo de arrendamiento, el dueño del local *tenía derecho a un aumento equitativo de la renta por la depreciación que la moneda había experimentado en los últimos diez años a causa de devaluaciones, al punto de que actualmente la renta recibida ni siquiera alcanzaba para pagar las contribuciones del local*. Por tanto, dicho arrendamiento le era ruinoso.

En los antecedentes del acto reclamado se hizo referencia a que el inquilino, concluido aquel extenso plazo de una década, solicitó ante el juez de primera instancia su prórroga con la misma renta histórica, ante lo cual el arrendador opuso excepción alegando existir en su favor una causa de imprevisión, pues tenía derecho a un ajuste en la misma ya que del alquiler hasta ahora recibido no le cubría ni las contribuciones que generaba el inmueble según se expuso. Concluida la secuela procesal la Suprema Corte declaró improcedente el amparo promovido por el arrendador, negando la posibilidad de revisar el contrato con fundamento en el irrestricto *pacta sunt servanda,* mientras que el ministro Gabriel García Rojas, en su memorable voto minoritario, fundó su razonamiento a favor de la *restauración de la equidad* entre las prestaciones que habían sido alteradas en perjuicio del arrendador y en beneficio del arrendatario para que en un nuevo fallo se decidiera equitativamente la proporción en que debe aumentarse la renta estipulada en el contrato original, ya que:

> Es indudable que nadie daría en arrendamiento un bien, para percibir menos de lo que debe gastar en su mantenimiento; *entre hombres de buena fe la equidad debe moderar las exageraciones producidas por las causas imprevistas*.

2. En un segundo amparo 1947/80, promovido por Hidrogenadora Nacional, S. A., nuestro Máximo Tribunal desestimó también el juicio constitucional promovido por la sociedad quejosa, aduciendo que no era aplicable la teoría de la imprevisión como consecuencia de la adopción del "*...sistema rígido...*" de los contratos en nuestra legislación civil.

II. La atenuación del principio "Pacta Sunt Servanda"

En consecuencia, la incorporación de la *teoría de la imprevisión*, que otorga *acción* a fin de hacer cesar el desequilibrio económico sobrevenido en la relación funcional del contrato como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y que históricamente

se refiere a ella bajo la fórmula *rebus sic stantibus* ("mientras las cosas permanezcan así"), viene a ser una *atenuación* al principio de obligatoriedad de los contratos resumido en axioma *pacta sunt servanda,* que establece que tanto los contratos como *sus consecuencias* nacen para ser cumplidos.

Entonces, la *recepción* de esta teoría en el orden civil atempera el rigorismo formal del último apotegma, ordenando que en lo futuro dichos contratos habrán de cumplirse mientras las cosas permanezcan así, es decir, "*pacta sunt servanda* mientras *rebus sic stantibus*".

III. Un renovado estándar en la ejecución de los contratos: la equidad

Asimismo ha cedido la *garantía de estabilidad y seguridad jurídica* que el contrato brindaba desde su celebración y hasta su ejecución diferida, siendo hasta ahora ajeno a cualquier cambio de circunstancias de imposible advertencia o previsibilidad por parte de los contratantes, quienes estaban impedidos de excluirse del cumplimiento de todas las consecuencias de un contrato, aun cuando éstas fueran ruinosas o desproporcionadas. Se crea así una *atenuación* a los principios de obligatoriedad e intangibilidad para dar paso a un nuevo estándar en la contratación: *restaurar la equidad en las prestaciones que se ha perdido por causas ajenas al contrato.*

En consecuencia, derivado de la reforma si sobreviene un acontecimiento extraordinario e imprevisible que altere la relación de equidad de las prestaciones en contratos conmutativos de ejecución diferida, sujetos a plazo o condición, que haga difícil, mas no imposible el cumplimiento de los mismos, la parte afectada tendrá *derecho* en primer término a solicitar a su contraparte la modificación del contrato, y ante su negativa nacerá el *derecho* de solicitar la *revisión judicial* del mismo con la finalidad de restablecer el equilibrio en las prestaciones con base en la *equidad.*

Se concede así la facultad judicial de *interferir* en las obligaciones contraídas por las partes con el fin de modificarlas o ajustarlas conforme a un *prudente arbitrio judicial.* El cambio de circunstancias que alteraren de manera grave la reciprocidad y equilibrio contractual *faculta a los jueces para revisar dicho contrato y ajustarlo* de nueva

cuenta a parámetros de justicia y equidad entre las prestaciones, anteponiendo la conservación del contrato a su rescisión.

IV. Ámbito de aplicación de la cláusula "Rebus Sic Stantibus"

1. Contratos bilaterales conmutativos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo

Serán "revisables", conforme al segundo párrafo del artículo 1796 del Código Civil, sólo los contratos bilaterales conmutativos: "... *sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo...*", y que por hechos imposibles de prever: "...*generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones...*" pues una alteración, dislocamiento o modificación sustancial entre la equivalencia de cargas económicas repartidas entre las partes es el presupuesto para el ejercicio del *derecho de acción por imprevisión* que faculta a los jueces a fin de ajustarlos a la equidad.

2. Contratos aleatorios

Por disposición expresa quedan *excluidos* los contratos *aleatorios*, aun cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Caracteriza a este tipo de contratos la incertidumbre, pues no se sabe para quién será la ganancia o la pérdida, lo que significa que cuando un contratante gana el otro pierde. Asimismo hay incertidumbre respecto de la cuantía de las obligaciones, ya que no se puede prever hasta qué monto podría resultar una obligación sujeta a la suerte; pero algo totalmente distinto es saber si llegará o no a presentarse un acontecimiento imprevisible y extraordinario que dispare una onerosidad sobrevenida y que haga desproporcionada aquella misma obligación sujeta a un *alea*. Entonces resulta desafortunada dicha exclusión, olvidando que *una cosa es que la existencia de la obligación de una de las partes dependa un alea y otra muy diferente es que esa misma obligación se torne excesivamente onerosa por hechos totalmente ajenos.*

Con mejor técnica lo ha resuelto el Código Civil argentino en su reforma al artículo 1.198 de 1968, que incluyó la aplicación de esta teoría a los contratos aleatorios sólo: "*...cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato*".

3. La donación onerosa

Pero, si bien podemos entender que la reciente reforma a nuestro Código Civil está dirigida a los *contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o bajo condición o plazo*, y que indebidamente ha excluido los contratos aleatorios según se ha explicado, ¿qué podemos decir de la donación onerosa?, ¿la reforma la incluye? Ya en otra ocasión he afirmado que en este tipo de donaciones también se estipulan provechos y gravámenes recíprocos entre los contratantes, ya que:

> El donatario recibirá la cosa y con ello estará obligado, frente al donante, a redimir algún gravamen que pesa sobre ella, o bien, a recibirla a condición de liberar, mediante pago, al donante de alguna responsabilidad personal, como pudiese ser la garantía solidaria que es propia del aval... No debemos olvidar que el donante obtiene un provecho consistente en la liberación de una carga, y el donatario, a la par de un beneficio que consiste en el saldo de la operación, asume un gravamen, por lo que dicha situación *podría adecuarse a la naturaleza de los contratos onerosos en los cuales se estipulan provechos y gravámenes recíprocos* (1837). (*La Acción Pauliana*, Fernando Martínez García de León, Porrúa, 2006, pp. 84 y ss.).

En el mismo sentido se expresa nuestro maestro, don Ramón Sánchez Medal, quien considera también a la donación onerosa, *sub modo* o con carga como: "*...un contrato bilateral en sentido amplio...*" ("De los contratos civiles", p. 214).

Por lo que entonces no habría obstáculo para considerar que sí son revisables dichos contratos y el donatario podría recurrir a este remedio si la obligación que asumió frente a su donante de redimir un gravamen mediante el pago de un crédito se torna excesivamente onerosa de forma intempestiva y provocar la revisión del *quantum* de su obligación, demandándose para ello al acreedor de dicho crédito en la forma establecida en los artículos 1796 bis y 1796 Ter.

4. Donación pura y simple

Por último, ¿debieron de haberse incluido en la reforma las *donaciones puras y simples?* ¿Qué no es posible que también una obligación de ejecución diferida a cargo de un donante se torne excesivamente onerosa por hechos imprevisibles y que el donatario exija, aun en dichas circunstancias, el cumplimiento de dicho contrato ya perjudicial para el donante?

Se recuerda que existe un mandato de equidad referido en nuestro artículo 20 del Código Civil que establece que cuando haya conflicto de derechos: "*...la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener un lucro...*"; entonces, si por un hecho imprevisible el donante ve incrementada sustancialmente su obligación al punto de serle ruinosa, ¿podría ampararse en la imprevisión y solicitar la reducción de sus obligaciones? Considero que sí. No hay razón justificada para excluir a los contratos gratuitos del beneficio de la cláusula *rebus sic stantibus*, máxime que el donante *jamás recibirá contraprestación alguna* de parte del donatario que hiciera menos gravosa su obligación. J. J. Llambías, en el derecho argentino, da un ejemplo ilustrador:

> No se justifica que al deudor gratuito se le trate peor que al deudor oneroso: he aquí un deudor de una renta vitalicia onerosa...y otro donante de una pensión vitalicia gratuita...Si, imprevisiblemente, y por una deflación sobrevenida, la deuda se torna excesivamente gravosa, el primer deudor puede ampararse en la teoría de la imprevisión; el segundo, no, pese a que actúo desinteresadamente... En suma, no se justifica el carácter oneroso del contrato como condición *sine qua non* para hacerlo entrar en el dominio de la teoría de la imprevisión.

En este tipo de contratos se percibe aún más el efecto ruinoso de la onerosidad sobrevenida. El cumplimiento del contrato gratuito, una vez acaecido el evento extraordinario, *acelera la erosión* del patrimonio del donante, algo todavía más inequitativo de lo que sucede en los contratos conmutativos de ejecución diferida. A pesar de todo ello, la reforma pasó por alto dicha consideración.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

5. Contratos mercantiles de ejecución diferida

Por materia, el Código Civil para el Distrito Federal no rige los contratos regulados por el Código de Comercio ni por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito o cualquier otra ley de carácter mercantil lo que de entrada hace inaplicable la teoría de la imprevisión regulada en el primer código citado.

Sin embargo, el amparo de dicha teoría puede buscarse aun cuando no exista en el derecho comercial un dispositivo legal que la consagre expresamente. El principio de *buena fe y la prohibición del abuso del derecho* son apoyo para fundar la aplicabilidad de la revisión judicial a los contratos mercantiles de ejecución diferida cuando circunstancias imprevistas alteren el equilibrio contractual.

Ya en nuestro sistema judicial se han hecho intentos en ese sentido, discutiéndose en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a instancias del voto minoritario formulado por nuestro maestro en la Escuela Libre de Derecho durante muchos años, don Juventino V. Castro y Castro, quien expuso:

> Habría de considerarse la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en todos los contratos. Consecuentemente, surge la imperiosa necesidad de llenar la laguna en nuestro derecho, y para lograrlo eficazmente se tiene que recurrir, forzosamente, a los principios generales del derecho.
>
> Si se admite que el legislador no debe nunca perder de vista esos principios generales, habrá de aceptar, igualmente, que el orden jurídico es, en mayor o menor medida, realización de tales principios, y que volver a ellos cuando el legislador guarda silencio, equivale a completar, de manera armónica y coherente, la obra legislativa.
>
> Debe considerarse, en principio, que en las normas de carácter mercantil no se encuentra prohibición alguna para que el juzgador, al resolver una controversia de esta naturaleza, invoque a la equidad, en último grado, en calidad de fuente del derecho necesaria y útil para la solución de un conflicto elevado a su potestad. (Contradicción de Tesis 31/98. Voto de Minoría formulado por los ministros Juan Díaz Romero, Juan N. Silva Meza y Juventino V. Castro y Castro, siendo ponente el último de ellos).

Por tanto, si *no hay prohibición expresa* en las leyes mercantiles que impida al juzgador invocar la *equidad*, ¿por qué no se aplica ésta?, ¿sólo porque existe una laguna legal? Precisamente tal silencio normativo obliga a aplicar en suplencia *los principios generales del derecho y en particular la equidad que es precisamente uno de ellos,* tal y como establece el artículo 14 constitucional.

En realidad la existencia de una laguna legal conmina al juzgador a integrarla según lo establece el citado artículo *y con ello nace la obligación de colmarla con base en la equidad. Este debe ser el proceder del juzgador ante tal conflicto y no el negar la incorporación de la teoría de la imprevisión precisamente por no existir norma expresa que la establezca o regule en materia comercial.*

En otras palabras, no resulta necesaria la existencia de un artículo que establezca expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* en materia mercantil si puede ser aplicada vía la equidad que también tiene cabida en esta materia como un principio general del derecho. Dicha laguna se colmaría. No debe, pues, asumirse una actitud exégeta por parte del juzgador y requerir de un dispositivo legal que expresamente la contemple.

Expuesta la parte sustantiva resulta oportuno el análisis adjetivo de la reforma en estudio.

V. Procedimiento

1. Actividad prejudicial (por noventa días)

El artículo 1796 bis reformado establece *tres* plazos consecutivos de treinta días cada uno de ellos, que deben agotarse de manera previa a incoar la acción por imprevisión, a saber: *i)* los primeros treinta días contados a partir de acontecido el hecho imprevisible para notificar *la solicitud* de reducción del contrato a la contraparte; *ii)* el segundo plazo de treinta días para esperar la respuesta, negativa o silencio del notificado, y *iii)* pasado dicho plazo ante la negativa o silencio de la contraparte, correrá el plazo final de treinta días para presentar la demanda. Se advierte así que el solicitante habrá de esperar, por lo menos, noventa días para poder someter a escrutinio judicial el contrato impactado por los acontecimientos imprevisibles.

> Artículo 1796 bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho a pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los *treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios*

> y debe indicar los motivos sobre los que está fundada. La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato. En caso de falta de acuerdo *entre* las partes dentro del término de *treinta días* a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los *treinta días* siguientes.

Sin duda lo anterior acarrea inconvenientes prácticos *e impide al justiciable un rápido acceso a la justicia* como se expone a continuación.

2. Notificación del afectado a su contraparte (primeros treinta días)

Como se halla establecido en el segundo párrafo del artículo del artículo 1796 del Código Civil, cuando por hechos imprevisibles se genere que una de las obligaciones de las partes sea más onerosa que la correlativa de su contraparte, el afectado podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento establecido en el artículo 1796 bis que establece: "...La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada".

Primera problemática. ¿Cómo se notifica la solicitud de modificación del contrato?

i) De principio *no podría intentarse mediante medios preparatorios en general* dado que en ninguna de las nueve fracciones del artículo 193 del código adjetivo civil se adecua a dicha situación (cuestiones de personalidad, exhibición de cosas muebles, exhibición de testamento, examen de testigos, etcétera).

ii) *Menos aún mediante la solicitud de providencias precautorias,* pues las hipótesis contempladas en el artículo 235 del código adjetivo civil tampoco resultan aplicables al caso concreto (arraigo de personas y secuestro de bienes).

iii) Y podría hacerse la notificación tendiente a solicitar la modificación del contrato mediante *jurisdicción voluntaria.* El artículo 893 del código procesal civil establece:

> La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida *ni se promueva cuestión alguna* entre las partes.

Sin embargo, la solicitud que realiza el afectado en *sí misma implica una controversia*, ya que el solicitante reclama a su contraparte que *renuncie* al beneficio imprevisto o ganancia extraordinaria no contemplados al celebrar el contrato y que *reduzca* sus pretensiones a los parámetros de equidad que existían antes de los eventos que produjeron una repentina onerosidad sobrevenida, lo que implica *un conflicto de intereses.*

Es claro que podría aducirse de principio que la jurisdicción voluntaria tampoco resulta idónea para presentar la solicitud de reducción del contrato. Entonces, ¿qué camino seguir? Paradójicamente la *vía judicial* resulta por lo menos *cuestionable* conforme a lo expuesto, ya que genera razonables dudas, lo que hace pensar lo inconveniente del diseño legal de la reforma al imponerse la necesidad de dirigir una solicitud de modificación a la contraparte, *alejando al justiciable al acceso directo al órgano jurisdiccional.* ¿Qué queda entonces? Habría tres posibilidades: el código civil no exige en esta primera parte de la intervención judicial, por lo que entonces cabría la posibilidad de que la solicitud la dirigiera el interesado a su contraparte directamente. Bajo un principio de buena fe esto sería posible, sin embargo, no podríamos eliminar una duda respecto de la veracidad y certeza de la realización de dicho evento informal, por tanto sería más recomendable realizar la notificación mediante la intervención notarial o también ante *dos testigos* dado que el propio código civil reconoce y acepta dichos medios de notificación en su artículo 2080.

Segunda problemática. ¿Días naturales o hábiles?

Según lo transcrito, el afectado tendrá derecho a solicitar a su contraparte la modificación del contrato dentro de los siguientes treinta días siguientes a dichos eventos; pero nunca se aclara si los mismos son *naturales o hábiles*. Debe de entenderse que se trata de días naturales y no hábiles, atento a la regla establecida en el artículo 1178 del código civil sustantivo que refiere a días *naturales* como manera de contar el tiempo para el término de prescripción, no resultando aplicable así el

Capítulo VI del Título Segundo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que se refiere a los "Términos Judiciales" en sus artículos 129 y siguientes, ya que la solicitud de modificación del contrato está circunscrita a una actividad *pre-judicial* o antes de iniciar formalmente un juicio en donde se reclame judicialmente la reducción del contrato. En suma, *no podría aplicarse un término "judicial" en donde no existe un juicio todavía.*

Sólo podría considerarse que se trata de días hábiles si en forma expresa el Código Civil así lo estableciera, lo que su omisión conduce a considerar que se trata de días naturales según se ha expuesto.

Tercera problemática.
¿En dónde se notifica a la contraparte?

Desde luego en el domicilio *real* sí se tiene conocimiento del mismo, pero en caso contrario, si se ignora el mismo, es indudable que se genera una incertidumbre ya que el particular no tiene facultades para solicitar directamente esa información ante autoridades fiscales, electorales o de seguridad pública como sí lo tiene un juez. Tendría que recurrir en todo caso al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (IFAI) y previo el trámite esperar el resultado de la solicitud de información, que desde luego puede negarse, estar reservada, ser confidencial o ser errónea.

Y pensemos que a pesar de haber agotado dicha posibilidad no se obtenga un domicilio en donde notificar a la contraparte, ¿de qué medios puede valerse el afectado? La respuesta es incierta dado que le resulta *imposible* realizar la notificación vía *edictos*, pues dicha figura es una de las especies del emplazamiento *dentro* de juicio. Sin duda, la reforma al imponer dicho requisito de solicitud previa genera las condiciones necesarias que orillan al justiciable a un *estado de indefensión.*

Cuarta Problemática. ¿Qué consecuencias se generan si no se logra notificar a la contraparte en un plazo de treinta días? ¿Implica la pérdida del derecho de revisar el contrato?

El código es omiso a ese respecto. Es muy probable que el solicitante no logre notificar a su contraparte en esos primeros treinta días y ello

traería como consecuencia una pérdida del derecho a la reducción del contrato. Sería una afirmación de graves consecuencias. Mi opinión es en sentido contrario. Si la propia ley no prevé expresamente la pérdida del derecho sería un extremo hacérselo perder al solicitante cuando éste ha realizado todas las diligencias necesarias a fin de hacerle llegar la notificación a su contratante en dicho periodo. No debe olvidarse que el solicitante trata por todos los medios a su alcance de notificarle, pero por circunstancias *ajenas* a él no le resulta posible. En este caso es claro que *nadie puede perder un derecho cuando al mismo tiempo está en su ejercicio*; otra cosa es que no pueda notificar por hechos fuera de su voluntad. En consecuencia, mientras el solicitante esté realizando todas las gestiones necesarias para notificar a su contraparte su derecho prescribirá en un plazo máximo de diez años en atención a la regla establecida en el artículo 1159 del Código Civil. Y *a contrario sensu*, sólo se perdería el derecho para solicitar la reducción del contrato cuando el afectado haya mostrado desinterés o inactividad en los primeros treinta días posteriores a que haya acaecido el hecho extraordinario, o bien, deje completar el plazo de prescripción general.

Quinta Problemática. La dificultad de seguir cumpliendo el contrato ruinoso

Ni la presencia del hecho imprevisible, ni la presentación de la solicitud da derecho al afectado para suspender el cumplimiento del contrato. (1796 bis). De esta manera el perjudicado i) *al momento* de presentarse el hecho extraordinario, ii) al dirigir la solicitud a su contraparte, iii) al instante de solicitar la revisión judicial del contrato ante el órgano jurisdiccional y iv) al momento en que al demandado opta por adherirse a la reducción del contrato o por la rescisión del mismo, *debe* estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y no haber recaído en el retraso aludido aun cuando le resulte mucho más difícil el cumplimiento de éste.

Pero, ¿qué pasaría si el afectado *no logra notificar a su contraparte en un lapso considerable de tiempo como ha sido expuesto?* Dicha situación es sumamente perjudicial para el afectado, dado que cada día le será más difícil mantenerse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones ahora más onerosas y el riesgo de incurrir en mora

es inminente. Es ahora cuando se percibe, aún más, que el modelo legislativo adoptado que exige la notificación previa a la contraparte con los inconvenientes mencionados *se vuelve en contra del justiciable*, quien *ha perdido* el derecho de acudir de manera *directa e inmediata* al órgano jurisdiccional, estando obligado a cumplir con la notificación a su contraparte y esperar los plazos establecidos para que, una vez agotados se pueda solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, algo que denota *rasgos de inconstitucionalidad*, como veremos más adelante.

3. Notificación exitosa (treinta días de espera)

En caso de que el solicitante haya logrado realizar la notificación en cualquier tiempo pese a los inconvenientes mencionados, el notificado contará con un plazo de treinta días naturales para manifestar su opinión; a menos que haya recibido la comunicación vía jurisdicción voluntaria pues en dicho caso los días serán hábiles atento a lo establecido en el artículo 129 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que ordena:

> Los términos empezarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere hecho el emplazamiento o *notificación*".

4. Plazo para presentar la demanda

A falta de acuerdo del notificado en el plazo de treinta días, nacerá para el solicitante el *derecho de acción* para solicitar la *revisión judicial* del mismo ante el órgano jurisdiccional competente con la finalidad de restablecer el equilibrio en las prestaciones con base en la *equidad.* Dicha demanda deberá de presentarse dentro de los treinta días siguientes.

En conclusión, el Código Civil regula tres plazos de treinta días, para dar un total de noventa de actividad pre-judicial: a) Los primeros treinta días a partir de la presentación del hecho imprevisible para formular la solicitud de reducción del contrato a la contraparte; b) los segundos treinta días para esperar su respuesta o negativa contados a partir de la recepción de la solicitud de modificación, y c) los siguientes treinta días para presentar la demanda contados a partir de la negativa o silencio otorgado a la contraparte.

VI. Resulta inconstitucional parte de la reforma

Una norma podría resultar inconstitucional si limita, restringe, modifica o hace perder un derecho garantizado por la Constitución al gobernado. Para ello hay que preguntarse si ciertos aspectos de la reforma adolecen de dichos vicios. Es indudable que el modelo legislativo al exigir la solicitud previa a la contraparte con los inconvenientes mencionados, esperar su negativa o silencio y sobre todo ordenar que sólo: "... *en caso de falta de acuerdo* entre las partes..., *el solicitante tiene derecho* a dirigirse a un juez para que dirima la controversia" , establece que el derecho de acudir ante el juzgador nace hasta que se presente el desacuerdo entre las partes respecto de la modificación del contrato, lo que hace *depender* el derecho del perjudicado al desacuerdo o silencio del otro; es como decir que el nacimiento de mi derecho depende de la voluntad de otro particular, algo que desde luego resulta inaceptable, pues hace aparecer al derecho del solicitante afectado con el carácter de *subsidiario.*

Con ello, el justiciable *ha perdido* el derecho de acudir de manera *directa e inmediata* al órgano jurisdiccional a incoar la acción por imprevisión, estando obligado a cumplir con la notificación a su contraparte y esperar los plazos establecidos para que, una vez agotados, se pueda solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, algo que denota *rasgos de inconstitucionalidad* ya que al hacer depender un derecho de la voluntad de otro y negar el acceso directo a la justicia para solicitar la revisión judicial del contrato, se atenta contra el derecho de acción, mismo que *no es subsidiario ni sujeto a condición alguna* tal y como lo establece el artículo 17 constitucional, por lo que se advierte así lo inconveniente de la reforma que provoca un *alejamiento del justiciable al directo acceso a la justicia.*

Así las cosas, si bien la reforma establece un nuevo derecho al gobernado para incoar acción y solicitar la revisión judicial del contrato impactado por acontecimientos extraordinarios que provocan una intempestiva onerosidad sobrevenida, algo que puede ser loable, *paradójicamente limita y restringe* el ejercicio de dicho derecho. Lo hace subsidiario y lo condiciona al desacuerdo de la contraparte, lo que hace ver la imperiosa necesidad de *derogar* la etapa pre-judicial de noventa días y permitir el libre tránsito de la acción por imprevi-

sión de manera *directa* ante el órgano jurisdiccional. En realidad no existe ninguna justificación para la existencia de dicho periodo en opinión del suscrito, ya que no debemos olvidar que, según el término del artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las partes, una vez contestada la demanda, acudirán en los siguientes diez días a una audiencia previa y de conciliación en donde analizarán alternativas de solución y procurarán llegar a una negociación que termine con la controversia, lo que hace ver lo innecesaria e inútil que resulta ser la etapa pre-procesal de noventa días diseñada por el legislador local.

VII. Etapa procesal. Requisitos de procedencia de la acción

A pesar de todo ello, si se logra incoar la acción ante el órgano jurisdiccional, la misma sólo será procedente si el actor ha acreditado los siguientes requisitos:

a) La existencia de un contrato válido, conmutativo, de tracto sucesivo o sujeto a plazo o condición, quedando excluidos los contratos gratuitos, los aleatorios, los de ejecución instantánea y los de carácter mercantil. En igual modo a tales contratos "revisables" les es aplicable la reforma, aun cuando se hayan celebrado *antes* de su entrada en vigor, ya que la imprevisión no afecta a las obligaciones cumplidas *antes* de la presencia del hecho extraordinario. Así, pues, la imprevisión regirá con *posterioridad* a tales eventos; es decir, la ejecución diferida y futura del contrato, siendo entonces intrascendente la fecha en que se celebró el contrato sujeto a escrutinio judicial. En el mismo sentido lo establece el artículo 1796 Ter:

> Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones celebradas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones se aplicarán a las prestaciones por cumplir con posterioridad a éste.

b) Que el accionante no se encuentre en mora, ni haya obrado dolosamente, pues la solicitud de modificación del contrato, en sí misma, no da derecho a suspender su cumplimiento, ya que no genera ningún tipo de espera ni posibilidad de modificar *unilateralmente* el contrato impactado, según es ordenado en el propio artículo 1976 bis, segundo párrafo, y finalmente apoyado en el *principio de intangibilidad* que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos (1797). En consecuencia, la acción por imprevisión es concedida sólo a aquél que ha permanecido *siempre* al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones. El no haber recaído en mora debe subsistir en cuatro momentos: i) al presentarse el hecho extraordinario, ii) al dirigir la solicitud a su contraparte, iii) al incoar la acción ante el órgano jurisdiccional, y iv) al momento en que el demandado opta por adherirse a la reducción del contrato o por la rescisión del mismo, lo que implica que el afectado debe permanecer cumpliendo el contrato también *durante* la secuela procesal, so pena de no acreditar con un requisito ineludible de procedibilidad de la acción (legitimación en la causa).

En consecuencia, si al momento en que se presenta el hecho extraordinario el deudor había recaído en mora, deberá soportar los efectos del agravamiento de sus obligaciones por su falta de diligencia, no pudiendo evitar dichos efectos nocivos pagando lo debido a fin de solicitar posteriormente la revisión judicial del contrato, pues permitir esto sería sostener que es intrascendente haber estado en mora. No habría castigo para el incumplido, quien podría eludir los efectos nocivos del retardo consignando lo debido, algo que resulta inaceptable. Por tanto, quien se encontraba en mora debe soportar los efectos imprevistos que alteran la cuantía de sus obligaciones, no teniendo legitimación para solicitar la revisión judicial del contrato.

c) La existencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible de carácter nacional. La doctrina ha identificado y acepta acontecimientos de dicha índole porque escapan a la habitualidad y son inevitables las sequías intensas, granizos con acción destructora, inundaciones que superen las medidas previstas, la devaluación monetaria no entendida como deslizamiento habitual de la moneda sino "picos abruptos"; así como golpes inflacionarios para el hombre medio.

Sin embargo, muchos de ellos son geográficamente localizados y no alcanzan a ser calificados de carácter nacional como lo requiere la

reforma. En realidad, si así fuera el requisito entendido, muy pocos de los eventos anunciados serían factibles de ser considerados imprevisibles. Tal vez la referencia "*de carácter nacional*" deba interpretarse en el sentido de que se presente dentro de territorio nacional, pues de otra manera sólo podría atribuirse a una falta de técnica legislativa o error legislativo.

d) La excesiva onerosidad sobrevenida. Presupuesto básico de la acción es la alteración sustancial y agravamiento de las obligaciones pecuniarias a cargo del afectado, derivado del hecho extraordinario e intempestivo que erosiona su patrimonio a tal grado que implique un *perjuicio grave* y le provoque la ruina económica. El contrato se torna de difícil mas no de imposible cumplimiento. Éste, así, pierde su sentido de bilateralidad, ya que propiamente no hay ya equivalencia de las contraprestaciones entre las partes; se pierde el sentido económico del contrato. El contrato se torna económicamente disfuncional, lo que da causa para pedir su reducción o rescisión, en su caso, si así lo quiere el demandado y siempre y cuando el afectado no haya recaído en mora (1796 bis, cuarto y quinto párrafos).

Por otro lado, la reforma opta por dejar al *arbitrio judicial* la modificación del contrato, pues corresponde al juzgador la: "... modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato..." (1796 bis, cuarto párrafo, inciso l); cuando otras opiniones van en el sentido de establecer un *quantum* y fijar parámetros objetivos del desequilibrio económico. Así lo hace el artículo 7.36 II del Código Civil para el Estado de México, el cual contempla: "...se entenderá por modificación sustancial, toda variación en los precios *en un porcentaje no menor al treinta por ciento*".

Si bien puede pensarse que una cuantificación precisa elimina criterios subjetivos, en realidad entorpece el mecanismo de la imprevisión, ya que si los precios variaron sólo una décima menos a dicho treinta por ciento (por ejemplo, veintinueve por ciento), ya no se tendría derecho a solicitar dicho beneficio aun cuando el perjuicio sería prácticamente igual. De ahí que la solución adoptada por nuestro código recurriendo a la revisión ponderada del resolutor de primera instancia se juzgue en este punto acertada.

VIII. Efectos de la sentencia

Conforme al texto del artículo 1796 bis, cuarto párrafo, si se determina la procedencia de la acción, en la sentencia que se llegue a dictar se establecerá una *opción* al demandado: 1) o se allana a la modificación realizada por el juez a fin de restablecer el equilibrio original, 2) o bien, opta por la rescisión del contrato.

Si el demandado opta por el restablecimiento de las condiciones que existían antes del acontecimiento extraordinario, "...según los determine un juez", pueden ocurrir a su vez dos hipótesis: 1) que sin más se reduzcan las obligaciones alteradas a las condiciones originales, como si el evento inevitable e imprevisto jamás hubiera ocurrido; o bien 2) que el juzgador reduzca parcialmente las obligaciones a cargo del perjudicado y con ello *divida* el beneficio y perjuicio entre ambas partes. Por ejemplo, una de las partes sufre una onerosidad repentina del sesenta por ciento en la cuantía de sus obligaciones pecuniarias; el juzgador en lugar de restaurar el *quantum* original, divide, reparte y equilibra el incremento sobrevenido otorgándole al solicitante una reducción del cincuenta por ciento de sus obligaciones y concediendo al demandado el derecho de aprovechar sólo el cincuenta por ciento del beneficio sobrevenido, pues con ello, a su juicio, queda equitativamente dividido tanto el perjuicio como el beneficio.

Sin embargo, la restauración al monto original de las obligaciones a cargo del perjudicado, estará sujeta a aceptar que dicha facultad judicial, ahora establecida en la reforma, puede alterar lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley Monetaria, que ordena que el tipo de cambio de obligaciones en moneda extranjera será el que rige al momento en que se realice el pago, mas no al que regía al momento de la contratación o cualquier otro como pudiera establecerse por el juzgador. Por tanto, la restauración del equilibrio original de las obligaciones en moneda extranjera que solicita el perjudicado pudiera entrar en conflicto con lo dispuesto por la ley especial antes mencionada, a menos que se considere que, en estos especiales casos, al tutelarse sólo derechos particulares, las disposiciones de la Ley Monetaria pueden ser renunciables.

Finalmente, si el demandado, quien es el único facultado para esta opción, se decide por la resolución del contrato, esta consecuencia se producirá con la única limitante de que el solicitante no se encuentre

en mora, según se establece en el artículo 1796 Ter, último párrafo: "...tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviere en mora o hubiere obrado dolosamente", por lo que éste *debe seguir cumpliendo el contrato en paralelo a la secuela procesal*.

IX. Rebeldía

Situación no contemplada por el legislador local lo es el caso en el que el demandado incurra en rebeldía o contumacia y no opte *ni* por la rescisión del contrato *ni* por adherirse a la reducción equitativa de las obligaciones a cargo del solicitante ¿Cómo debe proceder el órgano jurisdiccional ante esta laguna legal? Desde mi punto de vista si el actor ha acreditado los requisitos de procedencia de la acción, no ha recaído en mora, ni obrado dolosamente, el juzgador debe optar únicamente por la reducción del contrato y no por su rescisión, en concreta aplicación del *principio de conservación de los contratos* contenido en el artículo 1853 del Código Civil que reza: "...si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para *que produzca efecto*".

X. Conclusiones

1. *Beneficios*. La reforma hace nacer un *nuevo* derecho: el evitar que el patrimonio se erosione como consecuencia de circunstancias no previstas que producen una onerosidad repentina y acrecentada, otorgando al justiciable una *acción por imprevisión,* que expande los derechos del que contrata en este tipo de pactos de derecho.
2. *Crítica.* A pesar del beneficio inicial, la reforma incurre en un diseño legal sofisticado que genera una problemática que perjudica más al justiciable de los beneficios que le otorga. La reforma, pues:
   a) Debió ser acompañada también de una reforma al Código de Procedimientos Civiles que preparara la recepción y adecuación del procedimiento establecido.
   b) *Incluir* como contratos "revisables" a los aleatorios, a los contratos gratuitos y a las donaciones onerosas, según lo expuesto.

   c) Establecer claramente la forma de computar los plazos de la solicitud de modificación del contrato, de espera y presentación de demanda, así como la forma de notificar la solicitud a la contraparte.
   d) Debió establecer el lugar convencional de notificación de la solicitud y prever que, en caso de imposibilidad de realizar dicha notificación, el afectado no pierde el derecho a someter a revisión judicial el contrato aun cuando haya transcurrido el plazo inicial de treinta días.
   e) Finalmente debió prever los efectos de la rebeldía del demandado.

Estas son algunas consideraciones que a nivel doctrinal se destacan, habrá que esperar la futura actividad de los órganos de impartición de justicia que definirán los perfiles finales de la *teoría de la imprevisión*.

EL MANDATO IRREVOCABLE

PROTECCIÓN DE UN INTERÉS JURÍDICO INVERSO SUBYACENTE Y SUBORDINANTE DIVERSO AL DEL MANDANTE, CONFORMANTE DE UNA VINCULACIÓN SINALAGMÁTICA PERFECTA. TESIS EXPLICATIVA DE SU NATURALEZA JURÍDICA INTEGRAL

Carlos MÜGGENBURG

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Interés jurídicamente protegido*. III. *Antecedentes*. IV. *Esenciabilidad de la revocabilidad del mandato tradicional beneficiante del mandante*. V. *La irrevocabilidad del mandato como protección jurídica diversa convencional*. VI. *Aplicabilidad del poder irrevocable a supuestos distintos a los regulados en el derecho positivo legislado y jurisdiccionado. Inaplicabilidad por el mero consentimiento del mandante y mandatario ausente de un interés jurídico legítimo prevaleciente*.

I. INTRODUCCIÓN

Existe la equívoca creencia, inclusive en buena parte del medio jurídico, de que basta con llamarle irrevocable al poder otorgado con ese propósito para que lo sea; presumen erróneamente y en contra del texto expreso de la propia ley que "la voluntad de las partes es siempre la suprema ley de los contratos". Olvidan que en protección de intereses jurídicos de mayor rango, hay normas prohibitivas e

imperativas cuya eficacia es invulnerable, aun contra la voluntad de los contratantes.

Es común ver en la práctica contratos de compraventa de inmuebles no formalizados aún ante notario, por ejemplo, que con independencia de otras implicaciones no sólo legales, sino además fiscales que los mismos generan, en los que el vendedor recibe el precio íntegro por anticipado y este mismo le otorga en el acto al comprador "un poder irrevocable" para que por su propio derecho y a la vez en representación del vendedor, el comprador otorgue, él solo, la escritura correspondiente subsecuentemente. Es decir, que entonces el comprador, el día que decida formalizar el contrato de compraventa del inmueble adquirido, podrá comparecer ante el notario a otorgar la escritura de compraventa, no sólo por su propio derecho como comprador, sino, además, él mismo en representación del vendedor, en ejercicio del propio "mandato o poder irrevocable", que le otorgó el vendedor.

El objetivo práctico que buscan alcanzar quienes así proceden es, evidentemente, el de no depender más del vendedor, quien para entonces ya habrá sido pagado íntegramente y entregado, suponemos, la documentación correspondiente para formalizar el contrato hasta que así lo desee el comprador.

Resulta evidente para los juristas que, en términos de ley y no obstante la voluntad de las partes, ese poder no es jurídicamente irrevocable y que con independencia de la ilicitud con la que el vendedor se condujera y los efectos de ésta, dicho vendedor podría revocar el poder así otorgado.

Algo similar sucede, por ejemplo, con frecuencia, en el caso de contratos de cesión de marcas, en los que inclusive dentro del propio contrato, el cesionario pretende obtener del cedente un poder irrevocable para que el cesionario pueda, en nombre del cedente y en el suyo propio, sin depender ya del primero, llevar a cabo cualquier trámite entre las propias autoridades marcarias, de manera tal que la cesión se perfeccione y pueda surtir efectos frente a terceros. En este caso, con independencia de que se acrediten o no las facultades del cedente para disponer, sea de manera onerosa o gratuita de tal activo, tendrá dicho poder el defecto de que, de no ser el otorgamiento del poder un medio para el cumplimiento de una obligación prevista en el contrato y a cargo del apoderado, el poder será en términos de ley, ineficaz.

Los códigos civiles, al menos los del Distrito Federal y el Federal, prevén como elemento esencial del mandato, su irrevocabilidad y su revocabilidad sólo por excepción,[1] tratándose solamente de los casos en que el poder se otorgue como condición de un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída. Nos parezca correcta o no la disposición, sólo en esos casos y no en otros, independientemente de cuál fuera otra la voluntad de las partes, el poder será irrevocable.

El propósito de este artículo es explicar jurídicamente en qué consisten realmente tales excepciones a la revocabilidad esencial del mandato, cuál es su razón de ser, cuál es su naturaleza jurídica, qué intereses jurídicos se protegen con la revocabilidad como principio general, y cuáles con su irrevocabilidad por excepción.

II. Interés jurídicamente protegido

Con independencia de la postura predominantemente iusnaturalista o iuspositivista que se adopte, no habrá jurista que hoy en día pueda dejar de reconocer la atinada contribución jurídica de Rudolph Von Ihering cuando, tratando de determinar la naturaleza del derecho subjetivo, se percató de que no pudiendo ser su fundamento la voluntad psicológica individual, pues el derecho protege inclusive, a los incapaces, personas sin voluntad jurídicamente reconocida, Von Ihering identifica al interés jurídico, o bien jurídicamente tutelado

[1] El artículo 2595 del Código Civil del Distrito Federal establece: "El mandato termina: I. Por la revocación".

El artículo 2596 del Código Civil del Distrito Federal establece: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos, tampoco puede el mandatario renunciar el poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause".

El artículo 2595 del Código Civil Federal establece: "El mandato termina: I. Por la revocación".

El artículo 2596 del Código Civil Federal establece: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos, tampoco puede el mandatario renunciar el poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause".

por el derecho. No obstante, lo relaciona sobre todo inicialmente con la utilidad, bien, o el valor como su primer elemento, no lo limitó al valor pecuniario, pues reconoció que había también intereses jurídicos en la personalidad, la libertad y el honor, pero en todo caso su goce siempre será protegido jurídicamente. Aunque referido a las fundaciones, ya apunta: "el demandante no persigue sólo su interés, sino el de todos, teniendo como punto de vista el interés general". Ya desde un inicio establecía Von Ihering: "el derecho del individuo debe estar en relación con la voluntad general, de tal manera que la voluntad individual no pueda ejercerse sino con la condición de hallarse dentro de (conforme con, diríamos nosotros) la voluntad general".[2]

De manera mucho más clara, diría después Von Ihering:[3] "No hay disposición de la ley por minuciosa que sea que no responda a la noción de las condiciones de vida... la conservación y la propagación de la vida, el trabajo y las relaciones sociales... [E]l Estado no prescribe nada que no esté solicitado por el bien comprendido por el interés de sus miembros... El egoísmo social es el aliado [de la ley]; el egoísmo individual es su adversario; aquél pone la mira en el interés común; éste sólo entrevé el interés particular". No obstante el enfoque pragmático, Von Ihering señala en su obra *La lucha por el derecho*: "...sea el interés o el dolor que causa la lesión legal, o la idea del derecho, quien impulsa a los hombres a entrar en la lid, todos se dan la mano para trabajar en una obra común, la protección del derecho contra la arbitrariedad".[4]

En el mismo sentido, pero en forma aun más explícita, desarrolla Von Ihering su teoría cuando dice: "[e]existen otros intereses además de la fortuna que deben garantizarse al hombre. Por cima (*sic*) de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuyo valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos familiares, porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio. Todo derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de la vida. El contenido de todo derecho consiste pues en un bien. A la idea del bien se unen las

[2] Ihering Von, Rudolph, *El espíritu del derecho romano*, Ed. Leyer, Bogotá, Colombia, 2005, pp. 686 y ss.

[3] Ihering Von, Rudolph, *El fin del derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, pp. 217 y ss.

[4] Ihering Von, Rudolph, *La lucha por el derecho*, Porrúa, 2006, p. 71.

nociones del *valor* y del *interés*. Un derecho que por sí mismo tiene un valor puede no tenerlo para un determinado sujeto. Por ejemplo, la servidumbre de vista para un ciego, la entrada en un concierto facilitada a un sordo. El interés práctico, en efecto, existe en condición de poder representarse en dinero y esta medida del valor se aplica sólo a los objetos que pueden procurarse a costa de dinero. La libertad, la vida, el honor, son inestimables. El dinero, es pues, la medida económica del valor y del interés. Cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección, [n]acieron bajo la presión del interés y de las necesidades, y arrancó su consagración a la jurisprudencia. Según lo que acabamos de decir, el elemento sustancial del derecho, o sea el goce, domina la voluntad".[5]

Sin conceder, como se desprende de los diversos pasajes de distintas obras de Von Ihering, que haya sido como propone Eduardo García Máynez, que Von Ihering sustituyó la noción, "psicológica", por la de los intereses medios como los que predominan en una determinada sociedad,[6] el interés jurídico o bien jurídicamente tutelado constituye desde Von Ihering a la fecha una institución jurídica fundamental, que con independencia de su contenido justificativo, positivamente considerada por el hacedor de la ley al legislar, se volvió esencial en el campo de la hermenéutica jurídica. Se argumenta, desde entonces y para siempre, a cuál de las partes en una relación jurídica le asiste la razón, en función, ya no sólo de la actualización de la hipótesis normativa, sino además del interés o bien jurídicamente protegido por la misma.

El iusnaturalista lo encontrará preferentemente en los valores morales y en la justicia subyacentes en la norma positiva; el iuspositivista, por el contrario, en el mero texto de la ley, preferentemente, o en el mejor de los casos en las circunstancias de hecho prevalecientes al momento de legislar, mismas que habrían orientado al legislador a evitar situaciones sociales indeseables o, por el contrario, fomentar situaciones deseables con el propósito de mantener el orden o esta-

[5] Ihering Von, Rudolf, *La dogmática jurídica*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2a. ed., 1946, pp. 181-188.

[6] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 36a. ed., 1984, pp. 190 y 191.

bilidad social. Una iniciativa de ley con una buena exposición de motivos y unas discusiones parlamentarias de calidad, de las que carecemos hoy en día, habrán de ser de enorme utilidad para identificar el interés jurídicamente protegido. Asimismo, unas apropiadas declaraciones de las partes o antecedentes adecuados incluidos en un contrato, facilitarán siempre la identificación de dicho interés o bien jurídicamente tutelado perseguido.

El propio Von Ihering, a decir de su compatriota Gustav Radbruch, transitó "…de la jurisprudencia conceptual al alumbramiento teleológico del derecho". Parafraseado por Radbruch, dice el primero: "[U]na cosa es atenerse desde el punto de vista puramente teórico a una norma jurídica descubierta en las fuentes o en la lógica, sin preocuparse para nada de las consecuencias y de los males que esa norma causa en la realidad de la vida y otra cosa muy distinta es aplicarla en la práctica". Agrega Radbruch: "[e]n la época tan reacia a la filosofía, que siguió al derrumbamiento del sistema hegeliano, Von Ihering, aunque prisionero todavía en buena parte del positivismo, fue el precursor de una renovación de la filosofía del derecho como la que más tarde habría de llevar a cabo Rudolph Stammler". Sirva de corolario para entender que finalmente el propio Von Ihering aceptó la fundamentación del interés jurídico en una moral trascendente cuando en la *Enciclopedia jurídica* de Falck literalmente dice: "En el mundo moral no reina exclusivamente el principio de la adecuación a un fin; al lado de las normas jurídicas e instituciones que deben su existencia a este principio, hay otras que no persiguen fin alguno, sino que son, simplemente, resultados de ciertas concepciones fundamentales morales o jurídicas, razón por la cual no pueden medirse por aquel rasero; este error fue cometido con mucha frecuencia en el siglo pasado (se refiere obviamente al XVIII) sepultando con ello, no pocas veces, entre el polvo lo más noble y lo más profundo".[7]

Cuanta razón tuvo Radbruch, pues no sólo en la *Enciclopedia Jurídica* de Falck quedaron claras esas ideas morales de Von Ihering, sino también en su propia obra, *La dogmática jurídica*,[8] cuando dice: "[a]demás de su saber puramente positivo y del conocimiento

[7] Radbruch Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 21 y 22.

[8] Ihering Von, Rudolf, *La dogmática jurídica*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2a. ed., 1946, pp. 89 y 91.

de tal o cual derecho determinado, el jurista posee una ciencia más elevada, más general, que no está sujeta a la patria en que vive, un tesoro científico que ningún cambio ni mudanza de leyes pueden aumentar ni disminuir. Dos palabras estereotípicas juegan gran papel en el dictamen acusatorio elevado contra la jurisprudencia: *la apreciación natural y la clara humana razón*". Más adelante, en la misma obra, Von Ihering confirma su postura cuando establece: "Si toda construcción jurídica descansa en la historia natural, fácil es comprender que trate de amoldarse a las leyes y precedentes de la naturaleza, imitándola lo más posible".[9]

1. Interés jurídico directo o periférico del mandato revocable

Habrá de existir una máxima jurídica que establece que, "ningún sujeto puede, por propia voluntad, imponer unilateralmente obligaciones a otro sin el consentimiento del supuesto obligado; puede generarle derechos, pero jamás obligaciones". Es decir, nadie puede, mediante un acto voluntario, afectar desfavorablemente la esfera o ámbito jurídico del otro sin el consentimiento de este último. Y si el consentimiento del posiblemente afectado es necesario, dependerá, en el campo de los actos jurídicos (que no en el de los hechos sean éstos cuasicontratos, cuasidelitos o delitos previstos en ley), de su exclusiva voluntad, aceptar su propia afectación o intromisión desfavorable por un tercero, en su propia situación o condición jurídica. Así pues, si la aceptación o voluntad del sujeto pasivo fue indispensable para que se le afecte a él mismo (para que otro –el sujeto activo– tuviera algún derecho con respecto a él) y sólo mediante esa excepción subsanante ello fue posible, y no existiendo a favor del sujeto activo en esa relación un derecho o interés jurídico creado, jerárquicamente superior al del pasivo, bastará, como regla general, que la voluntad del pasivo se manifieste de nuevo para revertir tal derecho de la contraparte a afectarle, es decir, para revertir el efecto gravoso.

Por ello, conforme a dicha máxima, el ámbito o esfera jurídica de cualquier sujeto es generalmente impenetrable unilateralmente,

[9] Ihering Von, Rudolf, *La dogmática jurídica*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2a. ed., 1946, p. 151.

y lo seguirá siendo mientras el derecho generado a la contraparte o sujeto activo no esté apoyado o fundado en un interés o bien jurídico protegido superior. Salvo con la exoneración del afectado, y en aplicación de este mismo principio, en tanto no se afecte al titular de ese derecho o tal afectación fuere subsanable de alguna manera más adecuada, indemnizatoria o resarcitoriamente, por ejemplo, puede el pasivo hacer que con su sola voluntad, cese la afectación a la que el mismo asintió. Dependerá entonces del interés jurídico jerárquicamente prevaleciente en la relación jurídica no simple (una parte como deudor y la otra como acreedor) sino compleja (ambas partes como deudores y acreedores recíprocos a la vez), la posibilidad jurídica de la revocación.

Puede, sin embargo, ponerse a debate, en todo caso y especialmente en el caso del mandato, en esa *lucha por el derecho* de la que habló Von Ihering, a cuál de las partes corresponde el bien o interés jurídicamente tutelado superior. En el mandato, por ejemplo, ¿cuál derecho, cuál interés jurídico prevalece, el del mandante que determinó que no hubiera más intromisión en su ámbito jurídico o el del mandatario a quien se encargó desempeñar una serie de actos que afectan de manera más importante al mandante, que al propio mandatario, que ha dedicado tiempo y esfuerzo y quizá incurrido además en gastos para cumplir con su función de mandatario?

La protección de ese interés jurídico directo o periférico contenido en la máxima implícita mencionada, que faculta al mandante a revocar el mandato es jerárquicamente superior a la del interés o bien jurídico protegido del mandatario. Si bien es cierto que el mandatario también verá afectada su esfera jurídica al momento con la revocación del mandato, esta afectación admite subsanaciones menos irrumpientes del orden jurídico, que aquéllas que la irrevocabilidad del mandato generaría. Sancionatoriamente, el mandante habrá de cumplir con las obligaciones que por su cuenta contrajo el mandatario antes de la revocación, pues el tercero, ajeno y de buena fe, a esa relación contractual subyacente, no tiene por qué verse afectado en su esfera jurídica, ni en la suya propia y por ello el mandante, por disposición imperativa de ley, habrá de cumplirle, además de al tercero con quien el mandatario contrató por cuenta y orden del mandante, habrá también de resarcir al propio mandatario por sus servicios (salvo pacto que hubiera habido en contrario), y reembolsarle los gastos incurridos, y consecuentemente liberarlo de las obligaciones y eventuales responsabilidades contraídas en el cumplimiento diligente de su función mandataria.

El derecho tiene como uno de sus fines o bienes protegidos fundamentalísimos, el mantenimiento del orden jurídico, y si ello no resulta materialmente posible por la naturaleza de la ruptura específica del propio orden jurídico, el restablecimiento, hasta donde sea factible, de este último, mediante la utilización de las sanciones jurídicas o consecuencias remediatorias previstas en la norma sancionatoria que resulten más aptas para alcanzar dicho mantenimiento o subsanación del orden jurídico.

Impedir la revocabilidad del mandato, en este caso, dejando que alguien siga afectando con la imposición de más obligaciones, la esfera jurídica de otro, aunque originalmente se le hubiera autorizado, resulta mucho más intrusivo, ruptuoso y desaveniente del orden jurídico, que el resarcimiento al mandatario revocado.

El conflicto de intereses jurídicos o *lucha por el derecho*, debe jerárquicamente resolverse, a favor del mandante revocante, pero con la consecuente remediación a favor del mandatario.

2. Interés jurídico inverso subyacente subordinante y diverso del mandato irrevocable

La máxima jurídica que debe regir en el caso del mandato irrevocable es esencialmente diversa de la que rige al mandato revocable, pues el interés jurídico jerárquicamente superior a proteger, no es más el de la inafectación en forma contraria a la voluntad de la esfera o ámbito jurídico del mandante, sino otro diverso o, mejor dicho, inverso, ahora el interés jurídico protegible, en esa *lucha por el derecho,* lo constituye el del mandatario.

En el caso del mandato irrevocable, el interés jurídico primario a proteger es el del mandatario, y/o el de un tercero, independientemente de que se le siga llamando mandato al acto jurídico periférico. Su revocación generaría una imposibilidad de cumplimiento de una obligación, que si bien no es atribuible al propio mandatario, sí lo es la afectación de lo que habría sido un acto beneficioso para dicho mandatario o para el tercero, cuya esfera jurídica se vería afectada sin su voluntad o en forma contraria a ésta.

El interés jurídico principal o subordinante no es el directo del mandato mismo, sino el subyacente. El mandante no sufriría o sufriría en mucho menor escala que el mandatario o el tercero, la afectación que derivara de la revocación, ya que al mandatario se le ha encomendado por el mandante que lleve a cabo uno o más actos que si bien los podría llevar a cabo el mandante, a manera quizá de mejor protección o quizá de garantía para el mandatario, o porque sea este último quien se puede cerciorar de mejor manera, o por ser de su interés, el cumplimiento de las obligaciones respectivas cuyo cumplimiento original correspondería al mandante.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un pago al mandatario por el mandante, con un bien del mandante que tuviera algún gravamen y que el mandatario, con los recursos materiales y/o jurídicos que le pudiera proporcionar el mandante, quisiera llevar a cabo tal liberación, en lugar de tener que esperar que el mandante se decidiera a hacerlo por él mismo. Piénsese por igual en el caso de una garantía que para beneficio del mandante hubiera otorgado el mandatario y para evitar que se la hagan exigible al mandatario, éste decida hacerse cargo del pago con los recursos que le proporcione el propio mandante, en lugar de tener que esperar, por igual, que buenamente el mandante decida hacerlo.

Pasaría lo mismo en el caso de que un acreedor que tuviera desconfianza de que su deudor, fuere a cumplir con su obligación, y en cambio sí le tuviera confianza a un tercero que resulte ser el mandatario del deudor, que estuviere quizá deseoso de ser liberado de su obligación de pago como mandatario, aun cuando fuera por cuenta del mandante. También será de mayor interés del mandatario, que del mandante, por ejemplo, cumplir con una obligación a cargo del mandante, para lo cual se le otorga un mandato, cuando la vigencia de un contrato con su mandante esté condicionada a que el mandatario lleve a cabo determinados actos jurídicos por cuenta del mandante. Tal sería el caso de un contrato de crédito (relación jurídica subyacente) en el que se conviene que dicho contrato no iniciará su vigencia, y el financiamiento no se otorgará por el acreedor (mandatario en la relación periférica) al deudor, hasta que este último otorgue al acreedor/mandatario, un poder para que cancele las garantías previas registrales que aún existan sobre los bienes que el acreedor mandatario requiere para conceder el financiamiento.

Como también se puede apreciar en los casos mencionados en el párrafo precedente, el mandato es acto jurídico periférico que se muestra como el directo o superficial, pero el crédito es no sólo el subyacente, sino además el subordinante o principal, diverso al mandato mismo y por ello se conviene como irrevocable, ya que el mandato no se otorga en interés o beneficio inmediato del mandante, como sucede generalmente, sino de manera inversa para que el mandatario o el tercero puedan tener la seguridad de que se darán las circunstancias que han sido motivo determinante de la voluntad del acreditante para otorgar el financiamiento. En el caso del mandato irrevocable, es dicho motivo el que hace que el mandante no pueda revocar el mandato, pues, de hacerlo, colocaría al mandatario acreditante o al tercero en condición de desventaja respecto a lo convenido. Asimismo, la revocación por el mandante acreditado del mandato por esencia irrevocable, debería ser ineficaz, no sólo por ser superior el interés jurídico del mandatario al del mandante, sino por ser la ineficacia de la revocación, la sanción más apta para mantener o restablecer el orden jurídico irrumpido.

Una vez más queda en claro que *la lucha por el derecho* debe resolverse a favor de "quien busca evitarse perjuicios y no de quien pretende obtener un lucro o beneficio".

Se reitera pues que, en el llamado mandato irrevocable, el interés jurídicamente protegido superior es el subyacente del mandatario que es no sólo diverso, sino inverso y subordinante al del mandante.

También se da el mismo fenómeno en todos aquellos casos en que así lo pacten las partes y no haya una norma de orden público que lo impida.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de un depósito atípico en el que en forma distinta a lo que prevé el artículo 2516[10] y demás aplicables

[10] Los artículos 2516 de los códigos civiles para el Distrito Federal y Federal establecen: "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante".

Los artículos 2522 de los códigos civiles para el Distrito Federal y Federal establecen: "El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se la pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado".

Los artículos 2533 de los códigos civiles para el Distrito Federal y Federal también establecen: "El depositario no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela no haya recibido

de los códigos civiles Federal y del Distrito Federal, las obligaciones de recibir, guardar y conservar el bien por el depositario, no lo son para el exclusivo beneficio del depositante, y que naturalmente le impiden al depositario retenerla, inclusive en el caso de que no se le retribuya por su cargo y aun si tampoco se le reembolsaren los gastos o expensas en que hubiera incurrido para el mantenimiento de la cosa. Tal sería el caso del depósito que se haga para beneficio del propio depositario que recibe una cosa que va a adquirir, sujeto a la realización de una condición o término, cuyo cuidado y conservación le interesa, o en beneficio de un tercero a quien le corresponde un bien cuya entrega depende de que dicho tercero cumpla previamente con alguna obligación a su cargo.

En todos esos casos, el interés jurídico previsto expresamente en la ley, se ve reemplazado por uno superior de la contraparte o de un tercero, ello debido a que las partes han tenido una motivación distinta a la de la naturaleza jurídica de la institución en el ordenamiento legal, y tal motivación no es contraria a la norma jurídica positiva, por ser ésta supletoria de la voluntad de las partes.

III. Antecedentes

1. Derecho positivo mexicano

A. Textos legislativos

Tanto el Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de la Baja California conocido como el de 1870 (en vigor a partir del 1 de marzo de 1871), como el de 1884, previeron de manera implícita, en sus artículos 2525 y 2398, respectivamente, el mandato irrevocable.[11]

el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero sí podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito".

[11] El artículo 2525 del Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de Baja California de 1870 establecía: "El mandato puede revocar el mandato cuando y como le parezca, sin perjuicio de cualquier condición o convenio en contrario". México, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, 1870, Col. Leyes, t. IX-1, p. 407.

El artículo 2398 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California establecía: "El mandato (*sic*) puede revocar el mandato cuando y como le parezca, sin perjuicio de cualquiera condición o convenio en contrario". *Diario Oficial* del 14 de mayo de 1884, Información Legislativa Mexicana, Datalex.

En forma por demás evolucionada inclusive, tomando en cuenta el entorno legislativo entonces contemporáneo, ambos códigos dejaron abierta la posibilidad de que las partes pactaran en forma contraria a la revocabilidad del mandato. Efectivamente, cuando el de 1870 anticipadamente y el de 1884 imitativamente al primero, previeron la posibilidad de que las partes pactaran "...cualquier condición o convenio en contrario" al respecto, resulta obvio que contemplaron, *a contrario sensu,* la posibilidad de que el mandante no pudiera revocar el mandato "como y cuando le pare[ciera]".

No obstante lo avanzado para la época, de la postura de los legisladores de 1870 y 1884, que previeron la posibilidad de que el mandato llegara a ser irrevocable, mediante condición convenida e inclusive por simple pacto en contrario de las partes, la parquedad de la disposición debió haber dejado una labor hermenéutica amplísima al poder judicial y a los propios abogados, por cuanto a las circunstancias de excepción a la revocabilidad como elemento esencial del mandato, que podrían haberse pactado, ya fuera por razón de una condición convenida o por simple voluntad de las partes.

Es obvio que la posibilidad del pacto o "convenio en contrario", mas no tanto la condición que en todo caso habría de ser por mandato de ley ajena a la potestad del mandatario, suponemos podría haber llegado a desnaturalizar jurídicamente la característica esencial de revocabilidad del mandato por parte del mandante, por tratarse de un contrato *intuitu personae*, o de confianza por cuanto al mandatario se refiere. Seguramente, juicioso y ético abogado alguno, habría jamás recomendado entonces a su cliente aprovechar la excepción expresa de la ley vigente, sin que hubiera alguna razón justificativa que invirtiera el interés jurídico natural de la institución mandataria del mandante hacia el mandatario.

Es decir, que el ejercicio del mandato pudiera más que beneficiar al mandante, al encargarle a otro, por no poder o no querer hacerlo el propio dueño del respectivo bien o derecho, que ese otro considerado más apto o interesado en el cumplimiento de la obligación, manejara los asuntos del primero, por resultar por excepción, o exclusivamente, beneficioso para el mandatario. ¿Qué podría jurídicamente impedir que, además de recibir su retribución u honorario o inclusive no recibirlo, al mandatario le interesara de manera primordial, llevar a cabo, en nombre del mandante, pero para beneficio del mandatario,

la liberación de un gravamen o pago de un impuesto que pesa sobre un bien que, por ejemplo, ha adquirido el mandante del mandatario o (en otro caso), la obtención de una autorización o no ejercicio de un derecho por parte de una autoridad o de un tercero, que podrían oponerse a la adquisición? ¿Quién mejor que el mandatario tendría el mayor interés jurídico en que ello sucediera si se obligó a enajenar el bien en plenitud? ¿Qué habría de ilegítimo en ello?

Aunque resultó temerario por no haberse detenido ni el legislador de 1870 ni el de 1884, a considerar todos los efectos que el texto aprobado pudo haber alcanzado al haber dejado uno de los supuestos a la sola voluntad de las partes, el carácter irrevocable del mandato, es de reconocer, que con anticipación a ciertas otras legislaciones al menos, por excepción, el interés jurídico protegido en el mandato pudiera transpolarse del mandante al mandatario.

Resulta equívoca la aseveración del autor argentino Héctor Masnatta, quien siguiendo a Gorostiaga como él mismo dice, atribuye al legislador brasileño haber consagrado "...expresamente la irrevocabilidad [del mandato] por primera vez en el mundo", cuando a finales de las décadas de los sesenta o principios de los setenta, así escribe respecto del tratamiento del tema en las primeras décadas del siglo XX. Se refiere también Masnatta: "…al Código Civil [de 1928] mexicano (art. 2596) y …jurisprudencia [argentina]…", que siguen a Baudry Lacantinerie y consideran: "…la irrevocabilidad no es otra cosa que hacer obligatorio[s] los daños y perjuicios".[12]

En sentido similar, Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala escriben que el mismo Código Civil de 1928, inspirado en el argentino de 1869, "…fue el primero en prever el mandato irrevocable".[13]

No fue, pues, al menos, ni el legislador brasileño ni el mexicano de principios del siglo XX, sino el mexicano, pero de finales del siglo XIX, quien por lo menos con anterioridad a los primeros y en dos ocasiones, previó expresamente, con anticipación y contradiciendo la tradición jurídica predominante, que las partes contratantes pudieran pactar que el mandato podría ser irrevocable.

[12] Masnatta, Héctor, *El mandato irrevocable*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1969, pp. 15 y 64.

[13] "Las causas de terminación del mandato irrevocable", *Pandecta*, ELD, 2008, p. 21.

B. Precedentes judiciales

Pocos o ningún precedente judicial difundido públicamente hemos podido identificar acerca del mandato irrevocable que nos permita identificar su tratamiento y mucho menos su naturaleza jurídica. La doctrina mexicana, sin embargo, sí distingue entre el interés jurídico, "…como la pretensión que se encuentra reconocida por las normas de derecho…", y "…la pretensión que intenta tutelar un derecho subjetivo mediante el ejercicio de la acción jurisdiccional".[14] Si bien el *Diccionario Jurídico Mexicano* distingue que el interés jurídico "…tiene un significado propio de la filosofía del derecho y otro más restringido, que tiene relación con el derecho procesal", la verdad es que debió referirse al interés jurídicamente protegido o bien jurídicamente tutelado del derecho sustantivo o material y al del derecho adjetivo en el segundo caso, mismo este último al que se refiere el artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ordena: "[E]l juicio de amparo es improcedente… [C]ontra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso".

Uno de los mejores intérpretes de la obra de Rudolph von Ihering, es el francés Michel Villey, profesor de Derecho romano y de Filosofía del derecho en Saigón, Estrasburgo y París, según podemos desprender del análisis que hace a su vez el profesor argentino Rodolfo L. Vigo, de la obra de Villey, específicamente de la obra *Compendio de filosofía del derecho*.[15] Dice pues Vigo que para Ihering: "…el derecho es el resultado del conflicto entre los intereses y los fines de los individuos o grupos; el resultado de la lucha de intereses contrapuestos…".

Es precisamente a este último al que, menospreciándolo procesalmente, se refirió la jurisprudencia que dice: "El interés material del depositario para conservar la custodia del bien embargado, no puede catalogarse como jurídico, ya que no existe precepto legal que lo proteja y que sirva de fundamento para hacer la defensa del mismo, sino que, por el contrario, el artículo 436, fracción I, del Código de

[14] *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Letras I-O, Porrúa, México, 1988, pp. 1776 y 1777.

[15] Vigo L., Rodolfo, *El iusnaturalismo actual de M. Villey*, Fontamara, 2003, pp. 40 y 69.

Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, que resulta aplicable en forma supletoria a la materia mercantil, reduce la función de los depositarios judiciales a la categoría de meros auxiliares de la administración de justicia".[16]

Hemos identificado un par de precedentes judiciales provenientes también de los Tribunales Colegiados de Circuito que si bien menos aún que el anteriormente mencionado se refieren al interés jurídico material como tal, al identificar al adjetivo o procesal y específicamente al que constituye constitucionalmente un requisito de procedibilidad "…para acudir al juicio de amparo [es decir] se requiere la existencia de un agravio o perjuicio. En este sentido, el interés jurídico en sentido amplio, debe entenderse como la mera afectación a la esfera jurídica de un gobernado, puesto que ni de la Constitución, ni de la Ley de Amparo, se advierten elementos mayores de interpretación de dicho concepto".[17] Lo anterior luego de que dicho precedente se refirió a la palabra interés en términos del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* que identifica a la palabra "interés" como "… un provecho, utilidad o ganancia, mientras que lo 'jurídico' es todo lo que atañe al derecho o se ajusta a él".

De manera similar, otro precedente[18] parece esbozar la distinción hecha, pues establece: "…la materialización de un agravio de carácter meramente adjetivo o procedimental como lo es el de que su recurso le haya resultado infructífero, es insuficiente para considerar actualizado el perjuicio sustantivo que hace procedente el amparo, máxime que de conceder la protección constitucional de hipótesis, ningún efecto práctico tendría su ejecución al no ver cristalizada una efectiva tutela de derechos, se reitera, de carácter sustantivo, con lo que se desnaturaliza así la institución del juicio de garantías que

[16] Octava época, Núm. de Registro 226 554. Jurisprudencia Tribunales Colegiados de Circuito. *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación* núm. 22-24, octubre-diciembre de 1989. Materia(s) Civil. Tesis V. 10.j/5, p. 245, Depositario Judicial, Carece de interés jurídico.

[17] Novena época. Registro núm. 185 149, Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVII, enero de 2003, p. 1803. Tesis I.13.A.23K. Tesis Aislada. Materia(s) Común.

[18] Novena época. Registro núm. 174 074, Tribunales Colegiados de Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIV, octubre de 2006, p. 1395. Tesis VII. 2o. C.29K Tesis Aislada. Materia(s) Común.

siempre debe tener una utilidad real, palpable, objetiva y no erigirse solamente como un mero ensayo académico".

Independientemente de lo anterior, es ese interés jurídico, material o sustantivo, superior de los que se conflictúan entre las partes, al que nosotros nos referimos, el que habrá de prevalecer y permitir que, no obstante la denominación de mandato que se dé a la institución jurídica, haga identificable entre las dos o más normas jurídicas que parecen resultar aplicables al caso, la que habrá de ser identificada, inclusive por el juzgador. Ello con base en "…un criterio axiológico [que señale] cuáles son los intereses que merecen protección y los jerarquiza asignando a cada uno los grados de prioridad… pues existen situaciones que se caracterizan por los conflictos de dos o más intereses tutelados por el derecho; en estos casos es necesario dilucidar cuál es el interés que debe ser satisfecho primariamente".[19]

Se refiere la doctrina a un caso hipotético global aplicable, y la jurisprudencia a uno análogo al del mandato irrevocable, en el que se hace necesario identificar el bien jurídicamente protegido previsto en cada una de las normas, es decir, el bien tutelado por cada una de las obligaciones que parecen aplicables del acto jurídico, con independencia de que la denominación que se les dé, sea correcta o equívoca, y determinar, en el contexto del mismo acto, el que, como jerárquicamente superior debe prevalecer. Es, obviamente, el llamado mandato irrevocable, el del mandatario o del tercero, el que merece la protección prevaleciente sobre el del mandante, por ser el primero, el jerárquicamente superior.

2. Doctrina

A. Doctrina extranjera

Roger Perrot, explicaba, apenas en 1954,[20] que en tanto que el Código Civil uruguayo preveía la revocabilidad del mandato "*ad-nutum*", o en el momento en que el mandante estimara oportuno, otros códigos,

[19] *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Letras I-O, Porrúa, México, 1988, p. 1777.

[20] *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de Montevideo*, República Oriental del Uruguay, año VI, enero-junio de 1955, núms. 1 y 2, pp. 357 y ss.

como el alemán, el español, el soviético, el portugués e inclusive el polaco y en particular el brasileño desde 1916 y el italiano de 1942, admitían la irrevocabilidad bajo determinadas circunstancias. Atribuía el autor la revocabilidad a que el mandatario es "...un portador de la voluntad ajena, un mensajero, cuyos poderes expiran cuando ha desaparecido la voluntad del mandante". Señalaba también el mismo autor que la jurisprudencia francesa había llegado a reconocer excepcionalmente la irrevocabilidad del mandato, en tanto que la belga, en febrero de 1885, aceptaba que la renuncia por el mandante a su facultad "*ad-nutum*", podía admitirse sin inconveniente.

Justificaba el mismo autor la irrevocabilidad únicamente en la existencia de un interés común o entrelazado del mandatario, el mandante y los terceros, refiriendo a una sentencia de la "Cámara de Apelaciones" de enero de 1873. Sin embargo, excluía del caso del interés común, la falta de pago "...de un sueldo a favor del mandatario... [pues resultaba compensable, entendemos, mediante]... una indemnización de daños y perjuicios". Justificaba también el autor el mandato irrevocable "...cuando era accesorio a un negocio jurídico más amplio..., porque la cláusula de irrevocabilidad es parte integrante de una convención y la convención es ley para las partes...". Citaba el autor a Josserand y señalaba con él que "los derechos subjetivos tienen una finalidad social y que sus titulares no pueden hacer de ellos un uso arbitrario".

Es obvio que a Perrot le resultaba difícil justificar la excepcionalidad del mandato irrevocable, prefería otras soluciones a la problemática que su punto de vista le generaba. Prefirió sostener la revocabilidad como elemento invariable del mandato y seguir entonces un modelo del derecho francés para resolver el conflicto que la revocabilidad abusiva generaba en el mandatario, mediante la sanción con daños y perjuicios a cargo del mandante que injustificadamente revoca un mandato (teoría del abuso del derecho), y la de la inoponibilidad a terceros de buena fe, del mandato revocado no publicitado mediante su inscripción en el Registro Público (teoría del mandato aparente).

Sin embargo, si bien esas teorías preveían soluciones sancionatorias para la protección del mandatario y de los terceros de buena fe, jamás constituirían una solución jurídica para los casos en que el mandatario hubiera tomado a su cargo una obligación naturalmente

correspondiente al mandante, pero que le reportare un beneficio adicional o diferente al de la mera contraprestación por sus servicios de mandatario. Por ejemplo, la obligación a cargo del mandatario de cancelar un gravamen inscrito sobre un bien que compra. Jamás una indemnización por la revocación, sería la mejor solución jurídica para la protección del derecho del mandatario comprador de un bien que quiere tenerlo libre de gravámenes. La realidad es que ni la voluntad es siempre la suprema ley de los contratos, ni todos los derechos subjetivos tienen una finalidad social, aun cuando generalmente así lo sea.

Lo anterior pareció haber sido detectado por Rodolfo Mezzera Álvarez,[21] quien señala: "...podría haber irrevocabilidad absoluta en algunos casos de representación en los cuales el poder representativo emana, o mejor dicho, deriva de otro negocio jurídico que no es un mandato. Evidentemente el mandato irrevocable supone un Estado de Derecho anterior, pero no es ese Estado de Derecho el que justifica el mandato que nace posteriormente. La finalidad se explica en virtud del negocio antecedente que ha sido la fuente del poder de representación". En el mismo sentido, José Sánchez Fontans[22] considera: "La obligación de no revocar, que evidentemente existe, es ajena al contrato de mandato, no surge del contrato de mandato, sino de ese convenio que rige determinada forma de cumplimiento. La validez del pacto resulta de los principios generales; no afectando a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. No es posible desconocer su eficacia, el único problema radica en determinar sus límites y determinar los efectos del pacto de irrevocabilidad. Lógicamente no se concibe la irrevocabilidad de un mandato general o de un mandato con plazo indeterminado". Sin embargo, en nuestra opinión en forma no sólo titubeante, sino contradictoria con sus sensatos argumentos, Sánchez Fontans afirma: "[L]a subsistencia del poder a pesar de su revocación sólo puede configurarse en virtud de un texto legal expreso, porque implica transferir la facultad de disponer, la cual, según algunos autores, constituye una emanación de la capacidad jurídica; según otros, solución que compartimos, integra el contenido del derecho subjetivo".

[21] *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, República Oriental de Uruguay, 1954, p. 376.

[22] *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, República Oriental de Uruguay, 1954, pp. 384 y ss.

Preferimos quedarnos con los argumentos de Sánchez Fontans relativos a la validez del pacto de irrevocabilidad, mas no con su conclusión mencionada, no sólo por ser ello lo congruente con su planteamiento, de que sólo cuando la revocación es contraria al orden público o a la moral y buenas costumbres es inválida, pero no coincidimos en que se requiera texto legal expreso para que el mandato pueda ser irrevocable.

Es cierto que en el mandato revocable, es decir, en el que negocio subyacente sólo beneficia al mandante, y en el cual el mandatario solamente está obligado a prestar un servicio aunque no necesariamente remunerado para la realización de algún acto jurídico, el mandatario no tiene por qué esperar más que su remuneración, reembolso de gastos en caso de haberlos incurrido, y liberación de responsabilidad una vez que ha cumplido su obligación, sea que haya o no concluido con sus servicios. Sin embargo, no es así en el caso en el que el derecho generado al mandatario, al prestar el servicio relativo a la obligación subyacente, no sea primordialmente su remuneración; es más, es posible que, en ese caso, ni obligación del mandante a retribuirlo exista. El interés jurídico del mandatario es otro muy distinto, ya que es él mismo quien recibe el efecto material y jurídico negativo que resultaría en caso de no poder ejercer o cumplir con el mandato. Bastaría que el acto jurídico subyacente tuviera un objeto posible y lícito, pero no requiere en forma alguna de una disposición expresa en la ley que prevea la irrevocabilidad para el mandante.

Imaginemos cuántas hipótesis habría tenido que anticipar el legislador para prever caso por caso la disposición legal expresa que permitiera que el mandato fuera irrevocable. La dinámica social, y particularmente la de los negocios, resulta generalmente imprevisible para el legislador. Habrá de ser el interés legítimamente protegible del mandatario, lo que valide la irrevocabilidad. Ni siquiera la mera voluntad de las partes, pues podrían condicionar la celebración o eficacia de un acto jurídico a que se otorgara un poder irrevocable o pactar que el poder fuera el medio para el cumplimiento de una obligación, que si no hay un interés jurídico a favor del mandatario diverso a su remuneración, la irrevocabilidad deberá ser también ineficaz. Ahí se ve por qué la mera sanción consistente en la indemnización por los daños y perjuicios causados por la revocación por el mandante, de un mandato irrevocable, no sería la mejor, pues podría

inclusive colocarlo en una situación ventajosa injusta, si para entonces hubiera decidido, pagando los daños y perjuicios, no cumplir con su obligación subyacente convenida. Sería el mismo absurdo de aquél que pretendiera incumplir un contrato y con ello pedir él mismo la rescisión. Este último derecho sólo corresponde a quien ha cumplido o a quien al menos no ha incumplido con las obligaciones a su cargo. De no ser así, se estaría premiando al incumplido y ello es, a todas luces, antijurídico. Es, pues, necesario, identificar el interés jurídico subyacente prevaleciente y protegerlo.

B. Doctrina mexicana

Quien en nuestra opinión mejor ha explicado en México la naturaleza jurídica del mandato irrevocable, es Manuel Borja Covarrubias.[23] Parafraseando a Baudry-Lacantinerie y Wahl entre otros, señala que mientras la mejor razón de la revocabilidad del mandato es que está conferido en interés del mandante, "[p]or excepción, el mandato dado en interés común del mandante y del mandatario no puede ser revocado por el mandante solo, porque el acto llega a ser sinalagmático [c]on mayor razón el mandato conferido en interés del mandatario y de un tercero no puede revocarse por el mandante". Subsecuentemente, al referirse a nuestro Código Civil de 1928, Borja Covarrubias, hace un análisis hermenéutico de las cuatro distintas partes que él identifica en el artículo 2596, y concluye que la cuarta, que dice que "[l]a parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause", debe entenderse que habla de la primera parte, es decir a la que se refiere a la regla general del mandato que prevé que "[e]l mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca..." y que la referida cuarta parte "no tiene relación alguna con los casos excepcionales en los que el mandato es irrevocable".

De lo anterior resulta clarísimo que es el interés jurídicamente protegido del negocio subyacente del mandatario o del tercero, el que subordina al del mandante y que ello hace que este último no pueda revocar el mandato y que si lo pretendiera hacer, esa revoca-

[23] Borja Covarrubias, Manuel, "El mandato irrevocable", *Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXIV, núm. 142, mayo de 1950.

ción debiera ser ineficaz, mas no que pudiera revocarlo y a cambio indemnizar al mandatario y/o al tercero por los daños y perjuicios causados. En la interpretación correcta del Código que propone Borja Covarrubias, esa indemnización a que se refiere la cuarta y última parte del artículo 2596 mencionado, sólo procederá cuando revoque el poder creado en propio interés del mandante sea porque éste no dañe ni perjudique al mandatario o a un tercero, o cuando este último renuncie al poder y afecte desfavorablemente al mandante.

Sin embargo, si el mandante causare algún daño o perjuicio al mandatario o al tercero en su intento de revocar un poder irrevocable, deberá ser sancionado, además de con la ineficacia de la revocación, con los daños y perjuicios que su tentativa de revocación causare a éstos. Esto último debe ser así por aplicabilidad de la norma genérica del artículo 2104 del propio Código Civil Federal y el del Distrito Federal que prevén que quien "...estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios", y la de 1949 que establece: "[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos".

Más recientemente, Alberto Pacheco Escobedo, aunque profundizó con habilidad en el tema, erróneamente en nuestra opinión, quiso encontrar la justificación jurídica del mandato irrevocable en forma casuista, en un concepto no unitario sino múltiple aduciendo: "... hay varios tipos de mandatos irrevocables, o al menos distintos tipos de irrevocabilidad", y según él, eso explica "las dificultades que ha encontrado la doctrina para explicar esta figura. Se quieren encontrar características comunes a todos, lo cual en nuestro concepto es un error".[24] Y consecuente con su planteamiento casuista nos ilustra con la doctrina del derecho italiano que distingue entre la irrevocabilidad absoluta en la que la revocación del mandante no extingue el mandato y la irrevocabilidad relativa en la que la revocación genera el pago de daños. Se refiere también a la doctrina española que parece hacer la misma distinción, pero con diversa terminología, que Pacheco Escobedo considera menos afortunada, en otras palabras, la revocación

[24] Pacheco Escobedo, Alberto, "La terminación del mandato irrevocable", *Ars Iuris*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, 1989 (2), pp. 100 y ss.

ineficaz y la que siendo eficaz, hace sancionatoriamente responsable al mandante de los daños y perjuicios por haber incumplido su obligación de no revocar.

Insiste, sin embargo, Pacheco Escobedo, en que "...será necesario investigar en la causa para saber si podemos hablar de un concepto unitario de irrevocabilidad o podemos distinguir varios tipos". Identifica asimismo los casos como los previstos en el artículo 2596 del Código Civil como aquéllos en los que "...el interés del mandatario [que] puede ser causa suficiente para pactar la irrevocabilidad", y concluye entonces que lo son: i) "accesorios de una obligación para cumplir ésta o para determinar una manera concreta de cumplir ésta, para el pago de una obligación contraída, o para actuar obligatoriamente en común; ii) en interés del mandatario o de un tercero [en que] no es [el] interés del mandatario cobrar la remuneración que se [le] debe[r] por el desempeño del mandato mismo; iii) como consecuencia de una obligación legalmente válida que puede proceder de un contrato bilateral o de cualquier otro negocio [c]omo puede ser una condición impuesta por el testador".

Concluye Pacheco Escobedo con su tesis, en nuestra opinión casuista, que "...sin causa suficiente de irrevocabilidad, no produce más que una irrevocabilidad relativa, la cual si se viola, da lugar al pago de daños y perjuicios. [E]n cambio, cuando existe causa suficiente que la fundamente, estamos en presencia de una irrevocabilidad absoluta y, por tanto, la revocación hecha no será eficaz".

La falta de identificación del interés jurídicamente protegido, inverso y subyacente en el caso de todos los auténticos poderes irrevocables, y su insistencia en el casuismo, impide, en nuestra opinión, a Pacheco Escobedo revelar la verdadera naturaleza jurídica del poder irrevocable. Eso mismo lo lleva a sostener, con De Marchio y Santagata, pero contrario a Von Tour, que el mandante "...no puede realizar por sí mismo el o los negocios jurídicos que encargó al mandatario", sino que "el mandato irrevocable sustrae los bienes a la unilateral disposición del mandante, creando una especie de indisponibilidad". ¿Qué es más importante para el derecho, lo que quedó plasmado por las partes en sus convenciones o la protección de los intereses jurídicos superiores contenidos en las mismas y con ello la realización del interés jurídico más amplio que es el del orden jurídico totalizador?

Contemporáneamente Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala[25] han sostenido: "[e]l Código Civil para toda la República en materia federal y para el Distrito Federal en materia común de 1928 fue el primero en prever el mandato irrevocable [y] [s]irvió como fuente para la regulación de esta figura el Código Civil argentino de 1869. Empero, las disposiciones que el legislador mexicano estableció distan de la claridad y amplitud con que contaron en esa materia las del ordenamiento argentino". Si bien el Código Civil mencionado fue mucho más a detalle en cuanto a los supuestos bajo los cuales un mandato puede ser irrevocable, la verdad es que (ver nota de pie de página 12, de este mismo artículo) tanto el legislador mexicano de los códigos civiles de 1870 como el de 1884 ya preveían sin más que por acuerdo de las partes, el mandato podía ser irrevocable.

No obstante lo anterior, Rico Álvarez y Garza Bandala coinciden con Borja Covarrubias (ver nota de pie de página 24, de este mismo artículo) en que la parte final del artículo 2596 del Código Civil para el Distrito Federal como del Federal (que fue una réplica del primero, como sabemos) fue infortunadamente colocada como parte final. Si el propio artículo reconoce expresamente aunque limitadamente (en dos supuestos solamente) la posibilidad de la irrevocabilidad del mandato, absurdo resulta no coincidir "con la segunda postura", es decir, la que sostiene, como nosotros, que la revocación de un poder convencionalmente irrevocable debe ser castigado con una sanción pluscuamperfecta, es decir, la ineficacia más los daños y perjuicios que el intento de revocación por el mandante llegara a causar al mandatario, mas no como una sanción menos que perfecta,[26] con el simple pago de daños y perjuicios.

Como bien sostienen Rico Álvarez y Garza Bandala, si el mandato "....se celebra en interés exclusivo del mandatario, no existe razón alguna que justifique el que se impida a dicho contratante renunciar a un derecho establecido a su favor ... [y] ... si se celebra en interés exclusivo de un tercero es comprensible que el mandatario no pueda renunciar a él...". Siendo, pues, el interés jurídico protegido por la

[25] "Las causas de terminación del mandato irrevocable", *Pandecta*, ELD, 2008, pp. 21 y ss.

[26] Müggenburg, Carlos, "La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 32, México, 2008, núm. 32, p. 507.

norma, el único elemento que aunque subyacente, determina el sentido de ésta, congruentemente "...la renuncia del mandatario sólo surtirá efectos cuando el contrato haya sido celebrado en interés suyo". Fundamentan con razón dichos autores su parecer, en una norma de aplicación más general recogida en el artículo 6 de los códigos civiles mencionados que reza: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

Resulta justo referirse a la tesis de Cristina Reus Medina, quien a pesar de su entonces corta experiencia,[27] muestra diversos atisbos acerca de la verdadera naturaleza jurídica del mandato irrevocable. Como lo dice el propio título de su trabajo, le atribuye el carácter de excepción "...al voltear toda la figura y quedando los papeles intercambiados, quedando el mandatario o un tercero como beneficiario del mandato", misma excepción que es establecida por la propia ley aplicable, en términos del artículo 11 del Código Civil, pero desafortunadamente aplicable exclusivamente a los casos expresamente especificados en la misma ley. Siguiendo, sin embargo, al derecho italiano y al derecho español, reconoce Reus Medina la diferencia entre la irrevocabilidad relativa u obligacional, cuya contravención contractual genera solamente el pago de daños y perjuicios, y la irrevocabilidad absoluta o real del caso del "...mandato conferido en interés del mandatario o de terceros que no se extingue por la revocación del mandante". Se refiere, sin embargo, también atinadamente Reus Medina, a la existencia del negocio causal o "causa suficiente ... que lo hace irrevocable ... que debe pactarse expresamente... que mencione el negocio subyacente ... estamos ante un contrato accesorio (se refiere la autora seguramente al mandato mismo) que basa su existencia en el negocio subyacente ... presumía la ley que el interés que en ellos tenía el mandatario era suficiente para suponer que las partes habían pactado la renuncia de ese derecho".

A pesar de haberse acercado de manera notable a la identificación de la verdadera naturaleza jurídica del mandato irrevocable, al proponer

[27] Reus Medina, Cristina, "El mandato irrevocable: excepción al contrato de mandato". Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 2003, pp. 73 y ss.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

e identificar conceptos tales como el del mandatario como beneficiario del interés y su carácter subyacente, Reus Medina no identificó que su verdadera naturaleza radica en la protección del interés jurídicamente protegido subordinante del mandatario. Es por atribuirle el carácter de excepción a la ley, que retrocede y asevera: "Se deberá regir por las disposiciones del mandato, dado que el irrevocable es un tipo de mandato y ante la problemática tormenta jurídica que avecina, opta, al igual que otros autores, por proponer una reforma legislativa".[28]

De haber analizado a mayor profundidad y con ello identificado la verdadera naturaleza jurídica del mandato irrevocable, como un interés jurídicamente protegido, no sólo inverso ("volteado" dice ella) y subyacente, sino además subordinante y diverso y no de excepción como lo atribuye, se habría percatado de que no son necesarias reformas legislativas para resolver las deficiencias de los legisladores, sino la utilización apta de métodos hermenéuticos jurídicos apropiados por parte de los jueces, para resolver los problemas jurídicos. Pretender que cada vez que el legislador se quede corto por ignorancia o pereza en el tratamiento de las instituciones jurídicas, se deba buscar una reforma legislativa, equivaldrá a hacer aún más ineficiente lo que es la función natural del legislador.

IV. Esenciabilidad de la revocabilidad del mandato tradicional beneficiante del mandante

Resulta oportuno, antes de analizar el carácter bilateral del mandato, distinguir la bilateralidad del derecho o de la norma jurídica de la bilateralidad del contrato y, sobre todo, de las obligaciones mismas que del contrato derivan. En otras palabras, son las características esenciales de la relación jurídica, en el caso, su bilateralidad, y por ende la de la norma que la describe y prescribe, las que atribuyen al contrato esa característica, no obstante que en un sentido analógico se use dicho criterio también para solamente volver a usar el término unilateral para la clasificación distintiva doctrinaria de los contratos en unilaterales y bilaterales, como más adelante explicamos.

[28] Reus Medina, Cristina, "El mandato irrevocable: excepción al contrato de mandato". Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 2003, pp. 91 y ss.

Es incuestionable que de las características de las normas de conducta que tradicionalmente se utilizan para diferenciar a las jurídicas de las religiosas y de las llamadas de trato social, y particularmente de las morales, la bilateralidad o existencia siempre de al menos un facultado y un obligado vinculados entre sí, es junto con la coercibilidad, una de las dos características esenciales de las normas jurídicas.[29]

1. Bilateralidad del contrato

A diferencia de la bilateralidad de la norma jurídica, se acostumbra afirmar que un contrato es bilateral cuando no sólo una de las partes, sino ambas o todas las que sean parte o partes en el mismo, asumen obligaciones, de manera tal que, por lo mismo, no sólo una o unas de ellas quedan facultadas frente a la otra u otras que es o son las obligadas, como sucede en los llamados contratos unilaterales, sino cuando ambas pueden exigir a la otra u otras, el cumplimiento de obligaciones diversas no necesariamente interrelacionadas ni dependientes, y ambas partes con interés común en lograr un objetivo (transmitir propiedad, por ejemplo), pero debiendo una y otra hacer todo lo que la otra convencionalmente espera y tiene derecho a exigir. Están, pues, obligadas a cumplir a la otra u otras la o las prestaciones pactadas, por ejemplo, una entregar la cosa y la otra pagar el precio.

Es unilateral por su naturaleza una donación, cuando el donatario sólo tiene el derecho a exigir que se le entregue la cosa donada, por ejemplo, pero no tiene a su cargo obligación alguna, ni siquiera recibirla, ya que puede o no hacerlo, salvo que se hubiera obligado a ello, caso este último en el que por convenio, mediante la incorporación por las partes de una cláusula de las llamadas accidentales que las partes pueden o no incluir en sus convenciones, lo habrían hecho bilateral. Es bilateral por su esencia, por el contrario, una compraventa en la que, independientemente de otras obligaciones y derechos que se generan entre las partes, y del momento de su cumplimiento, el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio.

[29] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho,* Porrúa, 1984, pp. 15 y ss.

2. Bilateralidad de la obligación

Dejando de lado la utilización analógica de los términos unilateral o bilateral de los contratos, sino refiriéndolos sólo a las obligaciones de éstos, podemos confirmar que la obligación, es decir la relación jurídica, es bilateral, porque siempre habrá frente a un obligado un facultado. Sin embargo, podemos también decir que en sentido específico, esa bilateralidad esencial es genérica, es decir, que a su vez puede ésta dividirse en bilateralidad en sentido estricto y unilateralidad. A la primera se la llama también sinalagmática perfecta o estricta y sinalagmática imperfecta a la unilateralidad.

A. Sinalagmatismo

En general, suele identificarse la bilateralidad como una especie característica correspondiente a la mayoría de los contratos, por contraposición a la unilateralidad como característica de su otra especie, que corresponde a los menos de los contratos. A la primera suele llamársele también como sinalagmatismo, es decir que sinónimamente se les puede llamar contratos bilaterales o sinalagmáticos. Lo anterior tiene su apoyo en lo dispuesto por los artículos 1835 y 1836 del Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal que establecen que es bilateral el contrato en que las partes se obligan recíprocamente y unilateral en el que sólo una de ellas se obliga.[30] En otras palabras, se trata de obligaciones no sólo no interdependientes, sino también en las que el acreedor del contrato no tiene obligaciones a su cargo.

El maestro Ramón Sánchez Medal, quien profundiza en el tema, establece que para que sean verdaderamente sinalagmáticos los contratos (entendemos que se refiere al sinalagmatismo en sentido estricto), no basta que sean bilaterales genéricamente, sino bilaterales en "sentido propio o estricto o mejor dicho sinalagmático[s]",[31] y

[30] Los artículos 1835 del Código Civil para el Distrito Federal y del Federal establecen: "El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada".

Los artículos 1836 del Código Civil para el Distrito Federal y del Federal establecen: "El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

[31] Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1984, p. 79.

para ello interpreta integralmente el artículo 1836 mencionado, con el artículo 1949 de los mencionados códigos, lo que implica que son rescindibles inclusive implícitamente, no todas las obligaciones de contratos bilaterales, sino sólo aquéllas que sean recíprocas.[32]

La "reciprocidad" a que se refieren el artículo 1836 y el 1949, pareciera estar referida en el mismo plano contractual y entonces resultaría que bastaría con que hubiera bilateralidad, es decir, que una y otra parte o partes estuvieran obligadas en una misma relación contractual compleja, no sólo para que se hablara de contrato bilateral, sino para que la parte cumpliente pudiera requerir a la incumpliente la rescisión del contrato. Tal interpretación haría suponer entonces que, pactaran o no las partes la rescisión contractual por incumplimiento de una u otras obligaciones, se podría rescindir cualquier contrato por la que hubiera cumplido a la que no lo hubiera hecho, i) por ser un contrato bilateral en sentido estricto, es decir, contener obligaciones recíprocas y entonces, ii) estar "implícita" la facultad de rescindirlas.

Lo anterior, sin embargo, no aparece consistentemente dicho y a veces inclusive contradicho por diversas tesis y jurisprudencia que parecieran (además de usar algunas de ellas los términos rescisión y resolución en forma indistinta) sólo permitir la rescisión de obligaciones no tanto por ser recíprocas o sinalagmáticas perfectas o en sentido estricto (particularmente de los Tribunales Colegiados), sino requerir "el pacto comisorio expreso".[33]

[32] Los artículos 1949 del Código Civil para el Distrito Federal y del Federal establecen: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe".

[33] Registro núm. 189 425. Novena época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XIII, junio de 2001, p. 165. Tesis: 1a./J. 23/2001. Jurisprudencia. Materia(s): Civil.

PACTO COMISORIO EXPRESO. Opera de pleno derecho, sin que sea necesario que la autoridad judicial determine la procedencia o improcedencia de la rescisión del contrato (Legislación del estado de Guanajuato).

La interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 1284, 1327, 1348, 1350, 1427 y 1437 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, conllevan a establecer la procedencia del pacto comisorio en los contratos bilaterales como una manifestación de la voluntad negocial de las partes que tiene por objeto la adquisición, por ellas, de una facultad potestativa de rescindir total o parcialmente el contrato en virtud del incumplimiento injusto de las obligaciones consignadas en el pacto, cuyo ejercicio produce, de pleno derecho, la rescisión del contrato, lo que no es contrario al principio que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, puesto

a) Sinalagmatismo imperfecto

Será sinalagmáticamente imperfecta o unilateral la obligación (pero no necesariamente el contrato del que forme parte) que no tenga una correspondiente cuyo incumplimiento o el de ésta, impida el cumplimiento de la otra. En tal caso, la parte que deba cumplir con

---

que al ser las partes las que pactan libremente la manera de resolverlo, no es preciso que la autoridad judicial determine la procedencia o improcedencia de la rescisión del contrato, en la inteligencia de que la oposición de la parte que incumple al reconocimiento del ilícito, podrá determinar la intervención judicial para el solo efecto de declarar la existencia o inexistencia del mismo.

Ante tal al menos aparente contradicción, y aplicando un principio de interpretación integral del articulado de los propios códigos civiles, confrontado aun con la jurisprudencia y precedentes citados, se hace indispensable entonces diferenciar el contexto o nivel en que el concepto de reciprocidad se usa en los mencionados artículos.

Contradicción de tesis 61/99-PS. Entre las sustentadas por el Primer y Cuarto Tribunales Colegiados del Décimo Sexto Circuito. 7 de febrero de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Teódulo Ángeles Espino.

Tesis de jurisprudencia 23/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de diecisiete de abril de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Registro núm. 273118. Sexta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta Parte, I, p. 119. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

PACTO COMISORIO. El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece con el tácito en que el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no pudo rescindir por sí y ante sí el contrato tan sólo porque la otra haya dejado de cumplir con las obligaciones del propio contrato le impuso.

Amparo directo 6803/55. México Tractor and Machinery Company, S.A. 15 de julio de 1957. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Castro Estrada. Ponente: Gabriel García Rojas.

Véase: *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis relacionada con la jurisprudencia 108, p. 312, bajo el rubro "PACTO COMISORIO".

Es aquí entonces que, como se había anticipado, debe diferenciarse entre la bilateralidad del contrato y la bilateralidad interrelacional de las obligaciones de éste, para de esta manera salvar la mencionada contradicción.

Registro núm. 339 107. Quinta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXX, p. 613. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

RESCISIÓN PRIVADA DE LOS CONTRATOS. El artículo 1949 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales dispone: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita

la sinalagmática imperfecta o unilateral, jamás podrá retener su cumplimiento, ni siquiera cuando su contraparte no cumpla o difiera su cumplimiento.

Ello sí iría efectivamente contra el principio general de derecho: "nadie puede hacerse justicia por propia mano". Y será ésta la regla general, sea porque conforme a la ley no tengan carácter recíproco o porque las partes no lo hayan convenido de esa manera.

---

en las recíprocas, para el caso de uno de los obligados no cumpliere lo que incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible". Ahora bien, de la redacción de este artículo se desprende que, cuando hay pacto expreso, no es necesario que la resolución se dicte por el juez, sino que puede hacerla la parte perjudicada y, si la contraparte no está conforme y no acepta las consecuencias de la rescisión, éstas son las únicas que deben demandarse judicialmente. Es necesario distinguir en los contratos bilaterales entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa. La primera existe implícitamente, según el mencionado artículo 1949 del Código Civil, en todas las obligaciones para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, pero su eficacia se traduce en que la parte perjudicada tiene la facultad de demandar la resolución del juez. La condición resolutoria expresa, por el contrario, resuelve el contrato de manera privada, *ipso iure*, sin necesidad de declaración del juez. Por lo tanto, cuando en el contrato bilateral expresamente se dispone la facultad de una de las partes de declarar la rescisión en caso de incumplimiento de la contraparte, la intervención del juez es necesaria pues en realidad el incumplimiento equivale a una condición resolutoria. La interpretación anterior no pugna contra los artículos 6o., 7o., 8o. del Código Civil ni contra el artículo 17 de la Constitución, pues no entraña el que un particular se haga justicia por sí mismo, ni se ejerce violencia para reclamar un derecho. Es una condición resolutoria que depende de la voluntad de los particulares y, si se hace en términos claros y precisos, entraña una renuncia a derechos privados que no afectan directamente el interés público.

Amparo directo 6945/55. Compañía de Fianzas México, S. A. 30 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Hilario Medina.

Si partimos de la base de que la obligación jurídica es bilateral por esencia, es decir, impero-atributiva, o sea que en ese vínculo jurídico, frente al facultado habrá siempre un obligado, a diferencia de la obligación moral que como se ha dicho, solamente impone deberes, pero no confiere derechos y por ello es contrastantemente por esencia sólo imperativa, tendremos que reconocer que siendo siempre bilateral la jurídica, la bilateralidad de la primera puede a su vez diferenciarse o hacerse clasificable.

Habrá ocasiones en que el incumplimiento de una de las obligaciones en esa relación jurídica cuando es múltiple y no sencilla (como sucede la mayoría de las veces), a cargo de una de las partes en esa relación jurídica, no dificulta y mucho menos imposibilita a la contraparte a cumplir la o las suyas.

Registro núm. 202464. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, III, mayo de 1996, p. 669. Tesis: I.6o.C.54 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

PACTO COMISORIO, TÁCITO Y EXPRESO, DEBE ENTENDERSE APLICABLE PARA AMBOS, EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, DADO QUE EL CONCEPTO Y

b) Sinalagmatismo perfecto o estricta bilateralidad

Serán, por el contrario, obligaciones de estricta bilateralidad o sinalagmáticas perfectas, aquéllas cuyo incumplimiento imposibilita jurídicamente a la otra parte en la relación contractual para cumplir con alguna de las suyas. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que

---

EFECTOS DE UNO Y OTRO, SON LOS MISMOS. Aunque el artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, se refiere sólo al pacto comisorio tácito, el supuesto que contempla dicho numeral, debe también entenderse aplicable al pacto comisorio expreso, si se toma en consideración que el concepto de uno y otro, son los mismos, con la salvedad de que mientras el invocado precepto que habla de las partes, sobreentiende la existencia del primero, en los contratos sinalagmáticos, el segundo, se encuentra previsto y regulado expresamente en el acuerdo de voluntades; sostener lo contrario, sería admitir que el cumplimiento de la obligación, queda al arbitrio de cada uno de los contratantes, lo que pugna con lo dispuesto por el artículo 1797 del ordenamiento legal invocado.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1906/96. Sucesión de José de Jesús Núñez y Núñez. 25 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.

Por ejemplo, el hecho de que en el caso de una compraventa en que no hubiera pacto en contrario al respecto, el comprador no pague el precio, ese incumplimiento en general nunca le permitiría al vendedor no entregar la cosa al comprador. Sin embargo, si comprador y vendedor hubieran convenido que el comprador debería entregar el precio al vendedor para que este último pudiera rescatarla de un acreedor prendario o un tercero a quien se la hubiera entregado, resultará obvio que para que el vendedor pueda entregar la cosa, necesitará recibir el dinero del comprador.

Registro núm. 213197. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XIII, marzo de 1994, p. 413. Tesis: XXI.2o.34 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

PACTO COMISORIO EXPRESO. EFECTOS DEL, EN LOS CONTRATOS CIVILES. De conformidad a lo establecido en el artículo 1949, del Código Civil del Estado de Guerrero, que estuvo en vigor hasta el dos de marzo de mil novecientos noventa y tres, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, por esta razón, a dicha facultad resolutoria la doctrina le denomina pacto comisorio tácito, en virtud de que va implícita y se sobreentiende en los contratos bilaterales. Sin embargo, también existe el pacto comisorio expreso, esto es, cuando los contratantes establecen dicha facultad en alguna de las cláusulas del acuerdo de voluntades, y el mismo es legítimo, porque, en términos de los artículos 1832 y 1839 de la mencionada ley civil, en materia de contratos, la voluntad de las partes es ley suprema, ya que éstas pueden incluir las cláusulas que estimen convenientes, además que, en los contratos civiles, cada uno se obliga en la forma y términos que aparezcan que quiso obligarse. En ese orden de ideas, contrario a lo que acontece con el pacto comisorio tácito, a virtud de expresa cláusula resolutiva, el contrato se resuelve, o se da por terminado, automáticamente, por el solo hecho del incumplimiento de una de las partes a lo que se obligó; es decir, por el hecho de que en la realidad se actualicen algunas de las causas convenidas con motivo de rescisión,

un donatario que se hubiera obligado a recibir un inmueble interior para a su vez cumplir con una obligación previamente asumida por el propio donatario con un tercero o con el propio donante, de donar dicho inmueble interior junto con el exterior o rodeante del primero para el desarrollo de un proyecto de beneficencia. El donatario no podría, después de así haberlo convenido, rehusarse a recibir el bien,

---

sin la intervención de los tribunales para ese efecto; dicho de otra manera, por efecto del pacto comisorio expreso, las partes contratantes adquieren la facultad de rescindir por sí y ante sí el contrato, tan sólo por el hecho de que su contratante haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

La interrelación de las obligaciones en este último caso resulta evidente, no es que el vendedor no quiera entregar la cosa, es que no estará obligado a hacerlo, si no recibe el precio de parte del comprador. De ahí la diferencia entre las obligaciones bilaterales imperfectas y las perfectas o de estricta bilateralidad y las de las consecuencias jurídicas secundarias que naturalmente se derivan de unos y otros incumplimientos.

Amparo en revisión 324/93. Alfa Castillo Castañón, Rossana, Alejandra y Alfa Lidia Guillén Castillo. 20 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Martiniano Bautista Espinoza. Secretario: Javier Cardoso Chávez.

Registro núm. 224904. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, VI. Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 449. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

ARRENDAMIENTO, CONSECUENCIAS DEL PACTO COMISORIO EXPRESO O TÁCITO CON RESPECTO A LA OCUPACIÓN. El pacto comisorio es la condición resolutiva que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el supuesto de que uno de los contratantes no cumpla con su obligación, según lo establece o se desprende del contenido del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, y por esa razón la doctrina lo denomina tácito en virtud de que la condición resolutiva va implícita y se sobreentiende en los contratos bilaterales. También existe el pacto comisorio expreso y es legítimo, ya que en virtud de él, y al contrario de lo que acontece con el tácito, el contrato se resuelve automáticamente por el solo hecho del incumplimiento y sin intervención de los tribunales; por lo tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, resulta evidente que una de las partes no puede rescindir por sí y ante sí el contrato tan sólo porque la otra haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso; por consiguiente, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, da derecho a la otra a pedir ante los tribunales la resolución o rescisión del contrato sinalagmático (Rescisión del Contrato, artículo 2483, fracción IV, 2300 y 2781); sin embargo, aun procediendo la resolución o rescisión del contrato de arrendamiento sea a consecuencia de pacto comisorio expreso o tácito, la continuación de la ocupación del bien inmueble arrendado en contra de la voluntad del arrendador no resulta ilícita, pues debe tenerse en cuenta que la causa que dio origen a dicha ocupación fue precisamente el contrato de arrendamiento base de la acción, en el que se convino el pago de una determinada cantidad de dinero por el uso del bien a título de renta y el hecho de que la parte arrendataria no haya desocupado el inmueble una vez que feneció la relación contractual, de ninguna manera torna en ilícito el uso que se siga haciendo del inmueble, pues si bien un contrato que fue celebrado válidamente y surtió sus efectos puede quedar

pues tienen él o el donante, una obligación asumida previa, pero sobre todo, hay un tercero cuyo derecho a recibir el conjunto de bienes no puede verse afectado por la sola voluntad de sus deudores.

Existe un principio generalísimo del derecho por el que las obligaciones jamás son renunciables y su renuncia es ineficaz. Inclusive los propios derechos jamás lo serán tampoco, cuando dicha renuncia coloque al deudor en condiciones de incumplimiento de sus propias obligaciones. Pensemos ahora en el caso de deudor que para evitar pagar a sus acreedores en condiciones de insolvencia o quiebra, no cobra los pasivos a su favor y a cargo de sus deudores. El derecho rechazará y hará siempre ineficaz tal renuncia y de una u otra forma hará que esos bienes ingresen al patrimonio del deudor, aun contra su voluntad, o facultará a los acreedores del mismo, para que se cobren de tal adeudo con y sin la voluntad de tal deudor.

Si eso es así en el campo de la libre contractuabilidad, con mayor razón será de la misma manera en aquellos casos en que el legislador por razones de orden público así lo ordene, y no deje a los particulares por la misma razón la oportunidad de pactar en

---

rescindido o resuelto, debe considerarse que en materia de arrendamiento subsiste la ocupación en atención a que este contrato es de naturaleza especial por ser de tracto sucesivo y depender de un término y prórrogas legales o convencionales, lo que motiva que el inquilino continúe en el uso del inmueble hasta la ejecución de sentencia sin incurrir en hecho ilícito, pero con la obligación de continuar con el pago del precio del arrendamiento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 262/90. Esperanza Heredia viuda de Orozco. 17 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Joaquín Herrera Zamora. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

Registro núm. 240979. Séptima época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 109-114. Cuarta Parte, p. 39. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

CONTRATOS. PACTO COMISORIO TÁCITO. El pacto comisorio es la condición resolutiva que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla con su obligación, como lo establece o se desprende del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, y por esta razón la doctrina le denomina "tácito", en virtud de que la condición resolutiva va implícita y se sobreentiende en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, puesto que si una de las partes no cumple con su obligación, la otra no debe quedar obligada y puede pedir la resolución del contrato.

Amparo directo 2792/77. José Tame Shear. 12 de abril de 1978. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

Nota: En el Informe de 1978, la tesis aparece bajo el rubro "CONTRATOS. PACTO COMISORIO TÁCITO. LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL".

Genealogía: Informe 1978, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 43, p. 34. Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis relacionada con jurisprudencia 108, p. 309.

forma diferente. Tal cosa sucede por mandato de ley en los casos mencionados, por ejemplo, del deudor alimentario que conviene en no cumplir con su obligación y del acreedor que decide no ejercer sus derechos, o sea, no cobrar las deudas a su favor, para no pagar a sus acreedores.

Es por la misma razón, como apuntábamos más arriba, haciendo referencia al maestro Sánchez Medal, que el artículo 1949 de los mencionados códigos civiles, en protección del deudor cuya contraparte incumple la obligación interrelacionada a su cargo, permite al primero, rescindir la suya, pues no puede mantenerse en situación de espera indefinidamente hasta que dicha contraparte decida cumplir.

Así es como hay que leer el primer párrafo del mencionado artículo del Código Civil, que prevé: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe".

En el análisis de los elementos de la hipótesis normativa contenida en el artículo 1949 mencionado, en primer lugar, aunque no por el orden del texto, hay que destacar que el artículo se refiere no al caso de cualquier tipo de obligaciones, sino sólo a las "recíprocas", es decir a las interrelacionadas, pero no a las unilaterales, tampoco, desde luego, a las bilaterales sinalagmáticas imperfectas. Como segundo elemento de la misma hipótesis, se refiere al incumplimiento de ese tipo de obligación ("la que le incumbe"), es decir, de las recíprocas o interrelacionadas, porque es esa interrelación la que hace que aun queriendo cumplir, el deudor se encuentra imposibilitado, debido a que su contraparte no hace lo propio y entonces ese deudor tampoco tiene, aunque quiera, que cumplir con la suya.

La consecuencia jurídica prevista en la norma legal mencionada, de realizarse la hipótesis en plenitud [i) incumplimiento de obligación y ii) de naturaleza recíproca], es la facultad de resolverla, o mejor dicho, de rescindirla aunque no se hubiera pactado expresamente por parte del que no ha incumplido, pues dicha facultad se tiene por sobreentendida es decir, está implícita como dice la ley, y puede ser requerida, utilizada y aplicarse, sin necesidad de demandarla en los tribunales, no obstante que su ejecución misma, a falta de asunción voluntaria del incumpliente, pero sólo para su ejecución o cumplimiento forzado, mas no para su evaluación y determinación de actualización del supuesto por el juez. Cosa distinta

sucedería en el caso de obligaciones bilaterales no interrelacionadas o sinalagmáticas imperfectas, en las que sólo el juez habrá de declarar en su caso, la procedencia de la rescisión y subsecuentemente, su ejecución.

No es el caso del vendedor que no quiere entregar la cosa vendida porque el comprador no le ha pagado el precio, pues la interrelacionalidad no resulta del mero consentimiento de las partes, sino que depende de la naturaleza de las cosas. Pueden pactar las partes, por ejemplo, que alguien a quien se dé un poder, lo ejerza si se le entrega un dinero para comprar un inmueble, de tal manera que sin el dinero, no pueda ejercer tal poder. En ese caso, el ejercicio del poder por sí mismo, con independencia de que lo pacten así las partes, se vuelve inejercitable sin la entrega del dinero. La interrelacionalidad de las obligaciones, de ejercer el poder y de la entrega del dinero se da por sí misma, aunque derive de la voluntad de las partes, pero otra vez deriva primariamente de la naturaleza misma de la relación jurídica, la imposibilidad de ejercitarlo sin la entrega del dinero. Es el interés jurídico prevaleciente y su ubicación en uno u otro de los sujetos o de un tercero diverso del deudor mismo de la obligación, lo que justifica la rescindibilidad de la obligación.

Exactamente ello es lo que sucede en el caso del mandato irrevocable. El mandante no puede rescindir aunque quiera, cuando en la obligación subyacente el verdadero beneficiario de la misma no es el propio mandante, sino un tercero o el mandatario. Lo que sucede es que el mandatario no puede cumplir con el ejercicio del mandato, sino en tanto el mandante no incumpla con dicha obligación de no revocar el mandato. Piénsese otra vez en aquel mandatario que para ejercer su mandato requiere de recursos económicos del mandante, para liberar un bien de un gravamen, para poderlo vender por cuenta del mandante. La obligación de entregar el dinero para poder liberar el bien, es recíproca de la de venderlo; por lo tanto, la falta de entrega del dinero por el mandante imposibilita al mandatario para cumplir; luego, siendo recíprocas ambas obligaciones, el mandatario podrá rescindir (resolver) su obligación y quedar liberado, pues de otra manera, quedaría indefinidamente obligado e imposibilitado de cumplir. Se entiende que habiendo incumplimiento de la recíproca, la facultad de rescindirla está implícita, por disposición de ley.

V. La irrevocabilidad del mandato como protección jurídica diversa convencional

En términos de ley, es de la esencia del mandato el derecho a terminarlo; la revocación que como regla general, es además irrenunciable para el propio mandante. No se exige al mandante ni forma ni tiempo alguno para hacerlo.[34] La excepción legal a dicha irrevocabilidad la constituye el mandato llamado irrevocable por la propia ley, y lo contempla exclusivamente, para dos casos, "...aquéllos en que se hubiere (*sic*) estipulado como condición de un contrato bilateral o como un medio para cumplir con una obligación contraída".

Queda claro, por una parte, que el mandatario no puede, por regla general, oponerse a la revocación del mandato que le hubiera conferido el mandante. Podrá tener otras formas de remediación de tal revocación, tal como el pago de daños y perjuicios quizá, pero jamás prosperaría su oposición al derecho de revocación del mandante. Por excepción *numerus clausus*, en términos de ley, el mandatario sólo podría oponerse a la revocación en los dos casos mencionados. Es decir, que en estos dos últimos casos, pero legalistamente sólo en estos dos, las partes podrían convenir y ubicarse en ellos efectivamente para que la protección jurídica o el interés jurídico a proteger sea diverso, mas no porque las partes convengan libremente que el poder sea irrevocable, sino porque libremente conviene en ubicarse en los supuestos limitativos de ley mencionados. Esto es, sólo que se otorgue el mandato como condición en un contrato bilateral o como medio para el cumplimiento de una obligación.

1. Hipótesis de irrevocabilidad

La irrevocabilidad del mandante parece sólo ser convenible en dos casos y a manera de excepción solamente. El lenguaje utilizado por el legislador en los códigos civiles Federal y del Distrito Federal no parece haber tenido otros alcances. Si hubiera sido esa la intención

[34] Los artículos 2596 del Código Civil para el Distrito Federal y del Federal establecen: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída".

razonada del legislador o su limitada capacidad para haber descubierto la norma superior que impide que indiscriminadamente se permita tal irrevocabilidad es algo difícil de determinar, más aun cuando la exposición de motivos del código civil vigente para nada se refiere al tema. Literalmente constituía una innovación, como lo señalan algunos autores, no obstante que respecto de sus códigos predecesores resultó un retroceso a la libre voluntad razonable como suprema ley de los contratos.

A. Condición de contrato bilateral

El primero de los dos supuestos de excepción previstos en ley para poder invertir el interés jurídico protegible del mandante al mandatario y así impedir su revocación (consecuencia restrictiva de un derecho de revocación propio de una cláusula contractual natural o supletoria de la voluntad de las partes), lo constituye el hecho de que las partes lo convengan como una condición en un contrato bilateral. Es decir, que en un contrato en el que haya obligaciones para ambas partes (bilateral), se establezca que para que éste inicie su vigencia o el cumplimiento de alguna de sus obligaciones al menos pueda ser exigible, debió haberse otorgado un poder, por haberlo así convenido las partes.

En este caso, ha sido tal la voluntad de las partes contratantes. Ha sido motivo determinante de su voluntad condicionar al otorgamiento del poder irrevocable, la eficacia de una, varias o la totalidad de las obligaciones materia de un contrato bilateral. Obviamente habrá que entender que el vocablo condición no tiene técnicamente en este caso el significado que le atribuye el Capítulo Primero, Título Segundo de los códigos civiles Federal y del Distrito Federal como modalidad de las obligaciones, o bien que la obligación de otorgarlo del poderdante como deudor, no pueda ser puramente potestativa, pues en términos del artículo 1944 de los códigos civiles mencionados, sería nula.

Habrá que suponer que independientemente del incentivo subjetivo del otorgante del poder irrevocable, diverso quizá a su voluntad jurídica para obligarse a conferir el mandato, éste ha determinado que para cumplir con su obligación subyacente, quiere que su contraparte, a quien ha conferido un derecho, lleve a cabo algún acto que el poderdante no desea o no le resulta conveniente ejecutar el mismo, y que dicha contraparte no puede ejercer sin un poder del mandante.

Tal sería en otro ejemplo, el caso de un contrato de donación en el que el donante, que habiéndose obligado a donar, decida que sea el donatario quien rescate o recupere el bien donado de la situación jurídica en que se encuentre, bajo la cual el donante no tenga la plena disponibilidad de la misma y no quiera asumir la obligación de entregarla y el donatario no pueda ejercer su derecho como donatario o lo podría hacer quizá con enorme dificultad. También sería el caso similar en el que el donatario esté dispuesto a recuperar conjuntamente con el bien donado, otro que el donante desea retener para él.

Es obvio que en estos casos, la bilateralidad estricta del contrato, como lo exige la ley para que el poder pueda ser irrevocable, no deriva primariamente de la naturaleza del mismo, sino de la voluntad de las partes que actualizan una hipótesis normativa de ley y deciden legítimamente que pueden darle ese carácter de bilateral.

B. Medio de cumplimiento de obligación contraída

El único otro supuesto previsto en la ley para que un poder pueda ser irrevocable, es precisamente el del poder que constituye un medio inevitable para el cumplimiento de una obligación contraída. Es el caso del obligado a hacer algo respecto de un derecho sobre el que no tiene facultad o valga la redundancia, poder alguno. Es mucho más fácil identificar éste que el otro supuesto –condición de un contrato bilateral de irrevocabilidad–. En este caso, el apoderado no requiere del poder para hacerse de un derecho, sino para deshacerse, mejor dicho, cumplir con una obligación a su cargo. Esto, visto desde el punto de vista de la relación jurídica del poder solamente, con independencia de las otras obligaciones que de la relación contractual general o global entre las mismas partes, puedan derivarse.

Ya hemos mencionado ejemplos de esta hipótesis, pero para efecto de reubicación del lector baste mencionar el caso de un constructor que ha asumido con el dueño del inmueble a desarrollar, la obligación de obtener un crédito y ya lo ha negociado, pero debe serlo con garantía hipotecaria del propio inmueble, con lo cual dicho dueño ya está de acuerdo. Es evidente que para obtener el crédito con garantía hipotecaria necesita como medio para obtener dicho crédito, un poder

que habrá de ser irrevocable, pues de otra manera no podría cumplir con la obligación de conseguirlo.

C. Diferenciación y similitud de los supuestos legales para otorgamiento de poderes irrevocables

No resulta difícil confundir los supuestos legales de otorgamiento de poderes irrevocables. Particularmente porque cuando se incluye en un contrato bilateral la condición de otorgar un poder irrevocable, de una manera u otra, la existencia y subsistencia de ese poder, pueda ser indispensable para que el apoderado cumpla con una obligación asumida, y entonces, aunque se hubiera pactado que el otorgamiento de ese poder sea condición, inclusive para el surtimiento de efectos del contrato bilateral respectivo, al final, el poder se utiliza en ese caso también como medio para el cumplimiento de una obligación.

Regresemos al ejemplo de la donación en la que el donante desea donar el bien, pero no quiere asumir la obligación de él recuperar el bien o desea que el donatario recupere a la vez uno del donante y el que retendrá el donatario. Pareciera que el poder es irrevocable, porque de otra manera el donatario difícilmente podría cumplir con la o las obligaciones de recuperarlos, y entonces resultaría que estaríamos en el supuesto del irrevocable que constituye un medio para el cumplimiento de una obligación. La diferenciación pareciera sutil. En realidad, lo que debemos hacer es diferenciar con mucho cuidado de qué obligación estamos hablando o a cuál nos estamos refiriendo, de las diversas que se generan en toda relación jurídica entre las partes. Como sabemos, prácticamente toda relación jurídica es compleja o múltiple y en virtud de ella, las partes resultan acreedores de unas y deudores de otras obligaciones. Piénsese en una compraventa en la que el vendedor es acreedor del precio, pero deudor de la entrega de la cosa, en tanto que el comprador es a su vez deudor de precio, pero obligado a recibir la cosa.

Una vez más, tomando nuestro ejemplo de la donación pareciera que el donatario requiere del poder irrevocable para que la donación sea eficaz, para recuperar el bien donado y el que debe entregar al donante. Pareciera también que lo que sucede es que en el caso de recuperación del bien donado, la falta de otorgamiento del poder haría ineficaz el contrato bilateral, pues al incumplirse la condición

(otorgamiento del poder) el cumplimiento de la obligación de recuperación del bien se vuelve prácticamente imposible. Sin embargo, si la condición de la donación fuera la recuperación del otro bien que el donatario conseguirá para el donante, entonces sí, el donatario tendría ya un interés jurídico prevaleciente, consistente en la donación a su favor, que el donatario no podría actualizar si el donante revocara el poder.

Resulta indispensable identificar e individualizar la relación jurídica subyacente al poder para determinar si el efecto inmediato de su revocabilidad es la ineficacia del contrato bilateral condicionado o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación a cargo del apoderado.

En el ejemplo de la donación, será lo primero la condición respecto del bien donado y será lo segundo respecto del bien que el llamado donatario debe recuperar para el poderdante donante.

Si esto es así, podremos hacer otra diferenciación entre uno y otro supuesto. En el caso del poder irrevocable, que es condición en un contrato bilateral, el o los derechos que resultarían del contrato bilateral no surgen para el que debe otorgar el poder e incumple la obligación a su cargo de hacerlo. En el caso de poder. medio necesario para el cumplimiento de la obligación, no sólo debería quien fuera a ser nombrado apoderado, tener el derecho de exigir su otorgamiento, sino que la revocación del mismo debiera, en todo caso, ser ineficaz, pues se habría generado un interés jurídico irrevocable para dicho apoderado.

La similitud o semejanza de ambos supuestos se encuentra en la norma superior que, aunque implícita, está presente en ambos casos y consiste en que se ha generado un interés jurídico para el apoderado y con ello, un derecho para él que el poderdante ya no puede unilateralmente revocar. Requiere el mandante del concurso de la voluntad del apoderado.

2. Incumplimiento de la obligación de irrevocabilidad

Sin perjuicio del interés jurídico subyacente generado a favor del apoderado que haya motivado la obligación de otorgamiento del poder irrevocable, el incumplimiento de la obligación de no hacer,

consistente en no revocarlo, debe tener una sanción. Jurídicamente la sanción perfecta, la que mejor provee al orden jurídico, es el mantenimiento o restablecimiento de la situación jurídica persistente a la del incumplimiento. Es a la que tanto el legislador como el juez que se precien de serlo, deben proveer. En otras palabras, tantas veces como sea posible jurídicamente restablecer la situación prevaleciente a la ruptura del orden jurídico, tanto el legislador como el juez deberán hacerlo, mediante el establecimiento o la aplicación de las medidas necesarias para la ordenación del cumplimiento forzoso de la obligación asumida o restitución del orden jurídico, y con ello la subsanación de la ruptura del propio orden jurídico derivada del incumplimiento de la norma obligacional. En otras palabras, la norma preferente sancionatoria o responsabilitoria del incumplimiento no lo será, salvo que ello sea material o jurídicamente imposible, el resarcimiento o indemnización ni el castigo, sino el deshacimiento del entuerto.

3. Consecuencias del incumplimiento

Hipotéticamente y con independencia de las deficiencias de los textos legales positivos, es posible determinar que el incumplimiento de la obligación negativa de no hacer, consistente en el caso, en la contravención a la irrevocabilidad convenida del poder, pueda ser sancionada con ineficacia o con indemnización mediante el pago de daños y perjuicios por parte del incumpliente de la misma. Sería, sin embargo, importante que el legislador determinara la efectividad del medio utilizado para lograr el fin buscado, es decir, en este caso el cumplimiento de los pactos asumidos,[35] el respeto y mantenimiento a toda costa del orden jurídico legislador.

A. Daños y perjuicios por incumplimiento

Como ya se analizó arriba (ver apartado III C 2 a de este mismo artículo), con carencia de técnica más que por haberlo así decidido, aparentemente el legislador del Código Civil de 1928, previó inex-

[35] Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, Fontamara, 1997, pp. 64 y 65.

plicablemente, en el artículo 2596 que la revocación del poder irrevocable tendría como consecuencia el pago de daños y perjuicios.[36] Ello debido a que, seguramente en forma inadvertida, al incorporar en el proyecto de artículo, la excepción a la revocabilidad del mandato, como un segundo supuesto, pero de excepción en la segunda parte del primer párrafo, y no como otro artículo o al final del mismo, por ejemplo, pareciera también resultarle aplicable al irrevocable, la consecuencia jurídica atribuible tanto a la renuncia del poder como a su revocación, sin distinción alguna. Tal consecuencia fue la indemnizatoria por el daño y perjuicio causado por el apoderado al poderdante con su renuncia, como al apoderado por el poderdante, cuando el primero ha llevado a cabo ciertas actuaciones en ejercicio del mismo.

Es un error de técnica jurídica, mandatoriamente subsanable por el juez, lo que hace contradictoriamente suponer que un mandato no sólo denominado irrevocable, sino convenido como tal, pueda ser revocado. La voluntad manifiesta de las partes, que no contraviene el orden o interés público en forma alguna, bajo ninguna circunstancia puede quedar subordinada a la voluntad del legislador y mucho menos a su voluntad equívoca.

B. Ineficacia de la revocación

Lo que habría hecho un legislador cuidadoso y consciente, habría sido normar de mejor manera la institución del mandato irrevocable en ese aspecto, y no decir cuál sería el efecto de la revocación del mandato convenido por las partes como irrevocable, con lo que evidentemente cualquier juez razonablemente sensato habría resuelto que la revocación del mandato irrevocable sería ineficaz.

Esa sería la mejor sanción al poderdante incumpliente de la obligación asumida. El obligado, que por su sola y unilateral voluntad, pretende afectar los derechos que su libre voluntad obligante generó

[36] Los artículos 2596 del Código Civil para el Distrito Federal y del Federal establecen: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos, tampoco puede el mandatario renunciar el poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause".

ya a su contraparte y que sin la voluntad de esta última, no puede "premiársele" con el derecho a indemnizar en lugar de cumplir. Los derechos de su acreedor jamás podrán ser vulnerados sin el consentimiento del mismo.

Prohibir expresamente la revocación del mandato irrevocable habría mostrado la ignorancia de la verdadera técnica jurídica por parte del legislador, pero al menos no habría generado la inseguridad jurídica que su descuido ha producido, al hacer suponer a abogados meramente lectores de los textos legales, pero igualmente ignorantes que los legisladores, que no existen los poderes irrevocables.

Es, pues, la ineficacia, la sanción o consecuencia natural del incumplimiento de la obligación asumida, es decir, de la revocación del mandato irrevocable.

VI. Aplicabilidad del poder irrevocable a supuestos distintos a los regulados en el derecho positivo legislado y jurisdiccionado. Inaplicabilidad por el mero consentimiento del mandante y mandatario ausente de un interés jurídico legítimo prevaleciente

Si hemos concluido que la naturaleza jurídica del poder irrevocable no pudo haber sido la de una mera excepción provisional a la regla general que da al irrevocable una existencia efímera, sino que lo es la prevalencia del interés jurídico superior del mandatario o de un tercero sobre el del mandante, necesarísimamente habremos de concluir también que puede haber otros casos distintos al de i) la condición de un contrato bilateral o ii) medio necesario para el cumplimiento de una obligación, en los que presentándose un interés jurídico superior sobre el del mandante, será válido el mandato irrevocable. Es decir, que en ese "conflicto de derechos" existente en toda relación jurídica al que se refirió Von Ihering, el subordinante es el contenido en la norma generalmente implícita superior, al específicamente legislado, que se descubre al identificar el bien jurídicamente tutelado de mayor jerarquía.

Podemos hablar, por ejemplo, del donatario de un contrato unilateral por su propia naturaleza, en el que el mandante –donante–, dona

al mandatario un bien en posesión de un tercero bajo la condición de que el mandatario primero lo recupere. Ante la discusión de si el contrato principal entre las partes es de naturaleza unilateral y que por lo mismo el poder otorgado para recuperar el bien, pueda ser por esencia revocado en cualquier tiempo por el mandante, o si, por el contrario, se trata de un contrato complejo entre ellas, no sólo de donación, sino también de mandato que hace que la relación jurídica totalizadora entre ambas partes sea bilateral, inclusive en sentido estricto, resulta mucho más congruente concluir que es: i) la ausencia de un interés público (por esencia superior al individual de cada una de las partes) que pueda verse afectado por la contratación de esos particulares; ii) la presencia de dos derechos opuestos entre contrapartes, el de revocar el mandato generalmente esencial al otorgante para impedir que alguien pueda disponer de sus derechos patrimoniales, y el del mandatario para poder cumplir una obligación cuyo incumplimiento, derivado de la revocación del poder que le había sido conferido que le acarrea la pérdida de un derecho que de otra manera le habría subsistido, y iii) la prevalencia o superioridad jerárquica del derecho subyacente generado a favor del mandatario por la norma primaria u obligacional, lo que justifica la irrevocabilidad del mandato.

Pudiera pensarse que la consecuencia indemnizatoria prevista en ley en la norma secundaria o sancionatoria para el mandante revocante, consistente según el texto positivo, en el reembolso de los gastos erogados por el mandatario y el pago al mismo de los daños y perjuicios en su caso generados al mandatario en el ejercicio de su mandato y con motivo de la revocación del poder, restablecerían el entuerto o ruptura del orden jurídico derivado de la revocación. Sin embargo, el derecho siempre habrá de preferir el mantenimiento del orden jurídico mediante la búsqueda del cumplimiento de las obligaciones legítimamente contraídas, que su resarcimiento. Dicho resarcimiento sólo habrá de tener aplicación cuando, como lo establece el artículo 1949 de los códigos civiles Federal y del Distrito Federal, la parte afectada cumpliente lo renuncia, o aunque no renuncie al cumplimiento, resulte éste materialmente imposible y la única solución sea la aplicación indemnizatoria o resarcitoria de la norma secundaria o sancionatoria, sin perjuicio de otro tipo de sanciones llamadas castigo, por ejemplo, una multa en los casos que resulten aplicables.

Eduardo García Máynez expresa esta idea al explicar la naturaleza jurídica del derecho subjetivo público y absoluto de libertad, como un derecho no autónomo, sino dependiente o fundado, y lo define como "...la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota con la posibilidad normativa de cumplir con un deber".[37] En otras palabras, dice con razón, que inclusive un derecho se vuelve irrenunciable en aquellos casos en que su no ejercicio colocaría al facultado en incumplimiento de un deber normativo prevaleciente o predominante sobre su derecho de renuncia al ejercicio o no ejercicio de sus facultades. Tal sería, por ejemplo, el caso de un sujeto que teniendo a su cargo una obligación alimentaria, renunciara a su derecho a percibir algún ingreso, cuando dicha renuncia lo colocará en situación de incumplimiento de dicha obligación alimentaria. La renuncia a su derecho al ingreso, resultará, en ese caso, a todas luces jurídicamente ineficaz.

De la misma manera, el mandante que optara por revocar un poder convenido como irrevocable, y con ello incumplir con una obligación subsecuente a su cargo, que a su vez impide al mandatario cumplir con una obligación subyacente asumida frente al mandante o actualizar un derecho del propio mandatario, constituye "un derecho" respecto del cual el mandante no tiene la facultad de decidir no ejercerlo, pues dicha facultad no se agota en sí misma sin afectación jurídica de los derechos de un tercero (incluyendo al mandatario), ya sean de hacerse legítimamente de algo, o del derecho a cumplir con su obligación, o de ambos. Es decir, como explica García Máynez, *a contrario sensu*, su ejercicio sí imposibilita el cumplimiento de un deber.

No sería, sin embargo dable, proponer que sea el solo consentimiento de mandante y mandatario, el que determine la naturaleza irrevocable de un mandato, sino la existencia de un interés jurídico superior de orden público, manifestado a través de un derecho adquirido por el mandatario o que tiene derecho a adquirir y para lo cual requiere ejercer el mandato otorgado y su contrapartida, la imposibilidad del mandante de unilateralmente dejar sin efecto una obligación subordinada a un derecho de su contraparte a su cargo,

[37] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1984, p. 222.

que él mismo ya asumió, lo que constituye el verdadero fundamento, en todo caso, de la irrevocabilidad del mandato. Es por ello que, por ejemplo, si un mandante y un mandatario convinieren que el poder que el primero otorgara al segundo para que este último pagara los impuestos del primero sin obligación o derecho subyacente distinto alguno, dicha irrevocabilidad así convenida sería ineficaz y el mandante podría revocarlo, debido a que al mandatario no se le ha generado interés jurídico superior alguno o derecho cuya revocación pudiere ser dada sin su consentimiento, ni el incumplimiento de la obligación malamente convenida de no revocar, habría generado en el mandatario afectación alguna. En este caso, no habría razón para preferir el mantenimiento de lo convenido por las partes (la no revocación del poder) sobre el derecho a hacer la revocación por el mandante que en nada como tal afectaría al mandatario, diverso al reembolso de gastos en su caso erogados y el pago de daños y perjuicios que la norma indemnizatoria ya prevé.

Es por lo anterior que, a diferencia de lo que ordenan el Código Civil Federal y el Código Civil del Distrito Federal al establecer en *numerus clausus* las hipótesis limitadas que permiten poderes irrevocables y la interpretación restrictiva que en alguna forma parece haber hecho el poder judicial al respecto,[38] somos de la opinión de que será la superioridad jerárquica del interés jurídicamente protegido del mandatario lo único que justifica la irrevocabilidad del poder.

Bajo este mismo principio, y volviendo a algún anterior ejemplo, si un vendedor de un inmueble hubiere otorgado al comprador un poder irrevocable para que éste pudiere firmar el contrato de compraventa definitivo del inmueble en ausencia del vendedor, sin perjuicio de la solución que habría de darse a cualquier conflicto de interés en la actuación del comprador como tal y como apoderado del vendedor por cuanto al precio, por ejemplo, la revocación del poder que pretendiere hacer el vendedor debe ser calificada de ineficaz y nunca resoluble a través de una indemnización en caso de que optare por la revocación del poder, ya que generó subyacentemente la obligación de vender o de formalizar la venta y para ello encomendó al mandatario, en este caso coincidentemente el comprador, el derecho a adquirir o al menos, a formalizar tal adquisición. Otra vez, el mandante no puede estar,

[38] Ver nota de pie de página núm. 34, de este mismo artículo.

en este caso, en libertad de revocar su mandato, pues esa facultad no se puede agotar por sí misma, sino que existe un derecho generado a favor de su contraparte, el cual sólo es renunciable por dicha contraparte; menos puede el vendedor unilateralmente desistirse de su obligación de vender el inmueble o de formalizar la compraventa.

Mientras la sanción prevista en la ley para cualquier revocación de poder sea literalmente la indemnizatoria, habrá que confiar al buen sentido jurídico de los jueces para que la tesis propuesta sobre la verdadera naturaleza jurídica del mandato irrevocable, sea la prevaleciente.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA INICIATIVA DE LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (LEY DE APP)

Fernando NAVA HERRERA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones generales de la Iniciativa de Ley de APP*. III. *Consideraciones constitucionales de la Iniciativa de Ley de APP*. IV. *Consideraciones legales de la Iniciativa de Ley de APP*. V. *A manera de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

He de confesar que me rehusaba a escribir este artículo por dos razones. La primera razón es porque el artículo versa sobre una Iniciativa de Ley, es decir, no es sobre una ley; y la segunda razón es porque al final del día, el artículo sería un ejercicio exegético, al analizar en esencia una eminente "ley".

No obstante, refuté mis prejuicios por lo siguiente. No es necesario esperar que una Iniciativa de Ley sea ley para analizarla y menos aún, para modificarla. ¿Para qué hacer comentarios a una ley que ya fue discutida, aprobada y publicada y que, por no haberla revisado en el proceso legislativo, no pueda ser modificada en el momento oportuno? Por ello consideré que debe ser en el proceso legislativo cuando precisamente se comente una futura ley, y que con base en el derecho de juristas el Congreso de la Unión discuta, modifique y apruebe una ley.

En cuanto al ejercicio exegético, que en principio pensé se limitaría este trabajo; también lo descarté, puesto que si bien el presente

artículo analizará una Iniciativa de Ley, no será exclusivamente a la luz del legislador, sino a la luz del Constituyente Permanente, del derecho de los jueces, del derecho de juristas y de los principios generales del derecho.

Así las cosas, el objeto del presente artículo es analizar y comentar la Iniciativa de Ley de Asociaciones Público Privadas[1] (en adelante Iniciativa de Ley de APP) presentada por el presidente Felipe Calderón Hinojosa, el 10 de noviembre de 2009 a la Cámara de Senadores.

Este artículo está dividido en tres partes. En la primera parte, señalaré algunas consideraciones generales de la Iniciativa de Ley de APP. Posteriormente, en la segunda parte, comentaré algunas cuestiones constitucionales de la Iniciativa en comento; y finalmente, mencionaré algunos aspectos legales de la Iniciativa de Ley de APP.

II. Consideraciones generales de la Iniciativa de Ley de APP

Antes de entrar al estudio de la Iniciativa de Ley de APP, precisaré algunos conceptos relativos a la Iniciativa en comento. El objeto de la Iniciativa de Ley de APP es regular el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privadas.

En un sentido amplio, las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP) son asociaciones entre el sector público, gobiernos federal, estatal o municipal, y el sector privado, personas físicas o morales, que tienen por objeto colaborar conjuntamente para prestar algún servicio o satisfacer alguna necesidad pública. Este tipo de asociaciones no son nuevas. La concesión es claro ejemplo de ello. Data en México, desde que nuestro país es independiente. Las concesiones se rigen por las leyes vinculadas con su objeto, esto significa que no existe una sola ley en materia de concesiones, sino que existen diferentes leyes

[1] En la misma Iniciativa, el Ejecutivo Federal propuso reformar diversas disposiciones de otros ordenamientos, las cuales corresponden a: i) la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; ii) la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; iii) la Ley de Expropiación; iv) la Ley Agraria; v) la Ley General de Bienes Nacionales y vi) el Código Federal de Procedimientos Civiles. Las citadas disposiciones no serán objeto de estudio del presente artículo.

que regulan ésta.[2] Los denominados "Pidiregas", por ejemplo, están regulados desde la administración del presidente Ernesto Zedillo. Los *contratos llave en mano*, y los *contratos administrativos*, a propósito de los servicios públicos,[3] también son ejemplo de colaboración entre el sector público y el privado.

[2] Registro núm. 180 926.

Localización: Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, agosto de 2004, p. 10. Tesis: P. XXXIV/2004. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa.

CONCESIONES. SE RIGEN POR LAS LEYES VINCULADAS CON SU OBJETO.

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su décimo párrafo, establece que el Estado podrá concesionar la prestación de servicios públicos, así como la explotación, uso o aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, y que *las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia en la prestación de dichos servicios y la utilización social de los bienes en uso o explotación. El Estado, en su calidad de concesionante y los particulares como concesionarios, deberán sujetarse a las leyes que regulan el servicio público o los bienes concesionados, proporcionando el marco de los derechos, obligaciones, límites y alcances de las partes en una concesión*; ello genera certidumbre para los gobernados respecto a las consecuencias de sus actos y acota las atribuciones de las autoridades correspondientes para impedir actuaciones arbitrarias, con lo que se respeta la garantía de seguridad jurídica consignada por los artículos 14 y 16 de la Constitución federal. No es óbice a lo anterior el hecho de que en el título de concesión se establezca que el concesionario quedará sujeto a todas las leyes y reglamentos expedidos con posterioridad al otorgamiento de ésta, puesto que se entiende que sólo podrá estar sujeto a aquellas disposiciones u ordenamientos normativos que se vinculen con el objeto de la concesión explotada, atendiendo al régimen de concesión de servicios y bienes públicos previsto por el referido artículo 28 constitucional.

Amparo en revisión 1186/2002. Aeropuerto de Aguascalientes, S.A. de C.V. 30 de marzo de 2004. Mayoría de siete votos. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Mariano Azuela Güitrón. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

Amparo en revisión 159/2003. Aeropuerto de los Mochis, S.A. de C.V. 30 de marzo de 2004. Mayoría de siete votos. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Mariano Azuela Güitrón. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Andrea Zambrana Castañeda.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy ocho de julio en curso, aprobó, con el número XXXIV/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a ocho de julio de dos mil cuatro.

[3] Registro núm. 911 685.

Localización: Quinta época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Apéndice 2000*, t. III, Administrativa, P. R. SCJN, p. 110. Tesis: 120. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa.

SERVICIOS PÚBLICOS, CONTRATOS CON MOTIVO DE.

En relación con los servicios públicos, las autoridades administrativas obran unas veces celebrando actos contractuales, con obligaciones recíprocas para las partes; otras veces, otorgando concesiones reglamentadas por una ley y otras más, descentralizando servicios

Sin embargo, las APP, en sentido estricto, que pretende regular la Iniciativa en comento, son aquellas asociaciones que impliquen cualquier esquema en el que instancias del sector público y del sector privado establecen una relación contractual de largo plazo, para la prestación de uno o varios servicios al sector público o al usuario final, y en la que, para la prestación de los mismos, se requiere de infraestructura, ya sea desarrollada total o parcialmente por el sector privado, o prevista por el sector público.[4]

Una característica esencial de las APP y tal vez la que más difícil ha sido de asimilar, en la práctica, consiste en categorizar a los proyectos APP como "proyectos de prestación de servicios" y no como "proyectos de obra pública o relacionados con obra pública". Aunque estos proyectos involucran el desarrollo de infraestructura de naturaleza pública que es fácil asociar con el concepto de obra pública, este concepto se refiere al contenido subyacente de contratación pública, y bajo el esquema APP no se actualizan los elementos que dan cabida a esa forma de contratación.

Este nuevo esquema refleja una manera distinta de distribuir las funciones a cargo del sector público y del sector privado, ya que permite a las entidades públicas contratantes definir los proyectos en función

para la mejor administración de los mismos, pero sin sujeción a normas legales. En los dos primeros casos, aparece manifiesto el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos para las partes, las que, para su defensa, tienen expedita la acción correspondiente surgida de las leyes que rijan las materias; pero en el último, falta ese elemento de derecho, porque el acto entraña desprendimiento de las atribuciones de la autoridad, pero no como traspaso patrimonial sino de simples funciones y ese hecho ni está previsto ni protegido por ley alguna, ni constituye transmisión de derechos privados, sino que sólo confiere a quien beneficia, la facultad de sustituirse a la autoridad, en el desempeño de un servicio público y por el tiempo que a la delegante parezca conveniente, supuesto que se trata de funciones no renunciables, por ser de la esfera constitucional de las actividades que le corresponden. La abdicación de soberanía en los contratos celebrados por autoridades administrativas, ha sido proscrita por diversas ejecutorias que esta H. Suprema Corte ha pronunciado y se ha determinado en ellas que los contratos que entrañan abandono del ejercicio de la soberanía, no confieren derecho alguno a los particulares, pudiendo anularse por orden de las mismas autoridades que los celebraron. Y si esto ocurre tratándose de convenios celebrados, con mayor razón deben regir aquellas situaciones en las que se deja en manos de tercero la atención y administración de un servicio público, sin obligaciones y derechos recíprocos entre las partes.

Amparo administrativo en revisión 2750/42. Sindicato de Trabajadores del Rastro y Similares del estado de Hidalgo. 19 de noviembre de 1945. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXXVI, p. 1240, Segunda Sala.

[4] Artículo 2o. de la Iniciativa de Ley de APP.

de los resultados esperados y transferir a la empresa proveedora de servicios los riesgos inherentes a la definición, financiamiento, ejecución y mantenimiento de los activos y ciertas actividades necesarias para alcanzar esos resultados.

Bajo los proyectos APP, la autoridad contrata al sector privado para que le preste los servicios que requiere para poder prestar un servicio público o cumplir con una función específica que esa entidad pública tiene encomendada. El privado presta los servicios al gobierno y no al público en general ni a los usuarios del servicio público. Los servicios que presta el sector privado tienen por objeto proveer a la entidad pública de los elementos necesarios para que esa entidad pública pueda prestar el servicio público o pueda cumplir con alguna función específica que tenga a su cargo, para lo cual es necesario que la entidad privada se encargue de diseñar, financiar, construir, mantener y operar determinada infraestructura. Los sectores que pueden ser desarrollados, a través de las APP son:

- Hospitales.
- Escuelas.
- Carreteras.
- Oficinas administrativas.
- Tribunales.
- Palacios legislativos.
- Prisiones.
- Mercados de abasto.
- Panteones y rastros.
- Calles y parques.
- Servicios públicos, como alumbrado, agua potable, alcantarillado o residuos sólidos.
- Cualquier infraestructura que satisfaga necesidades colectivas.

Dentro de las características más importantes de las APP, en sentido estricto, se encuentran las siguientes:

- Las APP permiten el no considerar como deuda pública, las obligaciones que el sector público adquiere.
- Para cubrir los pagos derivados de las APP, se requiere la aprobación de la o las partidas plurianuales, para que le den certidumbre al sector privado.

- En primer lugar, ha de haber una factibilidad legal, a través de un ordenamiento jurídico, que permita llevar a cabo las APP.
- Se realiza un análisis costo-beneficio económico social, el cual permite justificar la ejecución del proyecto, por conducto de una APP.
- El inversionista privado celebra un contrato de prestación de servicios a largo plazo, para llevar a cabo, con su financiamiento, el diseño, la construcción, el equipamiento, la operación, así como el mantenimiento de la infraestructura.
- Es responsabilidad del privado contratado, ejecutar por sí mismo, o mediante subcontratación, en su caso, una o varias de las tareas para las que fue contratado, a través de la APP.
- El procedimiento de contratación es, por lo general, a través de licitación pública, para obtener las mejores condiciones de mercado.
- Se crea una Sociedad de Propósito Específico (SPE), misma que se constituye para llevar a cabo tan sólo un proyecto APP determinado.
- La contratante recibe la infraestructura, en operatividad total.
- La contratante no realiza pago alguno durante el periodo de construcción.
- Los pagos se efectúan en periodo de operación, en forma mensual, de acuerdo con índices de desempeño, y se contabilizan como gasto corriente; es decir, no constituyen deuda pública.
- El particular contratado opera y mantiene la infraestructura, durante la vigencia del contrato.

Entrados en materia, considero que es acertada la presentación de la Iniciativa de APP. Es necesario y conveniente que exista una ley *ad hoc* en materia de APP. Aunque, a la fecha las APP, en su modalidad de Proyectos para Prestación de Servicios a Largo Plazo (en adelante PPS), tienen un marco jurídico.[5] En mi opinión, el marco jurídico vigente de los PPS –federales– no es lo suficientemente sólido para

[5] Las Asociaciones Público Privadas, en su modalidad de Proyectos para Prestación de Servicios están previstos a nivel federal: i) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ii) la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y su Reglamento, iii) la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y su Reglamento, iv) las Reglas para la Realización de Proyectos para Prestación de Servicios, v) los Lineamientos y metodologías complementarios emitidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y vi) el Programa Nacional de Infraestructura.

otorgarle certidumbre jurídica a los inversionistas privados, ni para que el sector público ejerza su competencia bajo el principio de legalidad, por lo siguiente:

a) Carencia de un solo cuerpo normativo que regule las APP en su modalidad de PPS.[6] NO EXISTE UNA SOLA LEY QUE LEGISLE A LOS PPS. Por un lado, está la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y por otro, se encuentra la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la Ley General de Bienes Nacionales. Además de que la diversidad de ordenamientos pudiera generar ambigüedad respecto de qué legislación aplicar; tales ordenamientos, fueron elaborados para prever casos distintos a los PPS y en realidad no regulan a los PPS, únicamente los prevén o hacen una mera referencia de éstos.

b) Regulación de los PPS en "Reglas". Si bien, los PPS están previstos en diversas leyes, también la regulación completa y de fondo de los citados proyectos está prevista en el Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios,[7] emitido conjuntamente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de la Función Pública. El citado acuerdo no es una ley. Es un acto administrativo de carácter general, por lo que, al otorgarle facultades a las entidades y dependencias a propósito de los PPS, mediante un acto administrativo, se vulneraría el principio de reserva de ley. Ello no solamente tendría efectos académicos sino que, incluso, pudiera ser motivo de algún mecanismo de control constitucional.

c) El marco jurídico de los PPS –federales– está desactualizado. Aunque, la regulación de los PPS data de 2003, es decir, es una regulación relativamente reciente, es una realidad que los ordenamientos que prevén los PPS, en particular el Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la realización de proyec-

[6] Algunos estados de la República sí tienen una ley específica de PPS, los cuales son: i) Aguascalientes, ii) Chiapas, iii) Coahuila, iv) Durango, v) Jalisco, vi) Michoacán, vii) Morelos, viii) Nayarit, ix) Sonora, x) Tabasco, xi) Tamaulipas, y xii) Veracruz.

[7] Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2004.

tos para prestación de servicios no obedece a las necesidades actuales de los proyectos. En efecto, antes de la publicación del citado Acuerdo no se había implementado en México ningún proyecto PPS, por lo que, evidentemente, el Acuerdo no incorporó ni reguló las problemáticas prácticas que los PPS pudieran generar.

Con la aprobación de la Iniciativa de Ley de APP, existirá una sola ley que regulará las APP, en su modalidad de PPS y se le otorgará certidumbre jurídica a los inversionistas proveedores; las dependencias y entidades actuarán dentro del marco de la legalidad y se regularán eficientemente las problemáticas prácticas que a lo largo de la vigencia de los PPS se han suscitado.

Ahora bien, la Iniciativa de Ley de APP –como cualquier Iniciativa de Ley– es perfectible; incluso existen algunas cuestiones de la Iniciativa mencionada que se podrían corregir para evitar probables cuestionamientos de inconstitucionalidad o de ilegalidad. A continuación expondré algunas consideraciones respecto de la constitucionalidad y legalidad de la Iniciativa de Ley de APP.

III. Consideraciones constitucionales de la Iniciativa de Ley de APP

A mi entender, la Iniciativa de Ley de APP contempla algunas disposiciones que pudieran ser contrarias a la Constitución, a algunos derechos fundamentales, como: i) la libertad de asociación, ii) la garantía de audiencia, iii) la garantía de legalidad, iv) la seguridad jurídica, v) el acceso a la justicia; así como a algunas otras disposiciones constitucionales, en específico a los artículos 117, fracción VIII y 134.

1. Libertad de asociación

De acuerdo con la Iniciativa de Ley de APP, quien ejecutará el contrato de APP es una sociedad mercantil mexicana, con objeto exclusivo de desarrollar un determinado proyecto.[8]

[8] Artículos 28, 42, fracción VIII y 85 de la Iniciativa de Ley de APP.

La Iniciativa de Ley de APP impone la obligación al concursante ganador de constituirse en una persona moral de objeto exclusivo, en los siguientes términos:

> Artículo 38. En los concursos podrá participar toda persona, física o moral, nacional o extranjera, que cumpla los requisitos establecidos en la convocatoria, las bases y en las disposiciones aplicables al proyecto de que se trate, con las excepciones señaladas en el artículo 39 siguiente.
>
> *En caso de personas físicas, deberán obligarse a constituir, de resultar ganadoras, una persona moral en términos del artículo 85 de esta Ley.*
>
> *Dos o más personas podrán presentar, como consorcio, una propuesta conjunta, en cuyo caso también deberán obligarse a constituir, de resultar ganadores, una o más personas morales en los términos del artículo 85 de esta Ley*, así como designar a un representante común para participar en el concurso.
>
> Artículo 42. Las bases del concurso contendrán, por lo menos, los elementos siguientes:
>
> I a VII. ...
>
> VIII. *La obligación de constituir la persona moral en términos del artículo 85 de esta Ley*, si participa una persona distinta a las mencionadas en el citado artículo.
>
> IX a XVII. ...
>
> Artículo 85. *El contrato de asociación-público privada sólo podrá celebrarse con particulares personas morales cuyo objeto social sea, de manera exclusiva, realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo*. El objeto social también podrá incluir la participación en el concurso correspondiente.
>
> Las bases del concurso señalarán el capital mínimo sin derecho a retiro, limitaciones estatutarias y demás requisitos que dicha sociedad deberá cumplir.

Dicho de otro modo, los artículos transcritos obligan a los particulares y a los consorcios a asociarse para constituir personas morales cuyo objeto social sea, de manera exclusiva, realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo.

Lo anterior pudiera tener vicios de inconstitucionalidad, puesto que la Iniciativa de Ley de APP está constriñendo al particular a ejercer su derecho de asociación. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho de asociación es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: i) derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; ii) derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y iii) derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Para mayor abundamiento, transcribo la jurisprudencia correspondiente:

> Núm. Registro: 200 279. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. II, octubre de 1995. Tesis: P./J. 28/95, p. 5.
>
> CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL.
>
> *La libertad de asociación consagrada por el artículo 9o. constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la de sus asociados*. Tal derecho es violado por el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la Cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si *la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1o. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente. 2o. Derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella. 3o. Derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse*. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional.
>
> Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.
>
> Amparo en revisión 36/92. María Gloria Vázquez Tinoco. 8 de septiembre de 1992. Mayoría de dieciséis votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Encargado del engrose: Atanasio González Martínez. Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.
>
> Amparo en revisión 2105/91. Dagoberto Nájera Cortés. 20 de abril de 1993. Mayoría de quince votos. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretaria: Martha Leonor Bautista de la Luz.
>
> Amparo en revisión 338/94. Ángel Balderas Sánchez. 8 de agosto de 1995. Mayoría de ocho votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.
>
> Amparo en revisión 1556/94. B. y B. Iluminación, S.A. de C.V. 8 de agosto de 1995. Mayoría de ocho votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.
>
> El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de octubre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 28/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.
>
> Núm. Registro: 191 134. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XII, septiembre de 2000. Tesis: P. CXXXV/2000, p. 15.

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. LOS ARTÍCULOS 44 Y 45, FRACCIÓN I, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5O. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL CONDICIONAR SU REGISTRO AL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS REQUISITOS, NO TRANSGREDEN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.

De conformidad con el criterio sustentado por el Pleno de este Alto Tribunal en la jurisprudencia P./J. 28/95, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. II, octubre de 1995, p. 5, *la libertad de asociación que como garantía individual consagra el artículo 9o. de la Constitución Federal, implica el derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; el derecho a permanecer en una asociación o renunciar a ella y el derecho a no asociarse*. En congruencia con lo anterior, es posible afirmar que el artículo 44 de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal que establece que todos los profesionistas de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, y el diverso artículo 45, fracción I, de la propia ley que prevé que para constituir y obtener el registro de un colegio de profesionistas en dicha entidad, deberán tener cien socios como mínimo, no transgreden la citada garantía constitucional. Ello es así, porque los referidos preceptos no impiden la incorporación de los particulares a una sociedad ya existente, ni la creación de una nueva, ni tampoco que elijan no pertenecer a ninguna, sino que se limitan a reglamentar ciertas modalidades que deben observarse para obtener el registro como colegio de profesionistas, a fin de salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento. Además, el hecho de que el legislador ordinario en el precepto citado en último término haya establecido el mínimo de cien miembros que deban reunirse para obtener el registro de una asociación como colegio de profesionistas, lejos de vulnerar la libertad de asociación, la fortalece, pues con este requisito sólo se pretendió que se creara un ente colectivo permanente, con representatividad suficiente de la profesión que agremia y con fuerza para defender sus intereses, respetando así la naturaleza del derecho de colegiación profesional.

Amparo en revisión 295/99. Colegio Mexicano de Licenciados en Administración, 8 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número CXXXV/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

Nota: La tesis P./J. 28/95 citada, tiene como rubro: "CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5O. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9O. CONSTITUCIONAL".

En consecuencia, la Iniciativa de Ley de APP, al obligar al particular a asociarse para constituir una sociedad cuyo objeto exclusivo sea ejecutar el proyecto de PPS, pudiera atentar contra la libertad de asociación prevista en el artículo 9 de la Carta Magna.

2. Garantía de audiencia, legalidad y seguridad jurídica

La Iniciativa de Ley de APP, en su artículo 136 establece: "La dependencia o entidad contratante podrá intervenir en la ejecución de la obra o la prestación de los servicios, cuando a su juicio cualquier actuación de los procedimientos judiciales o extrajudiciales pongan en peligro grave la citada ejecución de la obra o la prestación de los servicios..."

En mi opinión, la facultad discrecional de la autoridad de intervenir en la ejecución de las APP's cuando, a su juicio, existe un peligro grave en la ejecución, puede tener vicios de inconstitucionalidad, puesto que la tal facultad puede ser ejercida arbitrariamente en detrimento de la garantía de audiencia, legalidad y seguridad jurídica que le corresponde al inversionista, además de que la autoridad se está haciendo justicia por su propia mano.

Por otro lado, la Iniciativa de Ley de APP establece en su artículo 59 que el único efecto del recurso de revisión, del juicio de nulidad, del juicio de amparo, es decir, los medios de impugnación contra el fallo; es condenar a la convocante a indemnizar al participante. Dicho de otro modo, no suspenderán el concurso, no ordenarán su reposición, no modificarán el fallo, ni lo revocarán.

Entendemos la importancia de continuar con el concurso y que sea prioritario el proyecto, pero no en detrimento de la seguridad jurídica.

Con los efectos de los medios de impugnación señalados, se están desvirtuando los mismos. El efecto del recurso es modificar, revocar o confirmar el acto recurrido; el efecto del juicio de nulidad es declarar la validez de la resolución impugnada, la nulidad lisa y llana de la resolución impugnada y la nulidad para efectos de la resolución impugnada; así como el objeto del juicio de amparo es proteger los derechos fundamentales, es decir, tiene por objeto restituir al particular del goce de los mismos, es un mecanismo de control constitucional.

En otras palabras, los efectos que le otorga la Iniciativa de Ley de APP a los citados medios de impugnación no son propios de tales mecanismos e incluso se están limitando a los mismos. En todo caso, se procedería a reclamar los daños y perjuicios, mediante el juicio correspondiente.

En tal virtud, los efectos de los medios de impugnación establecidos en la Iniciativa de Ley de APP pudieran ser contrarios a la Constitución.

3. Justicia gratuita

Para iniciar cualquier procedimiento administrativo o jurisdiccional, los particulares, ordena la Iniciativa de Ley de APP,[9] deberán otorgar garantía para cubrir las multas, daños o perjuicios que puedan llegar a originarse.

La disposición comentada pudiera ser contraria a la Constitución, en virtud de que parecería que se está cobrando o financiando por impartir justicia, la cual de acuerdo con el mandato constitucional tiene que ser gratuita.

> Art. 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
>
> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia *por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.* Su servicio será gratuito, *quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

[9] Artículo 135 de la Iniciativa de Ley de APP.

Igualmente, con la exigencia de otorgar garantía como condición para el inicio de cualquier procedimiento administrativo o jurisdiccional, se estaría negando la justicia a aquellos que no tienen los recursos económicos para otorgar la garantía, constituyendo de este modo una justicia elitista, además de que se estaría desalentando la solicitud de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental, en términos de lo establecido en el artículo 17 constitucional.

4. Estados y municipios pueden celebrar contratos de APP con personas morales extranjeras

La Iniciativa de Ley de APP le es aplicable a los estados y municipios de la República Mexicana;[10] asimismo, el artículo 38 de la Iniciativa de Ley de APP establece que en los concursos podrán participar toda persona, física o moral, nacional o extranjera, que cumpla los requisitos establecidos en la convocatoria, las bases y en las disposiciones aplicables al proyecto de que se trate.

Es decir, conforme el artículo 2 y 38 de la Iniciativa de Ley de APP los estados y municipios podrán celebrar contratos, estipular derechos y obligaciones, con personas extranjeras, lo cual está prohibido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 117, fracción VIII, de la Constitución federal, establece:

> Artículo 117. Los estados no pueden, en ningún caso:
> I a VII. ...
>
> VIII. *Contraer directa o indirectamente obligaciones* o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con *sociedades o particulares extranjeros*, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional.

Por lo señalado, resulta muy probable la inconstitucionalidad relativa a la posibilidad de que los estados y municipios celebren los contratos, materia de la Iniciativa de Ley de APP, adquiriendo de esta manera obligaciones con sociedades o particulares extranjeros.

[10] Artículo 2o. de la Iniciativa de Ley de APP.

5. Contratación de un tercero para participar en los "concursos"

Las dependencias y entidades podrán contratar los servicios de un agente para que, por cuenta y orden de aquéllas celebre el concurso de un proyecto de APP.[11]

A nuestro entender, lo anterior pudiera ser considerado inconstitucional, puesto que llevar a cabo una licitación o "concurso",[12] como lo denomina la Iniciativa de Ley de APP, es una facultad que le corresponde ejercer exclusiva y excluyentemente a la autoridad, es decir, no es una facultad que se pueda ceder a los particulares.

El artículo 134 constitucional indica que le corresponde al Estado asegurarse de que las condiciones ofrecidas en las licitaciones sean las idóneas. Tal atribución no la puede transmitir el Estado a los particulares.

> Art. 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.
>
> Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, *se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas* mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, *a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles* en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren *las mejores condiciones para el Estado.*
>
> *Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.*

[11] Artículo 35 de la Iniciativa de Ley de APP.

[12] La doctrina administrativista ha sido muy clara, en cuáles son las diferencias entre licitación pública y concurso; por lo que utilizar este concepto, en mi opinión, es erróneo, ya que el concurso atiende más a una consideración de índole personal especial, que expresan el talento, creatividad, imaginación o capacidad intelectual de una persona, que por lo general, es física. Al respecto, Miguel S. Marienhoff señala lo siguiente: "*...Va de suyo que 'concurso' es algo totalmente distinto a 'licitación' y a 'remate'. En ese orden de ideas, el 'concurso' es la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas. Desde el punto de vista 'jurídico', hablar de 'concurso' de 'precios' no es recomendable (...), aunque gramaticalmente se extienda el significado de 'concurso' al llamamiento que se hace a quienes deseen encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Para esto último, el término jurídico preciso es 'licitación', no 'concurso'.*" Marienhoff, S. Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, "Contratos administrativos, Teoría general", 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 187-188.

Por otra parte, la Constitución federal, en la única ocasión en que se refiere a "concurso", es a un mecanismo en el que las sociedades se encuentran en estado de insolvencia o cesación de pagos, por lo que el "concurso", constitucionalmente no existe y, en cambio, lo correcto es la licitación pública, de conformidad con el artículo 134 constitucional.

Con base en el citado artículo constitucional, concluyo que, en todo momento, la atribución de realizar las licitaciones públicas corresponde al Estado, por medio de los servidores públicos facultados para ello, quienes incluso pueden incurrir en responsabilidad administrativa, en caso de no observar lo establecido en el propio artículo 134 constitucional, para la realización de las mencionadas licitaciones públicas, situación que no puede, bajo ninguna circunstancia, darse en caso de que sea un particular el que lleve a cabo el "concurso".

Aunado a ello, el Poder Judicial de la Federación ha confirmado que derivado de la naturaleza jurídica de la licitación pública es la Administración Pública; es esta última competente exclusiva y excluyentemente para llevar a cabo las licitaciones públicas. Cito el criterio jurisdiccional referido:

> Novena época. Núm. Registro: 171992. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXVI, julio de 2007. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.586 A, p. 2653.
>
> LICITACIÓN PÚBLICA. SU NATURALEZA JURÍDICA
>
> La licitación pública consiste en *un llamado que la administración pública hace a los particulares* de forma impersonal para que le formulen ofertas a fin de llevar a cabo una contratación, lo que, de acuerdo con la doctrina, tiene dos consecuencias: a) Quien se presenta y formula una oferta debe ajustarse estrictamente a las condiciones fijadas en el llamado, quedando obligado a

mantenerlas durante el plazo que en éste se establezca. b) La administración puede aceptar o rechazar las ofertas que se le hagan, sin responsabilidad alguna, siempre y cuando respete la legalidad del procedimiento. Así, *aquel llamado implica un conjunto de actos que conforman un procedimiento preparatorio de la actividad contractual del Estado, por lo que la naturaleza jurídica de la licitación pública es la de un procedimiento administrativo integrado por una diversidad de actos administrativos y simples actos de la administración*, como formas jurídicas preparatorias de su actividad contractual, de manera que su omisión invalida los contratos produciendo su nulidad absoluta o de pleno derecho, la que pueden invocar la propia administración, el particular contratante y los terceros interesados.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 290/2006. Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V. (antes Naviera del Pacífico, S.A. de C.V.). 25 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Por lo anterior resulta la muy viable inconstitucionalidad de transmitir la realización de la licitación pública o "concurso" a un particular, como pretende la Iniciativa de Ley de APP.

IV. CONSIDERACIONES LEGALES DE LA INICIATIVA DE LEY DE APP

Existen algunos aspectos de la Iniciativa de Ley de APP, que pudieran ser ilegales o que carezcan de una correcta técnica legislativa, entre los que destacan los siguientes:

1. Exclusión de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

La Iniciativa de Ley de APP[13] excluye la aplicación de la Ley de Adquisiciones y de la Ley de Obras Públicas, como regla general; y de manera excepcional, permite su aplicación.

[13] Artículo 6o. de la Iniciativa de Ley de APP.

Entendemos que no se aplique, ni siquiera supletoriamente, la Ley de Obras Públicas, puesto que las APP's no son obra pública. Por ello, consideramos redundante mencionar "expresamente" en la Iniciativa de Ley de APP que la Ley de Obras Públicas no se aplicará.

Pero la propia Iniciativa de Ley de APP permite que se aplique "excepcionalmente" la Ley de Adquisiciones, en caso de: rescisión administrativa, contratación de estudios previos, inhabilitación, etc. Entonces, parecería que la Ley de Adquisiciones no es aplicable únicamente de manera excepcional.

Al final, la Ley de Adquisiciones, al igual que la Iniciativa de Ley de APP, regulan la prestación de servicios, por lo que, en nuestra opinión, debe de aplicarse supletoriamente; como regla general.

Ahora bien, la aplicación supletoria de la Ley de Adquisiciones no significa que en todos los casos opere automáticamente; para que sea procedente la supletoriedad, de acuerdo con la SCJN, debe de cumplirse con: i) que el ordenamiento objeto de la supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; ii) que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo normativo sean insuficientes para la aplicación al caso concreto, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y iii) que las disposiciones con las que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de alguno de estos requisitos no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

Núm. Registro: 212 754. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 76, abril de 1994. Tesis: I.4o.C. J/58, p. 33.

SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE.

Los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son: *a) que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; b) que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; c) que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y d) que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la*

institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 124/92. Microtodo Azteca, S.A. de C.V. 6 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera.

Amparo en revisión 958/91. Desarrollo Galerías Reforma, S.A. de C.V. 19 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera.

Amparo directo 1433/92. Gilberto Flores Aguilar y otros. 26 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Villagómez Gordillo, en sustitución de la magistrada Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera.

Amparo directo 3582/92. Tumbo de la Montaña, S.P.R. de R.L. 9 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 604/94. Videotique, S.A. de C.V. y otros. 17 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ma. Elisa Delgadillo Granados.

Nota: Por ejecutoria de fecha 5 de julio de 2000, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 54/2000 en que participó el presente criterio.

2. Recursos federales

La Iniciativa de Ley de APP expresa que será aplicable a los estados y municipios cuando los proyectos se realicen con cargo a recursos federales, pero cuando éstos sean superiores a los recursos estatales y/o municipales.[14]

[14] Artículo 3o. Las disposiciones de la presente Ley *son aplicables a proyectos de asociaciones público-privadas que realicen*:

I a V....

Es decir, solamente cuando los recursos federales sean superiores a los recursos locales, entonces le será aplicable a los estados y municipios la Iniciativa de Ley de APP. Lo anterior no lo consideramos afortunado. La Iniciativa de Ley de APP se debe de aplicar a los estados y municipios siempre que existan recursos federales, aunque éstos representen una parte o incluso sean menores a los recursos locales. De esta manera, habrá una uniformidad en los criterios legales y se otorgará mayor certidumbre jurídica a los proyectos.

La aplicación de la legislación federal a los estados y municipios, cuando existen recursos, aunque sean parciales, de la federación es un criterio que comparte la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas, ambas en su artículo 1, fracción VI, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *en materia de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen*:
>
> I a V....
>
> VI. *Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales*, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

> Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen*:

VI. Las entidades federativas, municipios y los entes públicos de unas y otros, con recursos federales, de conformidad con los convenios que celebren con dependencias o entidades de la Administración Pública Federal.

Para estos efectos, se entenderá que los proyectos se realizan con recursos federales, cuando las aportaciones de las entidades federativas, municipios y entes públicos de unas y otros, en su conjunto, sean inferiores en relación con las aportaciones federales. No se considerarán recursos federales los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

I a V....

VI. Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

3. Inicio de los proyectos

Para la realización de las APP's basta, de conformidad con la Iniciativa de Ley de APP,[15] la autorización de la dependencia o entidad que ejecutará el proyecto. No se requiere de la autorización de la SHCP, señalada en las Reglas de PPS.

Creemos muy conveniente que la SHCP continúe con sus atribuciones de autorizar las APP's, puesto que al final se trata de esquemas que tienen un impacto financiero, presupuestario y contable en la hacienda pública; y la dependencia responsable de tales temas es la SHCP,[16] por lo que sugerimos que la SHCP conserve sus facultades.

4. La Iniciativa de Ley de APP, es inaplicable a los Poderes Legislativo y Judicial Federales

La Iniciativa de Ley de APP no le es aplicable a los Poderes Legislativo y Judicial Federales; considero que la Ley de APP también debería aplicarse a los APP de los Poderes Legislativo y Judicial Federales, como ya lo prevé al día de hoy, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en su artículo 50.

Artículo 50. *Los ejecutores de gasto podrán celebrar contratos plurianuales de obras públicas, adquisiciones, y arrendamientos o servicios durante el ejercicio fiscal siempre que*:

I. a IV...

Las dependencias requerirán la autorización presupuestaria de la Secretaría para la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, en los términos del Reglamento. En el caso de las entidades, se sujetarán a la autorización de su titular conforme a las disposiciones generales aplicables.

Las dependencias y entidades deberán informar a la Función Pública sobre la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, dentro de los 30 días posteriores a su formalización.

En el caso de proyectos para prestación de servicios, las dependencias y entidades deberán sujetarse al procedimiento de autorización y demás disposiciones aplicables que emitan, en el ámbito de sus respectivas competencias, la Secretaría y la Función Pública.

Los Poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos, a través de sus respectivas unidades de administración, podrán autorizar la celebración de contratos plurianuales siempre y cuando cumplan lo dispuesto en este artículo y emitan normas generales y para su justificación y autorización.

Los ejecutores de gasto deberán incluir en los informes trimestrales un reporte sobre el monto total erogado durante el periodo, correspondiente a los contratos a que se refiere este artículo, así como incluir las previsiones correspondientes en sus anteproyectos de presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal, en los términos de los artículos 32 y 41, fracción II, inciso g), de esta Ley.

[15] Artículo 18 de la Iniciativa de Ley de APP.

[16] Artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

5.Esquemas de APP opcionales

El artículo 9, de la Ley de APP, establece que los esquemas de APP son opcionales, en los siguientes términos:

Artículo 9o. *Los esquemas de asociación público-privada regulados en la presente Ley son opcionales.*

Podrán utilizarse para la prestación de servicios y, en su caso, construcción de infraestructura, en cualquier supuesto, salvo en los casos expresamente reservados en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado.

Las dependencias y entidades podrán utilizar estos esquemas, o alguno otro previsto en otras disposiciones aplicables.

No obstante lo señalado en el primer párrafo citado, la Iniciativa de Ley de APP no señala cuáles son esos esquemas, simplemente establece que se pueden utilizar de manera "opcional"; me parece

que el sentido que se le quiso dar a esta expresión, señalada en el artículo 9 es otro y no el que se expresa en el texto. Simplemente, para ser ejemplificativo, diré que algunos de los esquemas que se pueden aplicar son la concesión, la obra pública financiada, los contratos llave en mano, los contratos de prestación de servicios, los Proyectos de Prestación de Servicios, todos ellos como modalidades de "Asociación Público-Privadas".

6. Excepción para celebrar "concursos"

El artículo 35 de la Iniciativa de Ley de APP establece que no podrá adjudicarse algún proyecto fuera de concurso. Dicho de otro modo, la Ley no admite como excepción al "concurso" ni la invitación restringida, ni la adjudicación directa, lo cual no consideramos acertado, puesto que pudiera haber algunos casos que sea justificado el procedimiento de contratación, mediante invitación restringida o por adjudicación directa.

Si bien la regla general debe ser "el concurso", habrá casos justificados que requieran de ser contratados directamente o por medio de invitación restringida, por lo que sugerimos que se establezcan casos de excepción al "concurso" para adjudicar las APP.

7. Procedimiento de negociación para adquirir bienes

Conforme a los artículos 61 y 63 de la Iniciativa de Ley de APP, se establece, entre otros, como mecanismos de adquisición de los bienes necesarios para la ejecución de un proyecto de APP, la negociación.

En sentido estricto, la negociación no es una manera de adquirir la propiedad. La propiedad de algún bien o derecho se adquiere mediante compraventa, donación, permuta, prescripción, herencia, legado, cesión, dación en pago, etcétera.

La negociación solamente es un instrumento para determinar las características del acto mediante el cual se adquirirá la propiedad. Por ello, considero desafortunada la propuesta de adquirir la propiedad mediante la negociación.

En ese orden de ideas existen criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establecen que el Estado adquirirá la propiedad de bienes o titularidad de derechos mediante un acuerdo de voluntades, cuando el Estado actúa como persona de derecho privado, y que la negociación puede o no culminar con la firma del contrato, por el que se adquiere la propiedad.[17]

[17] Quinta época. Núm. Registro: 816673. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Informe 1945. Materia(s): Constitucional. Tesis, p. 65.

ESTADO. CUÁNDO OBRA COMO PERSONA DE DERECHO PÚBLICO, Y CUÁNDO COMO PERSONA DE DERECHO PRIVADO.

Doctrinalmente todos los autores convienen en que el Estado realiza a la par de actos en que aparece manifiesta su soberanía y su fuerza como poder para imponer a los particulares, personas físicas o morales, su voluntad; *otros actos en los que se despoja de eso atributos (aunque no del todo), y entra en el comercio jurídico con los propios particulares para hacer transacciones y convenios en el mismo plano que ellos*; es decir, *entra en relaciones con los particulares no pretendiendo imponer su voluntad sino buscando el concurso de voluntades*. En otras palabras, el Estado, en unos casos puede obrar como autoridad haciendo uso de los atributos propios de su soberanía encargado de velar por el bien común por medio de dictados imperativos cuya observancia es obligatoria, y en otros casos como persona de derecho privado, o sea cuando, al igual que los individuos particulares, ejecuta actos civiles que se fundan en derechos del propio Estado, vinculados a sus intereses particulares, ya celebrando contratos o promoviendo ante las autoridades en defensa de sus derechos patrimoniales. El propio artículo 27 reconoce implícitamente la limitación de carácter de autoridad en el Estado cuando impide que éste se haga de la propiedad de los particulares si no es por causa de utilidad pública y mediante indemnización, *pues cuando el Estado solicita del particular la venta de un bien de su propiedad concertando el precio y demás condiciones de enajenación, es indudable que obra como particular*, y *(...)*. Por último, en el artículo 134 constitucional, se menciona expresamente la celebración de "contratos" que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, aunque señalando la manera de llevar a efecto estos contratos, y de todo lo anterior se concluye lo que se ha dicho en un principio, o sea que *el Estado puede obrar como sujeto de derecho privado*. Véase la doble personalidad del Estado, por el licenciado Salvador Urbina, pp. 517 y ss. del tomo I, de la Revista General de Derecho y Jurisprudencia. La segunda premisa que debe sentarse consiste en determinar *cuándo obra el Estado como autoridad, y cuándo como persona de derecho privado. Obra como autoridad siempre que ejecuta un acto o se niega a acceder a una petición, o amenaza, o impide por medios pacíficos o violentos la actividad de un individuo o un grupo, o cuando se apodera de los bienes individuales administrativamente*; o bien cuando hace uso de la fuerza pública para impedir la comisión de un delito, de la alteración de la paz pública o la defensa del territorio nacional; y por tanto, *la característica del acto de autoridad es el ejercicio de la potestad pública y la unilateralidad jurídica del acto que lleva a cabo el funcionario que no le permite al individuo o grupo a los que afecta dicho acto, más defensa que el acudir a la propia autoridad o a otras superiores a ella misma en el mismo orden jerárquico*, al Poder Judicial en su caso, para contrarrestar los efectos de ese acto. *En el caso contrario, cuando el acto realizado por el Estado no entraña una orden o un mandato y la relación jurídica que entraña ese acto sea de la naturaleza civil, dicho acto no será de autoridad sino de derecho privado*. Cuando el acto no interesa directa o necesariamente a la colectividad, puede considerarse que es una cuestión la cual comienza cuando el apoyo de la ley falta y entonces obra como persona de derecho privado (Salvador

8. Expropiación (Sección Tercera, Capítulo Quinto)

La Iniciativa de Ley de APP[18] incorpora a la expropiación como un medio de adquirir la propiedad de bienes y derechos, sobre los cuales se ejecutarán las APP's.

Consideramos que la Iniciativa de Ley de APP no es el instrumento idóneo para regular la expropiación, la cual está prevista en la Ley de Expropiación y en la Ley Agraria (esta última en relación con la expropiación de bienes ejidales y comunales).

Dicho de otro modo, no se necesita regular la expropiación en la Iniciativa de Ley de APP, además de que la expropiación está regulada por su propia ley; recientemente, se modificó la Ley de Expropiación (el 5 de junio de 2009), para incorporar como causa de utilidad pública la construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables, es decir, prevé expresamente como causa de utilidad pública la realización de las APP's.

> Artículo 1o. La presente ley es de interés público y *tiene por objeto establecer* las *causas de utilidad pública* y *regular los procedimientos, modalidades y ejecución de las expropiaciones*.

Urbina. Obra citada). Algunos tratadistas sostienen que en los contratos administrativos, el Estado contratante no pierde completamente su carácter de autoridad, pues lo conserva en cuanto es necesario para exigir y reglamentar la satisfacción de las necesidades públicas que los motivan. Y explican sus tesis diciendo que los contratos administrativos no son actos jurídicos simples, sino complejos, o más bien, conjunto de diferentes actos jurídicos, de los cuales, los que tiene por objeto la organización y reglamentación de los servicios públicos que se trata de satisfacer, no son contractuales, aunque estén relacionados con el contrato, pues no nacen del concurso de voluntades de los partes, sino de la sola voluntad del Estado que, en esta materia, por tratarse de algo que atañe al ejercicio de sus funciones esenciales, es y debe ser soberana. Véase Jeze, *Derecho administrativo*, p. 71, y Fraga, *Derecho administrativo*, p. 444. Ahora bien, como conclusión de todo lo anterior, hay que convenir en que *es necesario estudiar cada caso en que interviene el Estado para precisar si obra como autoridad o como sujeto de derecho privado*.

Amparo 477/44. Compañía de Servicio de Agua y Drenaje de Monterrey, S.A., 7 de febrero de 1945. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

[18] Sección Tercera, Capítulo Quinto de la Iniciativa de Ley de APP.

> Se consideran causas de utilidad pública:
>
> I.…;
>
> II.…;
>
> III.
>
> III bis. La *construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos*, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables.
>
> IV.…

Además, la Ley de Expropiación[19] prevé un mecanismo más ágil que el previsto en la Iniciativa de Ley de APP, puesto que en un mismo acto se puede llevar a cabo la declaración de utilidad pública, la expropiación y la ejecución de la misma. En la Iniciativa de Ley de APP, el procedimiento se tiene que hacer paso por paso, no en un solo momento.

Por otra parte, la Iniciativa de Ley de APP señala que, en materia de expropiación de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para un proyecto de asociación público-privada, no es procedente la suspensión en el caso que se promueva juicio de amparo contra ese acto; al respecto, es de observarse que, la Ley de Expropiación, ya señala el mismo supuesto, también en relación con la causa de utilidad pública descrita anteriormente, es decir, cuando ésta verse sobre la construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos:

> Artículo 8o. En los casos a que se refieren las fracciones III bis, V, VI y X del artículo 1o. de esta ley, el Ejecutivo Federal hará la declaratoria de utilidad pública, decretará la expropiación, ocupación temporal o limitación

[19] Artículo 8. En los casos a que se refieren las fracciones *III bis*, V, VI y X del artículo 1o. de esta ley, *el Ejecutivo Federal hará la declaratoria de utilidad pública, decretará la expropiación, ocupación temporal o limitación de dominio y ordenará la ejecución inmediata de la medida de que se trate. Tratándose de la expropiación, no será aplicable lo dispuesto en las fracciones III a VII del artículo 2o. de esta Ley*.

de dominio y ordenará la ejecución inmediata de la medida de que se trate. Tratándose de la expropiación, no será aplicable lo dispuesto en las fracciones III a VII del artículo 2o de esta Ley.

Esta resolución no admitirá recurso administrativo alguno y solamente podrá ser impugnada a través del juicio de amparo.

En los casos a que se refiere el primer párrafo de este artículo, durante la tramitación del juicio de amparo que en su caso se instaure, no podrá suspenderse la ejecución de la expropiación, la ocupación temporal o la limitación de dominio.

Por las consideraciones anteriores, no es necesario ni conveniente que la expropiación esté regulada en la Iniciativa de Ley de APP.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En mi opinión, la presentación de la Iniciativa de Ley de APP es acertada. Es necesario y conveniente que exista una ley *ad hoc* en materia de APP.

Aunque, a la fecha las APP, en su modalidad PPS tienen un marco jurídico, el marco jurídico vigente de los PPS –federales– no es lo suficientemente sólido para otorgarle certidumbre jurídica a los inversionistas privados, ni para que el sector público ejerza su competencia bajo el principio de legalidad.

Con la aprobación de la Iniciativa de Ley de APP, existirá una sola ley que regulará las APP, en su modalidad de PPS. Se le otorgará certidumbre jurídica a los inversionistas proveedores, las dependencias y entidades actuarán dentro del marco de la legalidad y se regularán eficientemente las problemáticas prácticas que a lo largo de la vigencia de los PPS se han suscitado.

Sin embargo, la Iniciativa de Ley de APP –como cualquier Iniciativa de Ley– es perfectible; incluso existen algunas cuestiones de la Iniciativa mencionada que se podrían corregir para evitar probables cuestionamientos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de conformidad con lo expuesto en el presente artículo.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS TRATÁNDOSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Roberto NIEMBRO O.

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Tres cuestiones sobre los derechos fundamentales*. III. *Notas sobre el federalismo*. IV. *Los derechos fundamentales en el federalismo mexicano*. V. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO

La relación entre federalismo y protección de los derechos parece haber sido un tema ampliamente descuidado por la doctrina constitucional. El presente ensayo tiene por objeto ayudar a revertir esta tendencia en un ámbito muy concreto como es la distribución de competencias legislativas en materia de derechos fundamentales en los estados compuestos, particularmente, en el federalismo mexicano. En otras palabras, lo que quiero descifrar es la relación existente entre las competencias del legislador y los derechos y libertades previstos en la Constitución. Como base de estas ideas está la fuerza expansiva de los derechos, en el sentido de que estos encarnan los valores básicos sobre los que se asienta el entero ordenamiento jurídico, de manera que todo el proceso de creación y aplicación del derecho y, por ende, la distribución de competencias, ha de estar inspirado por ellos.[1]

[1] Chen, P. (2002), "Federalism and Rights: a neglected relationship", en N. Colman McCabe (ed.), *Comparative federalism in the devolution era*, Maryland, Lexington books, p. 305.

Sobre el particular pueden plantearse fundamentalmente dos cuestiones interrelacionadas. La primera se refiere a los derechos que pueden ser previstos en las constituciones de las entidades federativas, que en principio pueden desarrollar, concretar y añadir nuevos derechos en el ámbito de sus competencias. La segunda es la distribución de las competencias para desarrollar los derechos previstos en la Constitución federal, la cual nos plantea el conflicto permanente entre la existencia de una pluralidad de centros de producción legislativa en que se concreta el principio federal, y el reconocimiento del principio de igualdad entre los habitantes de las entidades federadas. Sobre este último tema centraremos nuestros esfuerzos, no sin antes hacer una precisión metodológica. Como se podrá observar en el desarrollo del trabajo, es necesario tratar temas tan complejos como la doble dimensión de los derechos en el Estado social, las normas de competencia, los modelos federales, etc., que exigen por sí mismos más de un ensayo de estas dimensiones. En tal sentido, sólo se expondrán las ideas que sirvan de para sustentar la tesis que se propone.

Dicho esto, lo primero que quiero señalar es la extrañeza que causa el descuido de la doctrina mexicana sobre un tema como este, pues si tenemos en cuenta que desde las revoluciones liberales una vez determinados los derechos que se quieren proteger, la tarea subsecuente e impostergable del constituyente es diseñar el Estado para la consecución del tal objetivo, consideraciones entre las cuales puede estar el sistema federal.[2]

¿Por qué entonces el abandono? En mi opinión por dos razones. La primera tiene que ver con la ampliación de la cultura de los derechos que nos plantea los problemas del orden jurídico en términos de derechos fundamentales.[3] Esto hace que incluso en aquellos supuestos en los que las previsiones legales sólo inciden indirectamente sobre los derechos fundamentales, se planteen consideraciones de

[2] Ruipérez, J. (2001), "Principio democrático y federalismo. El Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado", en R. Modoro y P. de Vega (dirs.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, UNAM, pp. 2709-2766.

[3] Con esta idea me refiero a la notable preocupación por los derechos humanos que se da con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, convirtiéndolos en la razón principal de cualquier orden democrático.

este tipo. La segunda radica en las aprietos en que nos sitúa el tema, pues requiere el estudio de los títulos competenciales de cada ente y sus respectivos límites, así como la resolución de las dificultades que nos plantea la superposición de títulos, la ausencia de derechos y deberes en los listados de competencias o su dudosa adscripción a títulos horizontales.[4]

Pues bien, con vista a resolver los retos que se plantean, el primer paso consistirá en realizar un breve relato sobre el tránsito del Estado liberal, donde los derechos fueron concebidos sólo como límites frente al poder, al Estado constitucional y social de Derecho (del cual los sistemas federales son una manifestación concreta) en el que se exige una posición activa del poder como medio para hacerlos efectivos, acorde con las consecuencias de lo que Mattias Kumm ha denominado como revolución total de los derechos.[5]

Sólo en este contexto, podremos entender la doble dimensión de los derechos y por tanto la *paradoja de la regulación*, es decir, la necesidad de actuación de los poderes públicos para hacer efectivos los derechos fundamentales, que en primer término reviste un carácter normativo.[6] En otras palabras, nuestro primer objetivo es comprender la vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales "*ello significa que los poderes públicos –y, en primerísimo lugar, el legislador– están constitucionalmente obligados a llevar a cabo una tarea de promoción de derechos fundamentales, tendente a favorecer la plena efectividad de los mismos*",[7] para posteriormente ver cómo es que esta concepción afecta al federalismo, y eventualmente indagar qué herramientas nos brinda para hacerlos efectivos.

De manera subsecuente, se hará un breve estudio de la estructura e interpretación de las normas constitucionales para saber en qué

[4] Cabellos Espiérrez, M. A. (1997), "Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, 49, pp. 9-61.

[5] Total Rights: The Structure of the European Rights Revolution, título utilizado para el seminario impartido en mayo de 2009 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[6] De Asís Roig, R. (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, pp. 98 y ss. Puede considerarse como una paradoja en tanto el concepto de límite no tiene el significado de abstención sino de actuación.

[7] Díez-Picazo, L. M. (2008), "Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales", *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona, Thomson Civitas, pp. 107-136.

casos dichas disposiciones otorgan derechos fundamentales y, en su caso, cuáles son sus implicaciones frente al legislador. Es decir, adoptaremos una visión teórica de los derechos.

Como tercer apartado se hará una breve explicación de lo que es un sistema federal, una norma competencial (como eje rector de los sistemas compuestos), y se dará una breve mirada a los modelos de partida (americano) y de acercamiento (alemán) del federalismo mexicano, que nos ayuden a determinar cuál es el ente competente para regular los derechos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM).

Es común afirmar que en los sistemas federales de inspiración norteamericana, como es el caso mexicano, la distribución de competencias es un asunto claro, en tanto existe una regla que deslinda las atribuciones de la federación y los estados. Así, el artículo 124 de la Constitución[8] mexicana establece que la federación tiene las facultades expresamente atribuidas, mientras que los estados cuentan con las residuales.[9]

Conforme a esta lógica, se presupone que la regulación de los derechos no presenta mayor complicación, ya que dicha obligación pertenecerá al ente titular de la materia donde pueda encuadrarse su contenido. Es decir, se hace objeto de reparto no al derecho como tal, sino a materias que constituyen su objeto (protección al medio ambiente), o a áreas del ordenamiento jurídico (legislación civil) cuya regulación implica, entre otros muchos aspectos, la regulación de determinado(s) derecho(s).

Como se sabe, esta es una de las posibles formas en que se lleva a cabo la distribución de competencias en materia de derechos fundamentales, mas no la única. Puede suceder que los mismos derechos se conviertan en materias competenciales y por ende se citen en las listas de competencias, como sucede en algunos casos en Alemania,

[8] "Las *facultades* que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los *funcionarios federales*, se entienden reservadas a los estados". Véase la tesis de rubro: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN, LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS".

[9] La regla para el Distrito Federal es la contraria, tal y como lo dispone el artículo 122, apartado A, fracción I, que establece que corresponde al Congreso de la Unión legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa.

o que se prevea la posibilidad de que el centro legisle sobre la generalidad de los derechos constitucionales a fin de asegurar la igualdad mínima de éstos en todo el Estado.[10]

Como será expuesto con mayor detalle en el cuerpo del trabajo, la supuesta claridad en la distribución de competencias es una idea falaz, y más tratándose de derechos fundamentales, por las siguientes razones: 1. En algunos sistemas federales la atribución de ciertas competencias a la federación no necesariamente excluye la actuación de los estados. 2. La sencillez de la separación por exclusión (si es que así se entiende) es aparente, en tanto se ha visto modulada por lo que conocemos como temperamentos, es decir, aquellas excepciones al federalismo dual como son las facultades compartidas que desde hace unos años son cada vez más prolijas. 3. El sentido de norma competencial resulta imbricado, pues en algunos casos es todo menos claro si cierta disposición atribuye o no una competencia. 4. La delimitación de las materias que se contienen en las normas competenciales es de contornos muy vaporosos, y aun cuando es posible hacerlo, puede darse un entrecruzamiento material. 5. El recurrente establecimiento en distintas normas constitucionales del sujeto y la materia competencial. 6. La estructura de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales, hacen de su "localización" y la determinación de su "contenido" una tarea ardua, lo cual al tratar de conjugarse con una materia competencial se convierte casi en imposible. 7. La incidencia que tiene en estos temas las decisiones de las Cortes constitucionales.[11]

Veamos algunos ejemplos. El artículo 2, párrafo 4, de la Constitución señala: "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. *El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas*, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico".

[10] Cabellos Espiérrez, M. A. (2006), "Los derechos como materia competencial. Igualdad y diversidad en materia de derechos en las constituciones alemán, española e italiana", *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Navarra, Thomson Aranzadi, pp. 4533 y ss.

[11] Un buen ejemplo de la complejidad que tiene definir las materias competenciales es el de la educación. Véase la Controversia Constitucional 29/2000.

Esta obligación de reconocer a los pueblos y comunidades indígenas ¿otorga una competencia?, y si es así, ¿a quién? ¿Crea un derecho colectivo a ser reconocidas como tales o es sólo un deber constitucional y/o garantía institucional? En terminología de Hohfeld, ¿tal disposición contiene un derecho subjetivo, una libertad, potestad o inmunidad, y sus correlativos, deber, no-derecho, incompetencia o sujeción?

El artículo 73, fracción XXIX-O de la CM, establece que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares. El artículo 6o. señala que el derecho a la información será garantizado por el Estado, y establece la obligación de la federación, estados y el Distrito Federal de dar acceso a la información que posean. Tenemos entonces que tratándose de datos personales en posesión de particulares el órgano competente para legislar es el Congreso de la Unión, mientras que todos los niveles de gobierno son competentes para los datos en posesión de las autoridades.

¿Los estados no pueden legislar en materia de datos personales en posesión de los particulares? ¿Es la atribución expresa de la federación un motivo de exclusión de la legislación estatal o simplemente representa un deber reforzado de la federación? ¿Qué pasa si algún estado ya legisló en la materia en tanto la facultad podía entenderse como residual?

El artículo 4o., primer párrafo, establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia. ¿Cómo sabemos cuál es el nivel de gobierno competente para dictar dicha ley, más aún, cuando no existe una materia competencial relativa a la familia? ¿O es qué esta disposición está creando una materia sobre "la organización y desarrollo de la familia"?

Aunque pudiera parecer, estas preguntas no resultan tan descabelladas. Como prueba está la siguiente opinión: "Los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, con independencia de la distribución competencial que se haga. Aparte del deber de respeto, las autoridades de los distintos niveles de gobierno también tienen la obligación la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho".[12]

[12] Carbonell, M. (2004), "Derechos fundamentales y distribución de competencias", *Los derechos fundamentales en México*, México, IIJ-UNAM, CNDH, pp. 115-122.

¿Es esto así? ¿Es la respuesta tan evidente? ¿Cuáles son las implicaciones para la protección de los derechos? ¿Se justifica por el principio de homogeneidad o cada quien debe actuar en su esfera?

En pocas palabras, el trabajo que se emprende a continuación nos permitirá por un lado, tener claridad respecto a cuál es el nivel de gobierno competente para regular nuestros derechos y, por el otro, atribuir responsabilidades cuando sea omiso en su protección, exigir su actuación, e idear posibles mecanismos de defensa ante su pasividad. Determinaciones que adquieren gran relevancia en la actualidad mexicana, en la que el Poder Legislativo tiene una alta incidencia en el goce efectivo de nuestros derechos.

II. Tres cuestiones sobre los derechos fundamentales

1. Del Estado de derecho al Estado constitucional. La doble dimensión de los derechos fundamentales

A. Ideas generales

En el presente apartado pretendo dar una breve explicación del paso del Estado de Derecho al Estado constitucional, que nos permita comprender cómo los derechos fundamentales constituyen no sólo derechos subjetivos sino también valores objetivos que se traducen en la existencia de un deber general de protección y promoción por parte de los poderes públicos.

Consideraciones que, por otro lado, han dado lugar a la concepción institucional de los derechos fundamentales según la cual éstos tienen un carácter configurador del orden jurídico y político, y que ha hecho patente como la efectividad de los derechos fundamentales no depende sólo de las previsiones del constituyente, sino también de la configuración del ordenamiento jurídico por el legislador y de la actuación de la administración y los tribunales.[13] Empecemos.

Son muy diversas las circunstancias que han permitido el arribo a lo que hoy denominamos Estado constitucional. La primera etapa de

[13] Díez-Picazo, nota 7, pp. 57-77.

evolución es la que va del Estado absolutista al Estado de Derecho, la cual tuvo como causas la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del Estado que caracterizaron al antiguo *Leviatán*. Este cambio tuvo un trasfondo filosófico, consistente en una particular concepción de la dignidad de la persona, pues se transformó en el eje de toda actuación estatal, convirtiéndose así en el fin mismo del Estado.[14]

Posteriormente, a principios del siglo XX, derivado de la evidente insuficiencia del liberalismo y del formalismo decimonónico, surgió el aspecto social del Estado constitucional, qué pretendió paliar las desigualdades económicas que produjo la mera igualdad formal ante la ley. Así, por ejemplo, Hermann Heller percibió con claridad esta situación y planteó la transición del Estado liberal (de derecho) al Estado social de derecho, que serviría como correctivo a las distorsiones del liberalismo. En esta lógica, el Estado debía intervenir siempre que la economía de mercado hiciera peligrar las condiciones mismas del mercado libre o pudiera causar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.[15] Este paso se ve también reflejado en relación con los diferentes tipos de normas, mientras que en el Estado liberal los límites son negativos, esto es, prohibiciones de actuar para sus órganos, en el Estado social las normas imponen obligaciones de actuación que se traducen en una diferente estructuración de los poderes públicos.[16]

Por su parte, el aspecto democrático fue objeto de importantes previsiones apenas acabada la segunda posguerra, pues este terrible acontecimiento provocó un cambio profundo en la teoría política y constitucional. Entre sus características tenemos: el reconocimiento de los partidos políticos; la garantía de procesos electorales libres e imparciales; la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; el fortalecimiento de la organización,

[14] Cossío Díaz, J. R. (1989), "Sobre el Estado Social y Democrático de Derecho", *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEPC, pp. 25-42.

[15] Heller, H. (2002), *Teoría del Estado*, G. Niemeyer (pról.), L. Tobio (trad.), México, FCE, pp. 55 y ss.

[16] Ansuátegui Roig, F. J. (2007), *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Modelos y evolución*, Lima, Grijley, p. 101.

Para una visión crítica de la los derechos sociales véase Bockenforde, E. W. (2000), "Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho", *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, pp. 17-45.

facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; la adopción de formas de democracia semidirecta, etcétera.

La interrelación de todos estos ingredientes ha permitido que los valores materiales de igualdad y libertad convivan, dando pie a lo que se denomina Estado social y democrático de derecho. En este tenor, Rodolfo Vázquez propone: "un Estado de derecho debe incluir la referencia tanto al valor de la libertad como al de la igualdad. En este sentido sugeriría que una visión menos estrecha y, por supuesto, más sustantiva del Estado de Derecho debiera adjetivarse para concluir con la propuesta de un Estado liberal igualitario de derecho".[17]

Pues bien, en este Estado constitucional se nos presenta la referida paradoja de la regulación, consistente en que los derechos fundamentales necesitan de la colaboración legislativa para su plena eficacia. Así, los derechos se presentan como límite y objeto de la ley, o al revés, la ley es su amenaza y garantía.[18]

Otra forma de describir esta paradoja es mediante la teoría institucional de los derechos fundamentales, que subraya su dimensión objetiva y de la cual se hace derivar –a veces– una atribución de competencias al legislador que, en ocasiones, actúa en detrimento de la vertiente subjetiva. De acuerdo con ello, el legislador tiene que promocionar los derechos fundamentales, más aún cuando la efectividad de los mismos requiere de un mínimo de organización y procedimiento, circunstancia que no resulta extraña si somos conscientes que aquéllos no existen en el vacío sino en el seno de todo un ordenamiento jurídico.

Lo que subyace es una concepción de los derechos en la cual no hay contraposición entre el individuo y el Estado, pues es en éste donde puede desarrollarse aquél. Por esta razón, todos los bienes jurídicos cuya protección es condición del mantenimiento de la comunidad, constituyen condiciones de posibilidad de los derechos fundamentales. En síntesis, la teoría institucional de los derechos se vincula a la defensa de una armonización entre las exigencias del Estado social y las exigencias de la libertad.[19]

[17] Vázquez, R. (2006), "Estado de derecho y globalización", *Entre la libertad y la igualdad, Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, p. 193.

[18] Ansuátegui Roig, F. J., *op. cit.*, nota 15, p. 32.

[19] Barranco Avilés, M. C. (2000), "La idea de institución en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales", *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, pp. 172-180.

Ahora bien, ¿todos los derechos exigen el mismo nivel e intensidad de actuación por parte de los poderes públicos, y por ende, del legislador? En otras palabras, tratándose de derechos fundamentales, el legislador ¿está siempre obligado al ejercicio de sus competencias?[20] A ello dedicamos las siguientes líneas.

B. Decidir no legislando. La teoría sobre la inconstitucionalidad por omisión

Antes de comenzar es necesario hacer algunas anotaciones. 1. El objetivo de este apartado es analizar la posibilidad de calificar como inconstitucional la pasividad del legislador, y de ser así, en qué casos puede hacerse. El interés de responder a esta interrogante radica en que de hacerlo negativamente, el reclamo que pudiera hacerse al legislador sería a lo sumo de carácter político. 2. No entro en el debate de la legitimidad del control llevado a cabo por los tribunales constitucionales por ser este un aspecto relativo a la cuestión de las garantías y separable de la discusión fondo, que es la que ahora nos interesa.[21] 3. Es necesario tener en cuenta que de la mayoría de las normas competenciales no se desprende la obligación del órgano titular de ejercer su competencia, es decir, cabe la posibilidad de interpretarlas como normas permisivas, por lo que resulta necesario construir argumentos "externos" para derivar dicha obligación y así poder deslegitimar al legislador en caso de que no lo haga.[22] Dicho esto, es tiempo de pasar a su estudio.

[20] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha diferenciado entre competencias legislativas de ejercicio potestativo y ejercicio obligatorio. Véanse las tesis de rubro: "ÓRGANOS LEGISLATIVOS. TIPOS DE FACULTADES O COMPETENCIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES". "PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS".

[21] Peña Freire, A. M. (1997), "La garantía frente a la inactividad del legislador", *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, pp. 219-226. Para una visión crítica de su control por parte de los tribunales constitucionales véase Ahumada Ruiz, M. A. (1991), "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, p. 169.

[22] De esta opinión es Prieto Sanchís quien considera: "De entrada, las normas de competencia parecen presentarse como normas regulativas o de comportamientos y, más concretamente, como permisos, aunque también pueden adoptar la forma de obligaciones". Prieto Sanchís, L. (2005), "Normas primarias y normas secundarias", *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, p. 69.

La inconstitucionalidad por omisión se ha planteado principalmente en relación con el cumplimiento de los derechos fundamentales que requieren de una regulación para ser efectivamente aplicados, o más en general, con los deberes de actuación impuestos constitucionalmente.[23] No se trata entonces de aquellas normas autoaplicativas, como podría ser el derecho a la libertad religiosa en su aspecto interno o la libertad de expresión, sino más bien de normas que requieren de un desarrollo legislativo para su eficacia, que van desde el derecho a la tutela judicial efectiva hasta la mayoría de los derechos sociales, como el derecho a una vivienda digna, derecho a la salud, etcétera.[24]

Como premisa ineludible para comprender este instituto tenemos a la Constitución como norma suprema, es decir, vinculante tanto para el Estado como para los particulares con jerarquía superior.[25] A este respecto, la concepción que se tenga de la Constitución resulta determinante, ya sea que se entienda como norma que establece sólo límites o que incluye también órdenes al legislador de realizar determinadas misiones o de perseguir determinados fines. En el primer caso, una visión minimalista de la Constitución, el silencio legislativo no constituye una infracción constitucional, mientras que en el segundo, una visión maximalista, sí lo es. Más aún, dentro de esta última postura puede distinguirse entre quien considera a la Ley Fundamental como una norma dirigente, para la cual los poderes del Estado son meros ejecutores, de aquellos que la ven como una norma abierta en la cual los contenidos son tantos como los posibles en el marco constitucional, aunque haya la obligación de decidir si no desea infringirse la Constitución.[26] Así, los adeptos de la inconstitucionalidad por omisión parten de la siguiente idea:

[23] Para Gomes Canotilho es necesario estar frente a una obligación concreta, normas constitucionales que necesiten de regulación para darles operatividad práctica, o se incumpla una orden de legislar determinada.

[24] Ello no implica considerarlos como normas programáticas, sino ser conscientes que más allá de su efecto directo resulta indispensable una regulación que permita hacerlos exigibles en su totalidad.

[25] Tajadura Tejada, J. (2007), "Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales", en M. Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IIJ-UNAM, p. 283.

[26] Villaverde Menéndez, I. (1997), *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, pp. 16 y ss. Para una réplica interesante véase Fernández Rodríguez, J. J. (1998), "Constitución dirigente *vs*. Constitución abierta", *Inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, pp. 74 y ss.

> La cuestión de inconstitucionalidad se da no solamente por acción, cuando el sujeto de derecho viola una norma constitucional, sino también por omisión cuando el sujeto encargado de desarrollar un precepto de la Constitución no lo hace durante un tiempo relativamente prolongado, dando lugar, con esta omisión, al incumplimiento de dicho precepto o a la negación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.[27]

En mi opinión, si se quiere ser congruente con la doble dimensión de los derechos fundamentales, aceptando la obligación de las autoridades, incluso del legislador, de llevar a cabo acciones positivas para la protección de los derechos, debe partirse de la posibilidad de omisiones inconstitucionales del legislador. Lo que resulta más complicado es determinar si en todos los casos se exige esa actuación, es decir, si existe un deber general de regular los derechos fundamentales para efectos de tildar de inconstitucional la omisión, o si sólo existe cuando hay un mandato concreto y determinado.

2. Una mirada a los derechos desde la teoría del derecho. La complejidad de su estructura e interpretación

En esta segunda parte haré una clasificación de los derechos conforme a su estructura que nos permita analizar el texto constitucional y definir en qué casos nos encontramos frente a un derecho, y de ser así, cuál es el tipo de relación que establece, pues como fue ejemplificado en la introducción, en algunas ocasiones las disposiciones constitucionales nos plantean serias dudas. Más aún cuando tendemos a suponer equivocadamente que existe un único tipo de relación al que pueden reconducirse todas las posibles situaciones jurídicas: la relación que se establece entre el titular de un derecho subjetivo y el sujeto de una obligación jurídica, sin percatarnos además, de que en un mismo artículo aparecen, en realidad, un complejo ramillete de diversos tipos de derechos subjetivos, libertades, etcétera.[28]

[27] Dermizaky Peredo, P. (2002), "La inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, pp. 63-71.

[28] En este tema seguimos muy de cerca la explicación que hace Atienza, M. de la teoría de Hohfeld, en "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos. Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, 4, pp. 29-43.

Según nos explica Hohfeld, existen cuatro tipos de modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras modalidades pasivas (deber, no-derecho, incompetencia y sujeción). Estas ocho figuras pueden estar unidas entre sí por dos tipos de relaciones: de correlación y de oposición. Analicemos una por una.[29]

1. Derecho subjetivo ⟺ deber, ⊘ no-derecho.
2. Libertad ⟺ no-derecho, ⊘ deber.
3. Potestad ⟺ sujeción, ⊘ incompetencia.
4. Inmunidad ⟺ incompetencia, ⊘ sujeción.

Es preciso observar, como señala Atienza, que las dos primeras modalidades activas y sus correlativas (derecho subjetivo/deber, libertad/no derecho) surgen como consecuencia de la existencia de *normas de comportamiento*, es decir, de normas que establecen que ciertas conductas son obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. Por el contrario, las dos últimas modalidades activas y sus correlativas pasivas (potestad/sujeción, inmunidad/incapacidad) surgen como consecuencia de (o, si se prefiere, presuponen) la existencia de *normas de competencia*.

Dentro de la categoría de derecho subjetivo, cabe distinguir cuatro situaciones típicas, según que el deber correlativo consista en efectuar una acción positiva o bien en abstenerse de actuar, y según cuál sea el estatus deóntico de la acción del titular del derecho, consistente en exigir, facilitar, hacer posible o colaborar a que el titular del deber efectúe la conducta X. Así tenemos: 1. El titular del derecho está *facultado* para exigir (facilitar o colaborar) una acción positiva o negativa. 2. El titular del derecho está *obligado* a exigir (facilitar o colaborar) una acción positiva o negativa.

Por su parte, la libertad como conducta libre o facultativa, en tanto no es obligatoria ni prohibida, puede estar unida: 1. Al ejercicio de un derecho que tenga como deber correlativo una abstención. 2. Al

[29] ⟺ correlación, ⊘ oposición.

ejercicio de un derecho que tenga como deber correlativo acciones positivas. 3. No se presente conjuntamente con derechos.

Por lo que se refiere a las potestades como posibilidad de producir efectos jurídicos –continúa diciendo Atienza–, pueden distinguirse según su ejercicio sea facultativo u obligatorio, y según los titulares de las mismas sean los particulares (los ciudadanos) o bien los órganos públicos. Así, por ejemplo, la obligación de legislar para hacer efectivos los derechos fundamentales es una potestad de un órgano público de ejercicio potestativo u obligatorio, de la cual pueden surgir libertades, no-derechos, derechos y obligaciones para los ciudadanos.

Finalmente, se encuentran las inmunidades que hacen incompetente al sujeto pasivo para alterar mediante cierto acto la situación jurídica del titular de la inmunidad.

Pues bien, este mapa conceptual sobre los tipos de relación jurídica que puede arrojar una disposición constitucional, no es de aplicación automática sino requiere de la labor del intérprete de la norma. Así, y para seguir con el ejemplo dado en la introducción, para poder determinar si la obligación constitucional de reconocer a los pueblos y comunidades indígenas es un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, es necesaria la interpretación del operador jurídico, para posteriormente proceder a determinar su contenido.

La interpretación de los derechos fundamentales está asociada a la interpretación de la Constitución. En este sentido, los cánones de interpretación constitucional pueden ser trasladados al campo de los derechos fundamentales. Sin embargo, tal aplicación no debe considerarse como una identificación plena con los criterios de interpretación de los derechos, en la cual debe tomarse en cuenta su doble carácter que ya hemos explicado, esto es, como facultades y potestades, y como elementos esenciales del ordenamiento jurídico.[30]

Una de las directrices sobre la que me interesa llamar la atención es la que nos indica la necesidad de entender a la Constitución no como un mero agregado caótico sino como una totalidad ordenada o sistémica,[31] pues, como sucede en el tema que nos ocupa, se trata

[30] Carpio Marcos, E. (2005), "La interpretación de los derechos fundamentales", en E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, pp. 321-384.

[31] Vigo, R. L. (2005), "Directivas de la interpretación constitucional", *De la ley al derecho*, México, Porrúa, pp. 105-139.

de conjugar la interpretación de los derechos y la de las normas competenciales. En otras palabras, el reto es embonar de la manera más coherente posible la parte orgánica y dogmática de la Constitución, tarea que se complica por los términos utilizados en su texto, especialmente por las normas iusfundamentales, "si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios".[32]

De igual forma interesante son los que se refieren a la posición preferente y a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Así, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con los mismos, y en caso de conflicto entre las normas sobre derechos y normas sobre poder, la controversia debe resolverse a favor de las primeras. Asimismo, el contenido y régimen jurídico (titularidad, eficacia, límites) de los derechos debe encontrarse en principio en la Constitución y en las fuentes a las que ella remita.

III. Notas sobre el federalismo

1. Introducción

El federalismo consiste en una forma vertical de distribución del poder, en donde sobre un mismo territorio existen dos fuentes de autoridad que gozan de autonomía, siendo la Constitución el medio por el cual se distribuye. Puede considerarse como una posición intermedia entre el estado unitario y la confederación, pues hay una soberanía compartida y división de poderes entre dos o más niveles de gobierno, cada uno de los cuales tiene relación directa con los ciudadanos. La primera experiencia federal se plasma en la Constitución Americana de 1787, aunque sus orígenes teóricos puedan remontarse a la obra de Althusius "*Politica Methodice Digesta*" (1603).

[32] Zagrebelsky, G. (2007), "El derecho por principios", *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, pp. 209-230. Dworkin denomina a los principios como "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure un situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". Dworkin, R. (2002), "El modelo de las normas", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, p. 72.

Una de las razones que se han dado para su adopción es la función de garantía que cumple la retención de un número de poderes por parte de los estados que evita una indebida concentración del poder central que pudiera reducir los derechos de los ciudadanos,[33] constituyéndose junto con la división horizontal de poderes, en lo que James Madison denominó como la "doble protección de los derechos".[34]

Entre las tareas que se plantean al federalismo tenemos: 1. Determinar la forma de separar las funciones de gobierno; 2. Decidir qué corresponde a cada nivel de gobierno y; 3. Expresar constitucionalmente tales decisiones.[35]

A. Separación de funciones

Sin perjuicio de abundar un poco más cuando se trate de los modelos americano y alemán, baste decir que estos dos representan formas paradigmáticas en que esta separación se ha llevado a cabo. En el primero, conocido como federalismo legislativo, determinadas materias son asignadas a los respectivos niveles de gobierno, siendo enteramente responsables de su regulación e implementación. En teoría, se trata de un sistema de esferas separadas, donde cada nivel actúa de manera aislada. En el segundo, denominado federalismo administrativo, las responsabilidades son compartidas, pero cada nivel de gobierno con roles distintos. El gobierno federal elabora las leyes con la participación de los gobiernos estatales en la cámara alta, mientras que éstos llevan a cabo su implementación.

B. Qué para quién

La cuestión a decidir es qué tareas deben ser asignadas a cada nivel de gobierno. Según Dicey, aquellas materias que no fueran de interés común debían dejarse en manos de los estados. Los fundadores de los sistemas federales asignaron las materias dependiendo de cómo

[33] Zimmerman, J. F. (2008), *Contemporary American Federalism. The Growth of National Power*, Albany, State University of New York Press, p. 5.

[34] Hamilton. A. *et al.* (2004), *El federalista.* G. R. Velasco (pról. y trad.), México, FCE, pp. 219-223.

[35] Biglino, P. (2007), *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Madrid, CEPC, p. 131.

podía darse una mejor ejecución. En la actualidad se habla, según la lógica económica, de costos y beneficios, determinando que cualquier función que tenga repercusiones sobre un territorio significativo debe ser atendida por el nivel de gobierno más alto.

C. La definición competencial

Existen muy diversas técnicas para abordar la problemática de la distribución de competencias entre las distintas entidades territoriales. La técnica del llamado "sistema de lista" es la más característica del Estado federal y tiene dos opciones típicas.[36] Según la primera, se establece una lista de competencias pertenecientes a la federación, dejando las restantes a los estados. Su explicación radica en la unión de estados previamente independientes, por lo que se atribuyen las competencias tasadas a la federación en tanto se quieren limitar sus poderes. Estados Unidos es el caso típico.

Al contrario, cuando se trata de una descentralización, ya sea para evitar la secesión de las unidades territoriales o por cualquier otra circunstancia, lo natural es la atribución de competencias limitadas a las unidades integrantes. Es lo que se conoce como federalismo de devolución, como el de la India. Comúnmente esto se hace fijando una lista de competencias para los estados, o una para la federación y otra para los estados, agregando la cláusula residual a favor de la primera, pues se entiende a la Constitución como un orden total y al poder de los estados miembros como una creación de la misma. A cualquiera de estas opciones es común añadir algunas competencias compartidas y/o concurrentes.

Un detalle importante sobre las listas es determinar si son listas exhaustivas o indicativas, en tanto las primeras limitan, mientras que las segundas son consideradas como un fortalecimiento de los poderes enumerados. Para Biglino, en el federalismo de integración, la lista no es exhaustiva "porque puede jugar, a favor de la federación, una cláusula de poderes implícitos que le permite llevar a cabo las acciones necesarias para hacer efectivas las competencias que la

[36] Fernández Segado, F. (2003), *El federalismo en América Latina*, México, CEC México-Centroamérica, IIJ-UNAM, Corte de Constitucionalidad República de Guatemala, p. 85.

Constitución le garantiza expresamente",[37] cosa que no sucede en el federalismo de devolución, donde "se intenta suprimir cualquier espacio de indeterminación competencial".[38]

Asimismo, es necesario definir si las competencias son exclusivas o concurrentes (explícito o implícito), ya que en los estados federales como el americano "la atribución de poderes a la federación no supone, necesariamente, que los estados no puedan seguir ejerciendo en su propio territorio poderes similares a los que también posee la federación".[39] Al contrario sucede en el federalismo de devolución, en el cual hay una distribución excluyente, de acuerdo con la idea de hacer una estricta separación competencial. En esta tarea, las Cortes constitucionales tienen algo importante que decir.

2. Las normas de competencia

A. Ideas generales

El tema de las normas de competencia puede considerarse como uno de los más complejos e interesantes de la teoría del derecho, en tanto otorgan un carácter distintivo que aportan este tipo de normas a los ordenamientos jurídicos. Así lo muestra el debate que suscita su naturaleza, en el cual han participado teóricos y filósofos del derecho tan importantes como Kelsen, Von Wright, Alchourrón y Buligyn, Hart, Ross, etc. De tal forma, las propias normas del derecho establecen quién, cuándo y cómo puede ingresar o eliminar normas del conjunto.[40]

Según explica Ferrer Beltrán, existen tres tesis clásicas del carácter de las normas de competencia, i) la que sostiene que son normas que establecen obligaciones indirectas; ii) la que sostiene que conceden permisos a las autoridades para realizar acciones normativas; y iii) la que les atribuye un carácter definitorio y rechaza cualquier concepción que implique la atribución de un carácter prescriptivo a las mismas.

[37] Biglino, *op. cit.*, nota 33, p. 170.
[38] *Ibidem*, p. 177.
[39] *Ibidem*, p. 170.
[40] En la explicación y desarrollo de este apartado seguimos la interesantísima obra de Ferrer Beltrán, J. (2000), *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC, BOE, p. 187.

El término *competencia* es de uso común entre los juristas, y de especial interés para los que nos dedicamos al estudio del derecho constitucional. En tal sentido, nos preguntamos si tal o cual disposición fue expedida por la autoridad competente, pues de no ser así, existe la posibilidad de nulificar el acto o ley en cuestión por violación del principio de legalidad, según el cual el Estado solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar.

Ahora bien, debe distinguirse entre competencia y normas de competencia, pues por un lado puede darse la primera sin la segunda (por ejemplo, a través de una norma prescriptiva),[41] y por el otro, las normas de competencia pueden expresar alguna otra norma simultáneamente, ya sea una regla de incompetencia o bien alguna norma de conducta acerca del uso de la competencia[42] (estas últimas se refieren a las obligaciones y prohibiciones de las autoridades en el ejercicio de su competencia, que no siempre son fáciles de discernir de las normas competenciales).

Por otro lado, las reglas constitutivas expresan las condiciones de actualización de la competencia (básicamente reglas procesales), que sumadas a las anteriores, nos dan una tipología tripartita de los motivos de irregularidad de una norma (o de un acto jurídico), a saber: i) la emisión por un *sujeto* incompetente, ii) la violación de alguna *norma de conducta* acerca del uso de la competencias y, iii) el incumplimiento de alguna de las *condiciones* de actualización de la competencia.

En términos generales, el término competencia se relaciona con el poder jurídico para modificar el sistema jurídico, ya sea añadiendo o eliminando normas, y en las que se suele distinguir tres aspectos; el personal, el material y el procesal, no pocas veces establecidos en distintas disposiciones jurídicas. De ahí que las normas de competencia (formuladas o derivadas),[43] pueden definirse como aquellas que facultan a determinados individuos para crear normas o actos jurídicos válidos, modificando el sistema jurídico, es decir, conceden una competencia.

[41] En un sentido amplio podría decirse que también son normas de competencia.
[42] También se les conoce como normas acerca de la competencia.
[43] Las normas formuladas son las expresamente promulgadas, mientras que las derivadas se obtienen como consecuencia lógica de otras normas.

Las partes integrantes de este tipo de normas son: i) Un sujeto (órgano o personas privadas). ii) Un poder para crear normas o actos jurídicos válidos, que se ejerce conforme a reglas procesales y limitado por el principio de *lex superior*. iii) Un tipo de acto, es decir: *regular* una determinada materia, *emitir* un determinado texto normativo, *derogar* normativas, *armonizar* la regulación existente sobre una materia, *permitir*, *prohibir* u *obligar* una determinada conducta. iv) Una materia (sujeta a interpretación).

Finalmente, de igual importancia es la distinción entre normas de competencia sin más, las que van acompañadas de una norma permisiva de su ejercicio, y en las que existe una regla que prescribe su uso.

B. El elemento material de las normas de competencia

Una de las partes integrantes de la norma competencial es la materia sobre la que se tiene competencia, y cuya definición práctica es la que mayor complejidad presenta, más aún cuando pretende hacerse en abstracto. En otras palabras, de lo que se trata es de establecer la extensión del sector de la realidad acotado por el correspondiente título competencial. La importancia de esta tarea radica, como lo dice el Tribunal Constitucional español, en que:

> el orden de competencias y la definición de las que, en cada caso, se ejerzan, no puede quedar a merced de las alegaciones de las partes, sino que deben ser determinadas en atención a los criterios objetivos que sobre cada materia establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes a las que éstos y aquella se remiten.[44]

Ahora bien, la pregunta fundamental es si es posible la definición de las competencias.[45] Para Viver, es absurdo pretender dar un contenido exhaustivo y definitivo de las materias precisando *a priori* todas las

[44] Terol Becerra, J. M. (2002), "En torno a la sustantividad de las materias competenciales", en *Espacios naturales protegidos y medio ambiente*, Madrid, CEPC, pp. 159-193.

[45] En la exposición y desarrollo de este tema nos apoyamos en la excelente monografía de Viver, C. (1989), *Materias competenciales y tribunal constitucional*, Barcelona, Ariel, p. 251.

actividades abstractas encuadrables en las mismas, aplicando criterios formalistas y de forma mecánica, o pretender que pueden ejercerse sin mutuos condicionamientos o interferencias. Por el contrario, lo único que se busca es definir un núcleo fundamental de cada ámbito, establecer los criterios que permitan alargarlos a actividades conexas, e instaurar principios generalizables de prevalencia con los que solventar los problemas del entrecruzamiento entre las materias, pero nunca pensar en que puede llegarse a una perfecta y acabada clasificación en la que cualquier actividad pública pueda subsumirse a través de un mero silogismo de subsunción en esos ámbitos supuestamente configurados.

De ahí que, resulta imposible delimitar conceptos como cultura o comercio si les damos el significado que tienen en el lenguaje ordinario, en el sociológico, en el técnico o científico. Las normas que definen ámbitos materiales acotan la realidad con carácter artificial, convencional y contingente, y por ende deben interpretarse como conceptos jurídico-normativos.

Como nos explica el magistrado del Tribunal Constitucional español, lo primero que debemos distinguir es entre titularidad y ejercicio de las competencias, pues una cosa es que al ejercerse las competencias se produzcan inevitablemente interferencias y otra distinta es que sea inevitable la duplicidad entre las materias. Lo que, además, nos sirve para permitir que el título actúe como límite y pauta de orientación de la capacidad concretizadora de los actos de ejercicio.

Asimismo, debemos tener claro que la reglas competenciales tienen distintos principios de clasificación (no siempre excluyentes): en unos casos se designa la materia por referencia a un bien u objeto físico concreto; en otros se alude a instituciones o entidades de índole económica, cultural, recreativa; a disciplinas jurídicas o ramas del derecho; a institutos jurídicos; a actividades públicas o privadas; a actividades definidas de modo finalista o directivo, etcétera.

Ahora –como nos sigue diciendo Viver– el problema principal es cómo se definen en concreto los ámbitos materiales contenidos en las listas competenciales, es decir, cuál es su proceso de interpretación y aplicación. Para el citado autor, existen los siguientes pasos. El primero consiste en una definición inicial de las materias en conflicto, describiendo su contenido, sin tener en cuenta todavía los posibles vacíos y entrecruzamientos que pueden producirse entre las materias.

Esta fase depende esencialmente del concepto de materia adoptado (jurídico-normativo o de experiencia), de los elementos tenidos en cuenta para la definición de las materias (objeto, contenido y fin), y de las fuentes de las que se extraen estas predefiniciones (legislación, praxis jurídica, doctrina y jurisprudencia). En segundo lugar, hay una redefinición que solventa las duplicidades, vacíos y antinomias. La pregunta es bajo qué criterios y dentro de qué límites. Finalmente, se califican materialmente los actos, resoluciones y disposiciones objeto de litigio y se encuadran en la materia correspondiente.

Ahora bien, este proceso de interpretación se ve modulado dependiendo la concepción que se tenga del razonamiento que se lleva a cabo: objetiva, finalista o mixta. Estudiémoslas por separado.

Según la concepción objetiva, las competencias se definen únicamente a partir de dos elementos: potestades o funciones jurídicas (legislación, ejecución) y las materias. No se distribuyen competencias señalando objetivos o fines a alcanzar por los poderes públicos, pues ya se encuentran incorporados. Esto no significa que puedan desparecer por completo de la interpretación y aplicación de las reglas competenciales, sino sólo ser utilizados como elementos complementarios y excepcionales para cualificar el objeto y el contenido de las actividades que forman las distintas materias.

Las materias a su vez están formadas por dos elementos; el *objeto material* constituido por el sector de la realidad social, jurídicamente calificado y acotado, designado por referencia a bienes, instituciones o entidades, etc., pero que en última instancia se refieren a actividades humanas que se realizan sobre los mismos, y el *contenido material*, que es la actividad que los poderes públicos pueden ejercer sobre las actividades sociales que conforman el objeto material, por ejemplo, programación, planificación, ordenación, etc., que no puede ser confundido con las funciones jurídicas (legislar, reglamentar, etc.), pues sobre el mismo pueden ejercerse diversas potestades. Según esta teoría, la fuente principal para determinarlos –el objeto y contenido– es la legislación vigente en el momento en que entró en vigor la Constitución, aunque acepta otras fuentes complementarias.

Se utilizan como criterios de redefinición el principio de especialidad, que consiste en un simple contraste entre los títulos presuntamente solapados, y los de instrumentalidad y conexión material, por los cuales se hace una ponderación de las actividades objeto de

disputa, encuadrándolas en las materias con las que mantienen una mayor conexión instrumental o material.

Por último, califica materialmente los actos de ejercicio competencial a partir únicamente del objeto y del contenido. Prescinde de los efectos que pueda introducir en otras materias y de los fines secundarios o derivados que pueda perseguir. El único fin al que atiende es el que le permite identificar el tipo de actividad social y de actuación pública que caracteriza cada materia.

Otra forma de abordar el tema es el planteamiento finalista. En él la ponderación de los fines se convierte en el criterio exclusivo o, cuando menos predominante para determinar el alcance de las materias. En la primera fase se definen las materias como un conjunto de fines y objetivos a alcanzar por los poderes públicos a través de cualquier tipo de actuación. Se prescinde del objeto y contenido objetivo de las materias o se les reconoce un valor secundario, puesto que, dadas determinadas circunstancias, cualquier actividad, atendiendo a sus efectos o a sus fines, puede encuadrarse en su ámbito material. Las fuentes de las cuales se extraen, suelen ser las mismas que las utilizadas en los enfoques objetivos.

Aquí, la redefinición suele hacerse a partir de los actos de ejercicio, sin ponderar títulos o tipos de actividad en los que previamente se encuadran, pasando de inmediato a la tercera fase. Así, en caso de vacío o de solapamiento, se recurre exclusivamente a los efectos o fines del acto concreto de ejercicio y se incluye en la materia en que éstos tengan mayor incidencia o mayor coincidencia de fines. El objeto y el contenido objetivamente definidos tienen un valor secundario, de manera que actividades objetivamente pertenecientes a una materia, o actos pertenecientes a estas actividades, pueden ser atraídos por su fin o por sus efectos prácticos hacia otras materias.

Por último, está la concepción mixta, en la que las ponderaciones finalistas aparecen, bien como equiordenadas respecto a las objetivas, bien como subordinadas o subsidiarias. Se considera que las competencias no se configuran únicamente a partir de potestades o funciones jurídicas y de materias, sino también de fines u objetivos a alcanzar. En el proceso de interpretación se efectúan ponderaciones objetivas y finalistas, declarando prevalente la materia que, según estas ponderaciones, tiene más relieve en cada caso concreto.

Al igual que en la concepción finalista, suele obviarse la segunda fase, siendo la calificación de los actos concretos la parte fundamental, la cual se hace atendiendo a su objeto y contenido, a los efectos prácticos que pueden producir, y a los objetivos o fines secundarios que pretenden alcanzar. Privilegiando, en caso de contradicción entre la calificación objetiva y finalista, por la materia con la cual se tiene mayor conexión. Así pues, también en este tipo de planteamientos una actividad que objetivamente pertenece a una materia puede encuadrarse en otra en atención a los fines perseguidos por esta actividad o a los efectos que presumiblemente pueda producir.

3. La distribución de competencias en el federalismo americano

A continuación trataré de explicar la distribución competencial en dos de los modelos federales más representativos (americano y alemán) y a los cuales se ha acercado más el federalismo mexicano, que nos permitan ilustrar las diferentes posibilidades que nos brinda esta forma de descentralización del poder.[46]

En el sistema americano, conocido como federalismo dual, la división de la función legislativa se lleva a cabo por el artículo 1, secciones 8 y 10, y la X enmienda de la Constitución, que establecen una lista tasada de facultades para la federación, prohibiciones a los estados, y facultades residuales para éstos, siendo cada nivel de gobierno responsable de legislar e implementar en su propia esfera las materias que le son atribuidas, previéndose sólo los derechos de autor en la lista competencial. Detrás de este diseño está la experiencia centralizadora de Gran Bretaña y la debilidad de la Confederación de 1777.[47]

[46] Colman McCabe, N. (2002), "Our Federalism, Not theirs: Judicial Comparative Federalism in the United States", *Comparative federalism in the devolution era*, Maryland, Lexington books, pp. 1 y ss.

[47] Hueglin, T. y Fenna, A. (2006), *Comparative federalism. A systematic inquiri*, Québec, Broadview press, p. 7. Esta visión del federalismo americano no es unánime, como lo demuestra la opinión de Elazar, D. J. (1984), *American federalism, a view from the status*, Nueva York, Harper & Row, p. 3, que lo califica de cooperativo, donde, como su nombre lo indica, hay una cooperación entre niveles. De esta misma opinión es Gerston, L. N. (2007), *American Federalism, A concise introduction*, Nueva York, M. E. Sharpe, p. 10.

Ahora bien, como señala Schambek, la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar,[48] tal y como lo muestra la experiencia constitucional norteamericana. En ella pueden distinguirse tres etapas: "Federalismo de poderes limitados", "Federalismo de los derechos", y "Federalismo de estados soberanos". Analicemos cada una de ellas.[49]

En su fundación el gobierno nacional fue limitado por poderes enumerados, de manera que se protegía a los estados. Lo que éstos hicieran con su "poder de policía" no era cuestión del gobierno nacional o de las cortes federales, salvo en tres casos: 1. Se tratara de leyes retroactivas o que vulneraran la obligatoriedad de los contratos. 2. Se relacionara con la facultad del Congreso para regular el comercio entre estados. 3. Se refiriera a la a la facultad del Congreso para emitir la Ley de Esclavos Fugitivos.

Posteriormente, con la introducción de las enmiendas XIII y XIV se altera significativamente el balance del poder federal al prohibirse a los estados dictar leyes que pudieran vulnerar los derechos de cualquier ciudadano. De tal forma, se dio un nuevo poder a la federación para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las violaciones de los estados en la creación, aplicación y ejecución de las leyes estatales, protección que desafortunadamente sería rechazada por la Corte Suprema en los *Slaughter-House Cases* reduciendo su ámbito de protección, y que volvería a ser ampliada hasta la expansión de la cláusula del debido proceso.[50]

El hito fundamental de esta segunda etapa es la *Civil Rights Act* de 1964, que supuso, por parte de los estados, la aprobación del uso de los poderes del Congreso Federal para apoyar los esfuerzos de aquellas entidades deseosas de hacer valer los derechos de las minorías raciales

[48] Fernández Segado, nota 34, pp. 86-87.

[49] Barnett, R. *Three Federalisms* (en línea) (ref. 19 de mayo de 2009). Disponible en: http://lsr.nellco.org/georgetown/fwps/papers/23/.

[50] Como tendremos oportunidad de conocer, una diferencia importante entre el federalismo americano por un lado, y el alemán y mexicano por otro, es que en estos últimos las unidades integrantes están obligadas a respetar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin necesidad de un acto formal expreso de recepción de los mismos en sus respectivos documentos constitucionales.

y forzar a las reticentes a cumplir con los estándares constitucionales. Lo que además –dice Elazar–, sería la formalización de las relaciones cooperativas en el ámbito de los derechos, en el que desde tiempo atrás se consideraba podían legislar y hacer cumplir las leyes tanto la federación como los estados.[51] De lo que se puede concluir, dice Tarr, que la protección de los derechos es una responsabilidad concurrente –tanto el gobierno federal como el de los estados participan en la garantía de los derechos–, a través de las garantías constitucionales y de las leyes.[52]

El tercer periodo comienza con el *New Deal,* en el cual se da una clara centralización apoyada por la Corte ante la amenaza de Roosevelt de reformar su estructura por haber declarado inconstitucionales sus iniciativas legislativas. Este cambio se ve plasmado en el caso *National Relations Labor Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*.

Conforme a esa tendencia, la Corte Suprema hace una amplia interpretación de las facultades implícitas y la cláusula de comercio, que sirve para borrar la idea de los poderes enumerados del poder federal, convirtiendo a su legislación en un medio igualador en el disfrute de los derechos fundamentales.[53]

De igual importancia sería el ejercicio de la *preemption,* que permite al Congreso Federal desplazar la legislación de los estados en materias concurrentes, con base en la cláusula de supremacía del derecho federal (ya utilizada en 1819 en *McCulloch v. Maryland*). Dicha situación cambiará con la oposición de los republicanos al convertirse en mayoría en 1994,[54] así como por el liderazgo en la Corte Suprema del Justice Renquist, limitando la expansión progresiva del poder federal.[55]

[51] Elazar, D. J. (1996), "Federalism, diversity, and rights", *Federalism and rights*, Maryland, Rowman & Littlefield, p. 33.

[52] Tarr, A. (2005), "Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos", *Derechos y libertades en los estados compuestos*, Barcelona, Atelier, p. 40.

[53] Sánchez Ruiz, A. I. (1997), "Federalismo cooperativo *versus* dual federalism: las peculiaridades del sistema alemán respecto del federalismo norteamericano", *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, p. 28.

[54] Hueglin, T. y Fenna, A., *op. cit.*, nota 45, pp. 94-96.

[55] Con casos como *New York v. the United States* y *Printz v. the United State*, y posteriormente *United States v. Lopez*.

4. La distribución de competencias en el federalismo alemán

El federalismo alemán es una constante en su historia constitucional, aunque su concreta configuración institucional y su propia concepción, no ha sido la misma en todos los periodos históricos. Sus últimas cuatro etapas van de la Constitución del II *Reich* de 1871, pasando por la República de Weimar, hasta la Ley Fundamental de Bonn, después del infortunio del III *Reich*. En este sentido, puede hablarse de tres grandes periodos del federalismo alemán, de los cuales, por cuestión de espacio, sólo nos detendremos en el último.[56]

Según Alberti Rovira, el federalismo en la República de Bonn fue tanto una imposición de las potencias aliadas como un deseo de las fuerzas políticas alemanas de la posguerra. Con ella se introduce firmemente el principio social de precedente weimariano, donde el federalismo se revela como un método organizativo adecuado para hacer frente a la complejidad del Estado y la sociedad actuales y las tareas y funciones que ésta impone.

En cuanto a la distribución competencial hay que decir que se trata de un sistema de compenetración mutua, a diferencia de los sistemas de separación perfecta (si es que hay alguno), donde hay una recíproca influencia. Mientras la federación tiene atribuida básicamente la función legislativa, los estados ejercen fundamentalmente los poderes de ejecución, y participan en la formación de la voluntad legislativa mediante la representación gubernativa en la Cámara Alta, que lo hace "*un Estado básicamente central en lo tocante a la legislación y básicamente federal en lo tocante a la administración*".[57]

El artículo 30 de la Ley Fundamental dispone que el ejercicio de los poderes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas corresponde a los *Länder* en tanto la propia Constitución no disponga o permita otra regulación. El artículo 70.1, *Grudgesetz* (en adelante GG), establece que los *Länder* tienen derecho a legislar en la medida en que la Ley Fundamental no confiera facultades legislativas

[56] En la exposición y desarrollo del federalismo alemán seguimos muy de cerca la excelente monografía de Alberti Rovira, E. (1986), *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, pp. 7-25.

[57] Miebach, K. M. (2001), *El federalismo en la República Federal de Alemania*, Bonn, Inter Nationes, p. 31.

a la federación. Contrario a lo que pudiera parecer, de este mismo artículo 30 se concluye que el *Bund* tiene competencias expresas e implícitas, pues según su texto "en tanto la GG no *disponga o permita* otra regulación", es posible extraer competencias por medio de la interpretación constitucional. Así tenemos, como competencias no escritas: las que son a causa de la naturaleza de las cosas, a causa de conexión objetiva, y las anejas.[58]

Por otro lado, están las dobles competencias o superposición de potestades, donde ambas instancias coinciden en algunos sectores con iguales poderes, en las cuales el *Bund* no puede agotar la regulación de las materias que tenga atribuidas hasta el extremo de incluir en la misma otras que se disponen de forma autónoma, y sólo está autorizado a entrar en aquellas materias que pertenecen consecuente o coherentemente a otras que ya tiene atribuidas.

Por cuanto toca a las facultades expresamente previstas en la Constitución –continúa Alberti–, deben distinguirse tres periodos. El que llega hasta 1994, el posterior a éste y que termina con la reforma de 2006, y el régimen vigente.

Hasta el año de 1994 las diversas técnicas de legislación existentes son: legislación exclusiva, legislación concurrente, legislación marco y legislación de principios. En las materias de la primera categoría, básicamente previstas en el artículo 73, GG, los *Länder* sólo pueden legislar si a ellos los autoriza expresamente una ley federal.

En la legislación concurrente tanto el *Bund* como los *Länder* pueden ejercer poderes legislativos, pero sobre la base de la preferencia del derecho federal, de tal forma que si el primero utiliza sus facultades desplaza la legislación de los segundos, siempre y cuando se cumpla con alguna de las condiciones habilitadoras previstas en la cláusula de necesidad del artículo 72.2, GG.

Según los artículos 75 y 98.3 hasta entonces vigentes, existía una concurrencia de las potestades legislativas en la que correspondía al

[58] Las primeras son las que por su naturaleza intrínseca sólo pueden ser reguladas por el *Bund*, a menos que estén claramente atribuidas a los *Länder*. Las segundas son aquellas que necesitan ser reguladas por el *Bund*, para poder regular razonablemente una materia que tiene atribuida explícitamente, en otras palabras, constituye un presupuesto indispensable. Mientras que las anejas, no comportan una expansión de las materias del *Bund*, sino una prolongación de las funciones que la federación ejerce en una materia sobre la que ya dispone competencias.

Bund la determinación de los principios, bases o líneas directrices, y a los *Länder* la legislación dentro de dichos límites, que debían dejar un espacio sustancial a su disposición, conocida como legislación marco. Muy semejante a esta técnica, está la legislación básica o de principios, utilizada primordialmente como instrumento para articular las tareas comunes.

Ahora bien, las facultades concurrentes y marco sirvieron a la federación para vaciar los poderes de los *Länder*.[59] Ante esta situación, con la reforma constitucional de 1994 se modificaron los presupuestos del artículo 72, LF y se introdujo expresamente una vía de acceso al Tribunal para exigirle su control, lo que según algunos sería el primer paso hacia un federalismo competitivo.[60]

Posteriormente, vendrá la reforma de 2006 que pretende dar solución a diversos problemas que venían plateándose desde hace tiempo, como la parálisis legislativa que había causado el complejo proceso de negociación entre las Cámaras, así como la falta de claridad frente al ciudadano de quien era el responsable del contenido de una determinada ley o, de que la misma no se llegara a aprobar, lo cual dificultaba la atribución de responsabilidades.[61]

Esto se explica por la amplia participación que tenía el Consejo Federal en la aprobación de las leyes federales (alrededor del 60%), pues en los casos en que la mayoría de los representantes de los gobiernos de los *Länder* fueran de signo distinto al de la Dieta Federal, complicaba su negociación y aprobación. Además, tenía por incon-

[59] Cabellos Espiérrez, M. A. (2005), "Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, pp. 289-324.

[60] Artículo 72.

1. En el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida en que la federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

2. La federación tiene en este ámbito el derecho a legislar cuando y en la medida en que la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad jurídica o económica en interés general del Estado haga indispensable una regulación legal federal.

3. Puede ser determinado por medio de ley federal que una regulación legal federal para la que ya no se dé más la indispensabilidad en el sentido del apartado 2 pueda ser sustituida por derecho de *Land*.

[61] Gutiérrez Gutiérrez, I. (2005), "La fallida reforma del federalismo alemán", *Teoría y realidad constitucional*, 16, pp. 377-396.

veniente ocultar qué Cámara, y por ende qué partido político, era el responsable del entrampamiento parlamentario.

En esta tesitura, esta importante reforma reduce alrededor de un tercio el número de materias respecto de cuya regulación es indispensable el asentimiento del Consejo Federal, hace un reparto más definido de competencias entre la federación y los *Länder*, suprime la legislación marco, y reduce el número de materias concurrentes en las que se debe de cumplir con la cláusula de necesidad.[62]

Ahora, por lo que toca a la distribución en materia de derechos la Ley Fundamental reconoce expresamente tanto al *Bund* como a los *Länder* la facultad para regular derechos y deberes de los ciudadanos,[63] lo cual ha exigido un punto de equilibrio que evite el menoscabo o el detrimento de unas normas constitucionales en favor de otras, de tal manera que no ceda el principio federal ante una supuesta fuerza uniformizadora de los derechos fundamentales.[64]

IV. Los derechos fundamentales en el federalismo mexicano

1. Contexto

El federalismo en México puede clasificarse como parte esencial de nuestro diseño constitucional, pues refleja junto al principio democrático y de Estado social decisiones básicas sobre valores sociales y políticos en mutua influencia. La inspiración de nuestro sistema se encuentra en el modelo americano, "pero con notas distintas y peculiaridades que con los años se han acentuado y perfilado, hasta constituir un régimen de características surgidas de la realidad y necesidades del pueblo mexicano".[65] Además, no puede olvidarse

[62] Gómez Orfanel, G. y Arroyo Gil, A. (2007), "El reparto territorial de facultades legislativas y el Bundesrat en el federalismo alemán (1871-2006)", *Cuadernos de Derecho Público*, 26, pp. 217-275.

[63] Así, el artículo 73, fracciones 2 y 3, de la LF, establecen como facultad exclusiva de la federación legislar sobre ciudadanía y libertad de movimiento, los cuales son establecidos como derechos fundamentales por la propia Constitución.

[64] Barceló, M. (1991), *Derechos y deberes constitucionales*, Madrid, Cuadernos Civitas, Generalitat de Catalunya, Institut d´Estudis Autonómics, pp. 33 y ss.

[65] Carpizo, J. (2003), "Sistema federal mexicano", en *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 4a. ed., p. 86.

ni minusvalorarse la fuerte influencia de la estructura territorial implantada por España en América, a través de los municipios, cabildos, intendencias y diputaciones provinciales.[66]

Se establece por primera vez en el Acta Constitutiva de 1824, así como en la Constitución de ese mismo año y cuya vigencia llega hasta finales del año 1835. Se retoma en el acta de reformas de 1847 y subsiste hasta 1853. Se instaura de nueva cuenta con la Constitución de 1857, aunque por la invasión francesa y el largo gobierno del general Porfirio Díaz sería letra muerta. Finalmente, se vuelve a establecer en la Carta de 1917 teniendo como base a su antecesora y cuyo camino estará definido por el régimen autoritario que se vivió durante 70 años, convirtiéndolo en un "federalismo centralizado". Esta situación empezaría a cambiar con las reformas políticas del último tercio del pasado siglo, al permitir la participación de las minorías políticas en el Congreso, y que culmina en el año 2000, donde ningún partido goza de mayoría absoluta en ambas Cámaras.

Al respecto, resulta de gran relevancia la reforma constitucional de 1994 que hizo de nuestro más Alto Tribunal un factor determinante en el tránsito de un federalismo nominal a un federalismo normativo, pues como dice Serna de la Garza, el federalismo sólo puede funcionar si existe un sistema de justicia constitucional plenamente eficaz, capaz de resolver conflictos de competencia que de manera recurrente aparecen bajo el federalismo.[67]

A partir de entonces, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendría facultad para conocer de las controversias suscitadas entre la federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los Poderes de las entidades federativas, o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal.[68] Además, de estar en posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas generales, ya fuera por vicios formales y/o materiales. En palabras del ministro Cossío Díaz, tenemos:

[66] Fernández Segado, *op. cit.*, nota 34, p. 8.

[67] Serna de la Garza, J. M. (2002), "Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas", *Estado de Derecho y transición jurídica*, México, IIJ-UNAM, p. 233.

[68] Es cierto que la controversia constitucional existía ya en nuestro sistema constitucional, sin embargo, es a partir de la novena época donde cobra relevancia.

> un control de regularidad constitucional encaminado a permitir, por la vía de la juridificación del federalismo, la asignación de competencias "propias" de los diversos órganos de gobierno que integran esta última estructura; igualmente y de modo indirecto, son el medio paro lograr que las integraciones políticas presentes en cada uno de tales órganos, presenten sus conflictos juridificados y, desde esa perspectiva, estén en posibilidad de lograr la realización de sus propias pretensiones conforme a lo definido por la Suprema Corte.[69]

2. Distribución competencial

El carácter federal del Estado mexicano se plasma en los artículos 40 y 41 de la Constitución federal:

> Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano 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 esta ley fundamental.
> Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Por su parte, el principio rector de la distribución de competencias se establece en el artículo 124:

> Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

Al respecto –como ha puesto de manifiesto Serna de la Garza–, es interesante reparar en su devenir histórico, pues la Constitución de 1824 no previó un artículo semejante. El primer antecedente se encuentra en el artículo 80 del primer proyecto de Constitución de 1842, que disponía: "Todas las atribuciones y facultades que no se otorgan específicamente al Congreso nacional, Poder Ejecutivo y

[69] Cossío Díaz, J. R. (2008), "Consideraciones preliminares", en *La controversia constitucional*, México, Porrúa, p. 5.

Suprema Corte de Justicia, se entenderá que quedan reservadas a los departamentos".[70]

Posteriormente, en los artículos 14 y 15 del voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, se establece: "Los poderes de la Unión derivan de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción". "Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legitimo de intervenir en ellos que el de los poderes generales que la misma establece. La Constitución sólo reconoce como legítima entre todos o entre algunos de los estados, la relación que constituyó y actualmente constituye su federación". En términos muy parecidos serán redactados los artículos 20 y 21 del Acta del 47.

La utilización del adverbio "expresamente" en estos artículos no es casual, pues, como nos explica Otero, se pretendió establecer un sistema rígido de distribución de competencias que pudiera evitar la intromisión de los poderes federales en los asuntos internos de las entidades federativas, así como la injerencia de algunas de ellas en ámbitos de competencia de la federación.

Cabe recalcar que hasta ese momento no estaba establecida la reserva a favor de los estados, que vendría a aparecer hasta el artículo 48 del Proyecto de Constitución de 1856, muy parecido a la X Enmienda de la Constitución americana, estableciendo: "Las facultades o poderes que no estén expresamente concedidos por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los estados o al pueblo respectivamente". Fórmula que pasará a la Constitución de 1857 y más tarde a la de 1917, en los términos siguientes: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados".

Para el maestro Elisur Arteaga, de aquí derivan dos principios constitucionales. De acuerdo con el primero, las facultades de los poderes federales son enumeradas, de forma que si una facultad no ha sido otorgada a la federación debe suponerse le corresponde a los

[70] En la exposición y desarrollo de estos antecedentes seguimos el trabajo ya citado de Serna de la Garza, nota 64.

poderes locales. En caso de duda, el intérprete debe suponer que los poderes centrales tienen vedado actuar, y los poderes locales tienen la facultad reservada y conferida, salvo prohibición expresa o límite derivado de un derecho fundamental.[71]

De tal manera, pareciera ser que nuestro sistema tiene como base una clara y rígida distribución de competencias. Sin embargo, como lo explica Carpizo,[72] esto no es del todo cierto, pues en la propia Constitución encontramos, además de las facultades expresamente atribuidas a la federación,[73] las siguientes: facultades federales implícitas;[74] facultades atribuidas a las entidades federativas, expresa o tácitamente;[75] facultades prohibidas a la federación;[76] facultades prohibidas a las entidades federativas, absoluta[77] y relativamente;[78] facultades coincidentes; facultades coexistentes; facultades de auxilio,[79] y facultades que emanan de la jurisprudencia, todo lo cual hace más complejo su entendimiento.

De estas, las que se prestan a mayor indeterminación son las coincidentes y coexistentes, pues muchas veces no es claro ante qué tipo de fenómeno nos encontramos: una materia que puede ser ejercida indistintamente por dos entes; una duplicidad de ejercicio de funciones jurídicas sobre un mismo ámbito material; una duplicidad de actuación pública sobre un mismo tipo de actividad desde dos ámbitos materiales; una diversidad de actuaciones públicas sobre un mismo objeto o; una misma actuación sobre objetos de naturaleza idéntica pero acotados y distinguidos mediante criterios externos como pueden ser el del interés o del territorio.[80]

Pues bien, a pesar de todas estas excepciones, consideramos que el federalismo mexicano sigue basándose en la separación de materias y

[71] Arteaga Nava, E. (2005), "La interpretación constitucional", *Interpretación constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), México, Porrúa, t. I, pp. 61-120.

[72] Carpizo, *op. cit.*, nota 63, p. 94.

[73] Artículo 73.

[74] Artículo 73, fracción XXX.

[75] Artículo 116, fracción IV.

[76] Artículo 24, párrafo segundo.

[77] Artículo 117.

[78] Artículo 118.

[79] Artículo 120.

[80] Para Serna, la introducción de estas fórmulas de flexibilización sólo es posible una vez que se ha consolidado el Estado nacional, ya sea por medios autoritarios o por mecanismos de defensa de la Constitución plenamente operantes.

no sólo de funciones. Ello implica, si no quiere vaciarse de contenido a los preceptos constitucionales de distribución de competencias, que en su interpretación se presume la separación y no el solapamiento o duplicidad, a menos, claro está, que la Constitución disponga lo contrario.

3. La distribución de competencias en el federalismo mexicano tratándose de derechos fundamentales previstos en la Constitución federal

Como se hizo mención en la introducción, el objeto de este trabajo es resolver cuál es la distribución de competencias legislativas tratándose de derechos fundamentales previstos en la Constitución federal, no así del problema distinto de la previsión de derechos en las constituciones locales. Expliquemos cómo surge nuestra inquietud.

Como se sabe, en México hubo durante muchos años un desafortunado descuido de la investigación jurídica y de los planes y materiales de estudio de las escuelas de derecho, incluyendo el derecho constitucional. No es sino hasta la última década en que surgen estudios con una nueva perspectiva y con teorías innovadoras para nuestro sistema. En este contexto está la influyente obra sobre derechos fundamentales en México del profesor Miguel Carbonell, quien ha venido a colmar un vacío existente sobre el estudio completo y sistematizado de los derechos previstos en la Constitución mexicana. Así, a partir de su publicación en el año 2004, esta obra se ha convertido en un referente obligado para los estudiosos de los derechos en México.

En esta tesitura, me propuse el análisis de una parte específica de la misma referente a la relación entre derechos fundamentales y distribución de competencias en el federalismo mexicano, pues en ella se afirma que en esta materia no rige la distribución de competencias y, por ende, todos los niveles de gobierno se encuentran obligados no sólo a respetarlos sino a tomar las medidas positivas necesarias para hacerlos efectivos, incluyendo al poder legislativo.

El objetivo de las siguientes líneas es analizar la tesis que tal profesor presenta como una construcción teórica muy interesante y que nos ayuda a contrastar nuestro punto de vista, en el entendido de que la elaboración de una dogmática constitucional más fuerte y acabada

es tarea de todos y de la capacidad de un diálogo abierto y plural sobre los beneficios o perjuicios que puede acarrear una determinada postura. Comencemos el debate.

A. En materia de derechos fundamentales, ¿rige el principio de distribución de competencias?

Después de darnos una breve explicación sobre la distribución de competencias en el federalismo mexicano, el multicitado autor se pregunta lo siguiente: ¿cómo afecta el sistema de distribución de competencias a las facultades de los distintos niveles de gobierno en materia de derechos fundamentales? ¿Qué le corresponde hacer a cada autoridad en materia de derechos?

Y afirma lo siguiente: "si atendemos al *criterio de universalidad* de los derechos podemos sostener que, en principio, todas las autoridades –sin importar el nivel de gobierno al que pertenezcan– deben respetarlos. A la misma conclusión se puede llegar si tomamos en cuenta el principio de *supremacía constitucional*: en virtud de que la Constitución obliga a todas las autoridades, la distribución de competencias no puede servir de excusa para desatenderse de las obligaciones que los derechos generan para las autoridades.[81] Cita además el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como la cláusula federal.[82]

De esta forma, concluye que todos los derechos fundamentales suponen obligaciones de respeto para todos los niveles de gobierno; que hay algunos derechos que contienen "obligaciones reforzadas" de respeto, en virtud de que así lo indica algún precepto constitucional (por ejemplo, cuando asigna una competencia determinada); todas las autoridades tienen el deber de utilizar todos los medios jurídicos

[81] Carbonell, *op. cit.*, nota 11, p. 119.

[82] 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

y de otro tipo que tengan a su alcance para hacer eficaces y desarrollar todos los derechos fundamentales, a menos que la Constitución expresamente asigne algún tipo de competencia sobre cierto derecho en particular, caso en el cual las autoridades no competentes deberán de abstenerse de legislar o actuar en la materia.

Como anotación previa, y antes de entrar al estudio de la valoración de la tesis expuesta, debe notarse que hay una contradicción en la misma, pues por un lado se sostiene que la atribución de una competencia es sólo un deber reforzado, y por el otro considera que en tal caso las autoridades no competentes deben abstenerse. Dicho lo anterior, es momento de dar mi opinión.

Fue Elazar quien señaló que el federalismo, la protección de los derechos, y la idea de la sociedad civil son tres de las invenciones más importantes de los gobiernos democráticos, siendo el federalismo y los derechos una mancuerna para el desarrollo de una sociedad civil más exitosa, más democrática, más pacífica y más progresiva.[83] Así, la variable federal no es un mero factor de organización institucional, sino de comprensión de la teoría de la democracia y, en consecuencia, de las condiciones normativas que han de exigirse al ejercicio político del poder para alcanzar una comunidad justa. De esta forma, la distribución multinivel del poder afecta directamente a la concepción política de la libertad en una sociedad democrática y, por tanto, el correcto entendimiento de la administración político-constitucional de los derechos fundamentales.[84]

Junto a ello, la inevitable simultaneidad de legisladores de los derechos fundamentales abre una abanico de distintas políticas legislativas y decisiones de preferencia en la elección y selección, no de su contenido último, pero sí de las políticas públicas que configuran el entorno del derecho y que coadyuvan a su objetivación como valor

[83] Elazar, *op. cit.*, nota 49, pp. 1-10.

[84] Cabe aclarar que esta no es una posición unánime. Por ejemplo, Choper piensa que la idea de que el federalismo fue construido para proteger, o que en la realidad protege, los derechos constitucionales no tiene ninguna base lógica o histórica. Las cuestiones de la libertad individual son problemas de principio, mientras que los del federalismo están relacionados con consideraciones prácticas. Citado por Jacobsohn, G. (1996), "Contemporary constitutional theory, federalism, and the protection of rights", *Federalism and rights*, Maryland, Rowman & Littlefield, pp. 29-55.

de una comunidad y horizonte de actuación de sus poderes públicos.[85] El *quit* de la cuestión es entonces hacer del federalismo una estructura que refuerce la causa de los derechos y no obstruya su realización.

Para ello tenemos dos opciones, la primera que propugna el profesor Carbonell (teoría de la no distribución), y la segunda, más clásica pero no por ello menos protectora, según la cual la regulación de los derechos corresponderá al ente habilitado conforme a la distribución competencial que se haga en la Constitución, interpretando por un lado el contenido del derecho, y por el otro la materia referida en la norma competencial. Por ahora, basta analizar la teoría de la no distribución.

Lo primero que puede decirse es que este tipo de construcciones no resultan extrañas en este tiempo de los derechos,[86] en el que con el noble afán de hacerlos realidad, utilizamos la fuerza expansiva de los mismos como argumento capaz de justificar cuestiones que en el pasado nos parecían imposibles y que al final pueden resultar contraproducentes, pues se olvidan de las garantías más básicas del Estado constitucional como la división –horizontal o vertical– de poderes. Es lo que Elazar denomina como los excesos de la teoría contemporánea de los derechos.

Así, creo –siguiendo a Barceló– que se parte de una premisa equivocada, pues se considera que la fuerza igualadora de los derechos y deberes rompe con el pluralismo legislativo que se desprende del principio federal, lo cual es una valoración axiológica que nada tiene que ver con una lectura positiva de la Constitución. Como dice Barceló, sólo la Constitución puede establecer que una determinada norma tenga una, más o menos, fuerza igualadora; sólo la Constitución decide qué materias deberán tener un tratamiento unitario, qué materias deberán tener un tratamiento homogéneo y qué materias podrán tener un tratamiento heterogéneo; y sólo la Constitución, y no una valoración axiológica, puede exonerar a una determinada materia de pertenecer a un determinado ámbito competencial.[87]

No se nos malentienda. No defendemos el *statu quo* en materia de protección de derechos, el cual sin duda está muy por debajo del

[85] Caamaño, F. (2007), Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, pp. 36-47.

[86] Tomo prestada la famosa frase de Bobbio.

[87] Barceló, *op. cit.*, nota 62, pp. 41 y ss.

ideal y con mucho camino por andar. Tampoco queremos con ello desanimar la innovación de garantías para su protección, más aún cuando en la actualidad su violación se da desde muy diferentes frentes. Lo único que pretendemos al rechazar tesis como la expuesta, es conjugar las viejas herramientas del Estado liberal con los fuertes y justificados argumentos que nos brinda este nuevo constitucionalismo. Vayamos al grano.

En mi opinión, podríamos estar de acuerdo con la afirmación de que "*los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado*", mas no con la idea de que ello es "*con independencia de la distribución competencial que se haga*". No cabe duda que todas las autoridades, sean federales o locales, están obligadas a respetar los derechos fundamentales,[88] con fundamento en el principio de universalidad, pero ello no implica que se merme la distribución competencial. Como ya se ha dicho, ésta es junto con la división horizontal del poder la primera garantía de su protección, precisamente porque las normas de competencia amplían las posibilidades de actuación del sujeto al que se atribuye la competencia. Con mayor razón, si así se dificulta la determinación responsabilidades de la autoridad omisa,[89] pues si todas están igualmente obligadas, abrimos la puerta a la exculpa por la falta de cooperación y la atribución de la falta al otro nivel de gobierno.

A este respecto, procede hacer una distinción entre la posición de la autoridad frente al aspecto negativo y positivo de los derechos, y su relación con la distribución competencial. Nos parece que la vinculación negativa de los poderes públicos a los derechos no presenta mayor complejidad en cuanto a la distribución de competencias, y en ese sentido, podemos afirmar que todas las autoridades, con independencia del nivel de gobierno al que pertenezcan tienen una obligación de respeto. Ahora bien, el problema se presenta cuando de actuaciones positivas se trata, pues por muy justificadas que estén

[88] Esta posición no era tan clara para el constitucionalismo Americano de los padres fundadores, pues no olvidemos que la vinculatoriedad de los poderes locales a la *Bill of rights* se produjo sólo por medio de la incorporación que permitió la XIV enmienda, en tanto se pensaba que aquélla sólo vinculaba a los poderes federales. Idea acorde, claro está, con la concepción de un orden parcial que tenían los redactores de la Constitución americana.

[89] Como tuvimos oportunidad de argumentar, somos partidarios de la inconstitucionalidad por omisión.

en algún derecho, no debe olvidarse que es ejercicio de poder y por ende susceptible de violar los derechos en que paradójicamente se amparan. De esta forma, se nos presenta la necesidad de la autoridad para hacerlos efectivos y por tanto justificamos su actuación, pero olvidamos el peligro que ello implica. Sólo si somos conscientes de esta paradoja, es que vemos la importancia de la distribución de competencias.

No es que se contradiga la vinculación positiva de los poderes públicos, sino que utilizamos la garantía de la división vertical de poderes para contrarrestar el peligro que implica el ejercicio legítimo de la facultad legislativa y para deslindar con claridad a la autoridad responsable, reduciendo en lo posible la incertidumbre, tal y como se quiso hacer con la reforma al federalismo alemán de 2006. De tal manera que, si el legislador federal y/o local no hacen ejercicio de sus facultades incidiendo de manera negativa en el ejercicio de un derecho, podamos utilizar nuestra primera herramienta política para sancionarlos, esto es, el voto. En una sociedad democrática no puede ser de otro modo.

Otro argumento en contra de la "teoría de la no distribución", es la calidad de norma superior de la Constitución, que hace indisponible para las partes la ordenación de las competencias. En mi opinión, de seguir dicha teoría, la participación de los estados en el procedimiento de reforma constitucional, así como de la mayoría agravada que se requiere para la misma perdería su sentido. En pocas palabras, se desvirtuaría el ordenamiento federal y se dejaría sin protección el autogobierno de las entidades federativas, que no olvidemos puede ser considerado en sí mismo un principio fundamental.

Con ello, no intento negar la evidente interrelación entre los distintos centros de poder o la necesidad de establecer mecanismos de cooperación, sino dejar en claro que no sustituyen las reglas de competencia, pues sólo se refieren a su ejercicio, es decir, no suponen un desapoderamiento de la titularidad de las competencias. Una cosa es afirmar, como lo hace el profesor Carbonell, que la distribución de competencias no rige en la protección de los derechos, y otra es decir que sí rige pero que precisamente de esa distribución pueden resultar competencias compartidas, como es el caso de la seguridad. Lo cual tampoco significa que bajo el principio de heterogeneidad federal se posibiliten intensivas restricciones de los derechos fundamentales.

Si todo lo dicho es correcto, mi posición podría resumirse de la siguiente manera. La constitución federal extiende su radio de acción a todos los poderes públicos. En el desarrollo legislativo de los derechos participan los estados conforme al principio competencial, y respetando los límites establecidos por la propia Constitución federal. En otras palabras, corresponde a cada nivel de gobierno competente asegurar la concreción de los derechos en su ámbito respectivo, tanto en su desarrollo como en su limitación. De tal forma, rige el principio del paralelismo que autoriza una regulación diferenciada de los derechos en cada territorio, que si bien conlleva un riesgo para la igualdad de trato entre los ciudadanos más allá de lo razonable, es una cuestión genética de un Estado políticamente descentralizado y de la indeterminación de los derechos fundamentales.[90]

Detengámonos un momento sobre este punto. Es común encontrar en la discusión y diseño de los sistemas federales la preocupación sobre un piso básico de derechos iguales para todos los ciudadanos con independencia de su residencia. Así, por ejemplo la siguiente opinión: "Dejar que la decisión sobre el aborto pueda resolverse de manera distinta por cada estado es inaceptable e incoherente, al contravenir el principio de igualdad bien entendido. Una vez que el derecho a abortar ha sido identificado como fundamental, es decir, como medio necesario para lograr la aspiración filosófica de la comunidad hacia la igualdad, entonces no puede permitirse que las diferentes percepciones locales se plasmen en ley".[91]

Esta parece ser una demanda justificada pues parece difícil explicar que los derechos fundamentales varíen significativamente de un estado a otro, más aún si entendemos que una cierta uniformidad en derechos puede ayudar a construir un sentimiento de integración. Subrayamos la palabra significativamente, pues, como se ha tratado de demostrar, la diversidad es parte esencial del federalismo, y por tanto sólo en los casos de un trato diferenciado no justificado, como podría ser la violación del contenido esencial de los derechos, tendría razón de ser una regulación común no prevista expresamente en la Constitución.

[90] Esta postura es conforme con lo que la Suprema Corte ha denominado como la "autonomía en el ejercicio de las competencias", véase la tesis de rubro: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS".

[91] Caamaño, *op. cit.*, nota 82, p. 34.

En otras palabras, lo que se nos plantea es cómo conjugar ese mínimo común y los tratos diferentes que se pueden dar en las entidades federativas derivados de la distribución competencial.

Una de las soluciones que se han ideado al respecto, es la existencia en algunas constituciones de previsiones que acaban dotando de competencia al Estado sobre la generalidad de los derechos constitucionales a fin de asegurar una igualdad mínima de éstos en todo el Estado. Es lo que sucede con el art. 149.1.1 de la Constitución española, indirectamente con el art. 72.2 de la Constitución alemana y más claramente con el art. 117.II.M de la Constitución italiana.

Otra posibilidad que se ha considerado en la doctrina ante una eventual diferenciación de trato es el "derecho a escapar", así si la regulación de un estado sobre la pornografía o el aborto es demasiado restrictiva para un ciudadano, este puede cambiar su residencia a otro estado. Si bien esta "solución" no cambia en nada la situación general de los ciudadanos en todo el territorio, pues los derechos siguen estando en manos de las unidades territoriales, trata de conjugar la diferenciación intrínseca del federalismo con los derechos de los ciudadanos. Desafortunadamente no parece ser un medio idóneo, si se toma en cuenta que un cambio de este tipo implica grandes costos y sacrificios.

En conclusión, si bien pueden idearse mecanismos para solucionar la cuestión de la diversidad que plantea el federalismo, considero que ésta debe ser vista como un bien a tutelar al igual que los demás derechos fundamentales, no sólo por ser una decisión del constituyente, sino porque permite una pluralidad de opciones en la regulación de los derechos, que si no viola su contenido esencial, puede constituirse en una pieza esencial de un estado deliberativo y democrático.

B. Sí rige, pero ¿cómo saber cuál es el nivel de gobierno competente?

Si la conclusión obtenida en el apartado anterior es correcta, esto es, que la distribución competencial sí rige tratándose de derechos fundamentales a pesar de los riesgos de una diferenciación más allá de lo permitido, en tanto la diversidad propia del federalismo es una oportunidad para el diálogo, debemos responder a nuestro interlocutor ¿qué sucede con aquellos derechos en los que la Constitución

no establece ni da pista alguna sobre la autoridad que puede legislar en la materia?

Esta pregunta es inevitable, pues como lo demuestra la opinión del prestigiado investigador, esta dificultad plantea serias dudas acerca de la aplicabilidad del "principio federal" a los derechos fundamentales. En sus palabras: "Sostener que se reducen a la exclusiva competencia de las legislaturas locales parece un sin sentido, ya que entonces podríamos pensar que el Congreso de la Unión no tiene ninguna competencia en materia de no discriminación, de libertad de expresión, de libertad de imprenta, entre otros derechos; si ese criterio fuera válido serían inconstitucionales, entre otras, la Ley de Imprenta, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental".[92]

En términos argumentativos, lo que esta interrogante nos plantea son dos problemas simultáneos y concatenados, el de relevancia, en tanto existen dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso, y el de interpretación, es decir, de cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.

Pues bien, si nos detenemos en los razonamientos antes esgrimidos, aparece de inmediato una falacia naturalista, en tanto pretende justificar la competencia federal sobre no discriminación, libertad de expresión, etc., que constituye una proposición normativa, en una proposición fáctica como es la expedición de la Ley de Imprenta, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, etc. En otras palabras, lo que hace es derivar la competencia federal del hecho de la expedición de ciertas leyes federales, cuando la argumentación debería ser precisamente lo contraria. Además, y de forma un tanto escondida, lo que este argumento exige es que demos por puesto lo que se pretende probar, es decir, que el Congreso federal tiene competencia en tales materias, pues lo contrario sería un sinsentido.

Paso por paso. A mi parecer, lo que hay en el fondo de esta posición es un reclamo al Constituyente de atribuirle a los estados conforme a la regla del artículo 124, la regulación de derechos como a la no discriminación, libertad de expresión, etc. Es la cuestión que calificamos en la exposición del federalismo como división vertical del poder, de

[92] Carbonell, *op. cit.*, nota 9, p. 122.

"qué para quién", en la cual se decide que tareas corresponde a cada nivel de gobierno. En ese sentido, quizá estaríamos de acuerdo en que tales materias necesiten de una regulación uniforme, sin embargo, eso es una consideración distinta.

En segundo lugar, la calificación de ser una decisión sin sentido, justificada o no, recae en el poder de reforma de la Constitución, y por muy carente de razón que nos parezca, nuestra interpretación no puede subvertir las competencias otorgadas a los estados. La única vía constitucionalmente posible es la reforma prevista en el artículo 135.

Si esto es así, tenemos entonces que dar solución a la pregunta planteada. ¿Cómo saber cuál es el ente titular en los casos que no hay claridad constitucional? Es aquí donde cobra importancia la exposición hecha sobre la estructura e interpretación de los derechos, así como de las normas competenciales y las materias que contienen. El proceso de razonamiento sería el siguiente.

Lo primero que tendremos que resolver es si tal o cual disposición constitucional reconoce o no un derecho fundamental, esto es, un derecho subjetivo o una libertad. De ser así, pasaremos al contenido de las normas competenciales, con el objetivo de encuadrar el derecho fundamental en alguna materia prevista en el listado federal o en alguna otra parte de la Constitución. Aquí entrarán en juego las distintas teorías sobre la interpretación de las materias, objetiva, finalista y mixta. Suponiendo que hemos llegado a tal punto con relativo éxito, se nos puede presentar el problema de que la norma competencial no asigne con claridad el sujeto titular, pues como vimos en el apartado correspondiente, los elementos de esas normas pueden presentarse de forma separada, y por tanto tengamos que hacer una interpretación sistemática.[93] Demos algún ejemplo.

El artículo 4o., párrafo 3o., establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y que la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución. Este último artículo, a su vez señala

[93] La Suprema Corte ha realizado un ejercicio muy loable para describir el proceso que realiza en la definición de competencias, véase la Controversia Constitucional 31/2006.

que el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar leyes sobre salubridad general.

En principio, esta disposición nos plantea un derecho frente al estado de carácter prestacional de ejercicio facultativo, que genera un deber correlativo preponderantemente por parte del Estado a efectuar una acción positiva.

Ahora bien, su contenido tiene un haz de conductas diversas. Por ejemplo, conforme al mismo corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada. También genera la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud (conforme a la OMS es un Estado de bienestar físico, síquico y social, tanto del individuo como de la colectividad); tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, así como de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen. De igual forma, el derecho a la salud obliga a los particulares; por ejemplo, los establecimientos médicos privados están obligados a proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera, con independencia de que pueda o no pagarlo.[94]

Hecho esto, interpretaremos la norma de competencia: "la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución". Vayamos por partes.

1. Potestad que otorga: al referirse a la fuente *ley* está otorgando un poder para crear normas jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal.
2. Su contenido (o tipo de acto): *definir* y *establecer*.
3. Materia sobre el que recae el acto: bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.
4. Sujeto: La federación.

[94] *Ibidem*, p. 814.

Reparemos en el tercer elemento, la materia. Como se ve, existen dos objetos distintos, por un lado, el establecimiento de bases y modalidades para el acceso a los *servicios de salud.* Es decir, se trata de una cuestión muy precisa (bases y modalidades para el acceso) sobre una "submateria" (servicios de salud). ¿En esto encaja el derecho a la protección de la salud? Sí, en tanto la asistencia médica que está obligado a prestar el Estado se hace a través de los servicios de salud.

Por otra parte, está la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. En este caso, lo que se trata es de establecer un régimen compartido sobre la materia de "salubridad general", es decir, una parte de la materia corresponde a la federación y otra a los estados, conforme lo disponga la primera ¿En ésta encaja el derecho a la protección de la salud? Sí, pues según el artículo primero de la Ley General de Salud, que tiene como fundamento la materia de la salubridad general, señala que su objeto es reglamentar el derecho a la protección de la salud, es decir, por vía del legislador se equipara la materia "salubridad general" con el derecho a la salud, lo cual equivale hacer al derecho a la salud una materia competencial. ¿Y qué de su contenido? El artículo 3o. de la propia Ley nos da la respuesta.[95] ¿Y qué le corresponde a cada nivel de gobierno? El artículo 13 nos da la respuesta.[96]

[95] Artículo 3o. En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:
(...)
II. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables.
(...)
IV. La atención materno-infantil.
IV bis. El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas.
V. La salud visual.
VI. La salud auditiva.

[96] Artículo 13. La competencia entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:
A. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud:
I. Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento.
II. En las materias enumeradas en las fracciones I, III, V, VI, XVII bis, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII y XXIX, del artículo 3o. de esta Ley, organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud.
(...)

Se nos podría objetar que hemos escogido un caso más o menos definido por ley, y por tanto cuando no haya disposiciones que reglamenten la materia este trabajo puede ser bastante complejo y de muy poca seguridad, pues por ambos lados, el de los derechos y de las normas competenciales, está lleno de indeterminación.

En mi opinión, estos retos se plantean en el derecho más a menudo de lo que pensamos y es necesario hacerles frente con todas las herramientas que tenemos, pues, además, no parece haber otra salida si queremos conservar el principio federal. Si esto es así, la fuerza de la argumentación será nuestra única aliada.

V. Conclusiones

1. Son muy diversas las circunstancias que han permitido el arribo a lo que hoy denominamos Estado constitucional. La primera etapa de transición es la que va del Estado absolutista al Estado de Derecho, en la segunda se introduce el aspecto social, y finalmente la vertiente democrática.
2. En el Estado social y democrático los derechos fundamentales constituyen no sólo derechos subjetivos sino también valores objetivos que se traducen en la existencia de un deber general de protección y promoción por parte de los poderes públicos. Así se nos presenta la paradoja de la regulación, consistente en que los derechos fundamentales necesitan de la colaboración legislativa para su plena eficacia.
3. Si se quiere ser congruente con la doble dimensión de los derechos fundamentales, debe partirse de la posibilidad de omisiones inconstitucionales del legislador.
4. La inconstitucionalidad por omisión se ha planteado principalmente en relación con el cumplimiento de los derechos fundamentales que requieren de una regulación para ser

B. Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales:
I. Organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren las fracciones II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXVIII bis y XXX del artículo 3o. de esta Ley, de conformidad con las disposiciones aplicables.
(...)

efectivamente aplicados, o más en general, con los deberes de actuación impuestos constitucionalmente. La identificación del nivel de gobierno competente para regular un derecho fundamental, nos permite atribuir responsabilidad a quien incurra en este vicio.

5. Tendemos a suponer equivocadamente que existe un único tipo de relación al que pueden reconducirse todas las posibles situaciones jurídicas: la relación que se establece entre el titular de un derecho subjetivo y el sujeto de una obligación jurídica. Según Hohfeld, existen cuatro tipos de modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras modalidades pasivas (deber, no-derecho, incompetencia y sujeción).
6. La interpretación de los derechos fundamentales está asociada a la interpretación de la Constitución. En este sentido, los cánones de interpretación constitucional pueden ser traslados al campo de los derechos fundamentales. Sin embargo, tal aplicación no debe considerarse como una identificación plena con los criterios de interpretación de los derechos, en la cual debe tomarse cuenta su doble carácter.
7. Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional deriva de los términos utilizados en la Constitución, especialmente por las normas iusfundamentales. Ello implica una nueva comprensión de la interpretación que atienda a su estructura, y aplique un método diferente en el que se parta del problema con el que la sociedad se encuentra.
8. El federalismo consiste en una forma vertical de distribución del poder, en donde, sobre un mismo territorio, existen dos fuentes de autoridad que gozan de autonomía, siendo la Constitución el medio por el cual se distribuye.
9. Una de las razones que se han dado para su adopción es la función de garantía que cumple la retención de un número de poderes por parte de los estados, que evita una indebida concentración del poder central que pudiera reducir los derechos de los ciudadanos.
10. Como forma de distribución vertical del poder, el federalismo plantea tres tareas distintas. Primero, la forma de separar las funciones de gobierno. Segundo, determinar qué corresponde a cada nivel de gobierno. Tercero, expresar constitucionalmente tales decisiones.

11. El tema de las normas de competencia puede considerarse como uno de los más complejos e interesantes de la teoría del derecho. Así lo muestra el debate que suscita su naturaleza.
12. Debe distinguirse entre competencia y normas de competencia. El término competencia se relaciona con el poder jurídico para modificar el sistema jurídico, ya sea añadiendo o eliminando normas. Las normas de competencia (formuladas o derivadas) son aquellas que facultan a determinados individuos para crear normas o actos jurídicos válidos, modificando el sistema jurídico, es decir, conceden una competencia.
13. La importancia del orden de competencias y la definición de las que, en cada caso, se ejerzan, no puede quedar a merced de las alegaciones de las partes, sino que deben ser determinadas en atención a los criterios objetivos que sobre cada materia establecen la Constitución, y las leyes a las que aquella se remita.
14. Debe distinguirse entre titularidad y ejercicio de las competencias, pues una cosa es que al ejercerse las competencias se produzcan inevitablemente interferencias y otra distinta es que sea inevitable la duplicidad entre las materias.
15. El proceso de interpretación de las materias puede dividirse en tres etapas: definición, redefinición y encuadramiento, que se encuentra condicionado por la teoría que se adopte: objetiva, finalista o mixta.
16. En el federalismo americano la división de la función legislativa se lleva a cabo por el artículo 1, secciones 8 y 10, y la X enmienda, que establecen una lista tasada de facultades para la federación, prohibiciones a los estados, y facultades residuales para éstos, siendo cada nivel de gobierno responsable de legislar e implementar en su propia esfera las materias que le son atribuidas, previendo en su lista competencial sólo los derechos de autor. Su funcionamiento ha cambiado con el tiempo.
17. El hito fundamental en la distribución competencial sobre derechos fundamentales es la *Civil Rights Act* de 1964, que supuso por parte de los estados la aprobación del uso de los poderes del Congreso Federal para apoyar los esfuerzos de

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

aquellas entidades deseosas de hacer valer los derechos de las minorías raciales y forzar a las reticentes a cumplir con los estándares constitucionales.

18. El federalismo alemán es una constante en su historia constitucional. En él, existen facultades exclusivas de los *Länder* y del *Bund*, facultades concurrentes, marco (hasta 2006), y de principios. Como competencias no escritas están: las que son a causa de la naturaleza de las cosas, a causa de conexión objetiva, y las anejas. Su característica principal es la distribución de la función ejecutiva y legislativa entre los respectivos niveles de gobierno.
19. La Ley Fundamental reconoce expresamente tanto al *Bund* como a los *Länder* la facultad para regular derechos y deberes de los ciudadanos, lo cual ha exigido un punto de equilibrio que evite el menoscabo o el detrimento de unas normas constitucionales en favor de otras.
20. El federalismo mexicano de inspiración americana e influencia española, se vio sujeto al devenir político de nuestro país. Existen facultades expresas e implícitas de la federación, atribuidas a las entidades federativas, prohibidas a la federación, prohibidas a las entidades, coincidentes, coexistentes y de auxilio.
21. En México sí existe distribución de competencias tratándose de derechos fundamentales, que les brinda una mayor protección, y para lo cual debe hacerse una interpretación de los derechos y de las normas competenciales, cuya mejor garantía queda en la argumentación jurídica.

LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA IGUALDAD EN EL PENSAMIENTO DE ALONSO DE LA VERACRUZ

Alejandro Rosillo Martínez

Sumario: I. *Introducción*. II. *Derecho a la vida*. III. *Derecho a la igualdad*. IV. *Conclusión*.

I. Introducción[1]

Alonso Gutiérrez nace aproximadamente en 1507, en Caspueñas, entonces perteneciente a la provincia y diócesis de Toledo, ahora en la provincia de Guadalajara, España. Estudió gramática, retórica y dialéctica en la Universidad de Alcalá de Henares, y después artes

[1] Estos datos biográficos están tomados de: Beuchot, Mauricio, "Escolástica, humanismos y derechos humanos en la conquista según fray Alonso de la Veracruz", en *Filosofía y derechos humanos*, Siglo XXI, México, 2001, pp. 80-82; Beuchot, Mauricio, "Fray Alonso de la Veracruz, catedrático y filósofo", en Carolina Ponce Hernández (coord.), *Innovación y tradición en fray Alonso de la Veracruz*, UNAM, México, 2007, pp. 33-45; Mayagoitia, David, *Ambiente filosófico de la Nueva España*, Jus, México, 1945, pp. 75-80; De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz, amparo de los indios. Su teoría y práctica jurídica*, UAA, Aguascalientes, 1998; Cerezo de Diego, Prometeo, *Alonso de la Veracruz y el Derecho de Gentes*, Porrúa, México, 1985; Gómez Robledo, Antonio, "Alonso de la Veracruz. Vida y muerte", en Varios autores, *Homenaje a Fray Alonso de la Veracruz en el IV Centenario de su muerte (1584-1984)*, UNAM, México, 1986, pp. 43-52; Larroyo, Francisco, *La filosofía iberoamericana. Historia, formas, temas, polémica, realizaciones*, Porrúa, México, 1989, pp. 40-41; Heredia, Roberto, "Augurios de una nueva nación", en *Innovación y tradición en fray Alonso de la Veracruz*, *op. cit.*; Rubial García, Antonio, "Fray Alonso de la Veracruz, agustino. Individualidad y corporativismo en la Nueva España del siglo XVI", en *Innovación y tradición en fray Alonso de la Veracruz*, *op. cit.*; Medina Campos, Yail Esther, "Vida de Fray Alonso de la Veracruz", en *Alonso de la Veracruz. Espejo de los cónyuges*, Libros de

y teología en la Universidad de Salamanca, donde conoció las doctrinas de Francisco de Vitoria y de Domingo de Soto; además, ahí asimiló parte del pensamiento nominalista. En 1535, había aceptado ir a México en calidad de asalariado, pero un año después, al llegar a Veracruz, toma el hábito de la orden agustina y se hace del nombre de ese lugar. Había sido invitado por la orden para ser profesor de los frailes en las tierras recién conquistadas. Así, fray Alonso forma parte de la tercera oleada de agustinos que llegaron a la Nueva España. Arribó a la Ciudad de México el 2 de julio de 1536, y después de un año de noviciado, profesó el 20 de julio de 1537 de manos del padre Jerónimo de San Esteban, quien era el prior del convento de Santa María de la Gracia. Inmediatamente después ocupó tres años el cargo de maestro de novicios.

En 1540 partió a tierras michoacanas como profesor y misionero. Aprendió la lengua tarasca, y en su ejercicio como provincial en este lugar se fundaron los monasterios de Cuitzeo, Yuriria, Guayangareo (Valladolid), Cupándaro, Charo y Jacona. Se le considera un pionero de la filosofía en México, pues fundó cátedras, colegios, bibliotecas e impulsó la creación de la universidad. Así, por ejemplo, enseñó artes y teología en los colegios de Tiripetío (1540), Tacámbaro (1545) y Atotonilco (1545); y la fundación de estos centros de enseñanza se debió en gran parte a la actividad de fray Alonso. En 1553, enseña teología escolástica y sagradas escrituras en la recién fundada Universidad de México, y ahí fue fundador de la Facultad de Teología y la de Artes. Fue el primero en impartir un curso público de filosofía, en un recinto propiamente universitario y ante alumnos que no necesariamente estaban destinados al sacerdocio. En su primer curso pronuncia una *relectio*, en la que se cuestiona sobre las encomiendas, y defendió el dominio público y privado de los indios. Para algunos autores, como Roberto Heredia, esta "relección" significó un ejercicio de la libertad de cátedra: "En su relección de 1553-1554, en su primer curso universitario se enfrentó al poder político, a los intereses del poder económico y de la administración colonial y al poder eclesiástico en defensa de la justicia y de los derechos humanos".[2]

Homero, México, 2007, pp. XXIII-XXXIII; Velasco Gómez, Ambrosio, "Presentación", en Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, UNAM, México, 2004, pp. 7-22; Heredia, Roberto, "Semblanza biográfica", en Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, pp. 25-29; Conde Gaxiola, Napoleón, "El pensamiento analógico y hermenéutico de Fray Alonso de la Veracruz", en *El movimiento de la hermenéutica analógica*, Primero Editores, México, 2006, pp. 79-97; Torchia Estrada, Juan Carlos, "Alonso de la Veracruz (1507-1584)", en *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y "latino" [1300-2000]*, Siglo XXI-Crefal, México, 2009, pp. 712-714.

Fray Alonso de la Veracruz ocupó cuatro veces el cargo de provincial de su orden, la primera vez en 1543, al ser consejero provincial y sustituir de hecho al provincial Juan de San Román. En 1548 también fue electo provincial. Es electo por tercera vez provincial en 1557. La última vez que fue elegido provincial fue en mayo de 1575. En agosto de 1575, fundó el Colegio de San Pablo en la Ciudad de México. En 1581 fue nombrado rector provincial por la muerte del provincial fray Antonio de Mendoza.

Editó por primera vez su obra *Speculum Coniugiorum* en 1556, en México. Sus obras filosóficas fueron las primeras editadas en México (1554) y redactadas en latín: sus dos tratados de lógica (*Recognitio Summularum* y *Dialectica Resolutio*), que desarrollan el *Organon* aristotélico; tres años después fue publicada la *Physica Speculatio*, que es un tratado de filosofía natura, y además existen tres ediciones hechas en Salamanca, en los años 1562, 1569 y 1573. Los últimos años de su vida los dedicó a funciones propias de su Orden, a actividades pastorales y a preparar nuevas ediciones de sus obras. Alonso de la Veracruz murió en México, en julio de 1584.

II. Derecho a la vida

En su filosofía política y jurídica, Veracruz no es especulativo y dogmático, sino que mantiene un tono polémico. Su posición de criticar la legitimidad de la guerra de conquista es determinante. Pero una vez asumida como un hecho determinante, busca defender la vida de los inocentes, de los oprimidos y de las víctimas. Desarrolla una ética pública donde, reconociendo los derechos del colono español, denuncia los abusos que van contra de los pueblos indígenas. Por eso, constantemente en su pensamiento, tanto en lo referido a su filosofía política como a la jurídica, encontramos la preocupación por la vida de la población indígena.

[2] Heredia, Roberto, "Augurios de una nueva nación", *op. cit.*, p. 66.

La manera en que adapta el iusnaturalismo clásico a la realidad novohispánica está en relación constantemente con la defensa de las posibilidades de vida de los pueblos indígenas. Considera que el ser humano conoce por medio de la razón tanto su finalidad, como los medios convenientes y la proporción a dicho fin.[3] Para conseguirlo, es una condición irrenunciable la vida y sus posibilidades; por eso, aquellas acciones contra la vida están prohibidas por derecho natural: "En las acciones humanas si existiera alguna operación que elimine por completo el fin principal al que tiende la naturaleza en sus operaciones, ésta está prohibida por derecho natural, por los primeros principios. Por ejemplo, la naturaleza intenta la conservación del hombre, pero el homicidio directamente excluye ese fin, por esto se dice que el homicidio está prohibido por ley natural, por los primeros principios de la ley natural".[4] Y también señala: "...en todas las cosas del mundo hay de manera natural algunos principios, con los cuales no sólo pueden hacerse las operaciones propias y convenientes para esas mismas cosas, sino también las convenientes a su propio fin. Por ejemplo, conviene al hombre comer para sustentar la vida, lo que no puede hacerse si no es por la digestión de los alimentos. Por tanto, a causa de esto tiene algunos principios de la naturaleza con los que puede realizar la operación, pues tiene boca y dientes, y no sólo tiene esto por naturaleza, sino que lo tiene porque convienen para tal fin: que efectúe la operación; por esto tiene dientes afilados: para que pueda triturar mejor el alimento".[5]

Dentro de este marco iusnaturalista, cuando reflexiona sobre el segundo fin del matrimonio, o sea, sobre el mutuo obsequio que se debe establecer entre los cónyuges, habla de "las obras que atienden a la conservación de la vida".[6] Un criterio importante en su pensamiento es la vida, pero comprendiendo ésta de forma compleja e integral, es decir, no sólo atendiendo a su momento inicial y final, sino a todo su desarrollo. Por tanto, las condiciones materiales para la satisfacción de las necesidades, aquéllas que se requieren para conseguir los fines

[3] *Cfr.* Veracruz, Alonso de la, *Espejo de los cónyuges*, *op. cit.*, p. 67.
[4] *Ibidem*, pp. 71 y 73.
[5] *Ibidem*, p. 63.
[6] *Ibidem*, p. 21.

naturales del ser humano, son defendidas como una obligación de la sociedad.[7]

Encontramos diversos pasajes donde Veracruz denuncia la falta de condiciones para la producción de la vida de los pueblos indios; situaciones de opresión que conducen a la muerte antes de tiempo. Así, por ejemplo, en su tratado *De dominio*, señala la obligación del encomendero de pagar la retribución justa a los *tamemes* y a los *tlapias*: "...aquellos que, teniendo un pueblo, pedían a su arbitrio hombres para llevar su equipaje a cualesquiera otras cargas, a los que llaman *tamemes*, pecaban al exigirlos, y están obligados a la indemnización de todos ellos. De manera semejante, quienes a su arbitrio los pedían para cultivar sus campos o sus huertos, o para el cuidado de sus ganados, o para construir casas, o para acarrear leña o hierba para los caballos, o para barrer la casa, a quienes llaman *tlapias*, están obligados a la retribución de su trabajo".[8]

En el mismo tratado denuncia la explotación en contra de las mujeres, que provoca su muerte y las condiciones de vida digna de sus hijos: "Yo vi, y no una sola vez, este hecho: que las mujeres trabajaban en esto día y noche, y que por la fuerza y la violencia son encerradas en un lugar y, como si hubiesen sido condenadas a la cárcel, ahí permanecen con los hijos que están alimentando. Y de tal encierro se sigue que, si están preñadas, sufren aborto por el excesivo trabajo; si están alimentando, como trabajan en exceso y comen malos alimentos fuera de tiempo, dan pésima leche a sus hijos, y así éstos mueren. Y allí mismo los hombres que están a cargo de tales trabajos tienen ocasión para ofender a Dios. Hablo por experiencia, porque he visto cuán injustamente se hacen estas cosas. Y se les da tarea: se les da medida en anchura y en longitud; y tejen tan fuertemente, y

[7] En cuanto a la preocupación por construir las condiciones necesarias para la vida, estamos de acuerdo con la observación de Lucio Pereña, quien considera que el agustino novohispánico defiende la construcción de una economía solidaria: "Veracruz define la economía de la solidaridad y sienta las cinco líneas maestras de la moral económica: el destino universal de los bienes, la solidaridad y natural comunicación de bienes, la soberanía económica de los pueblos indios, su derecho prioritario sobre sus recursos naturales y la justa distribución de bienes como presupuesto de la paz social y reconciliación política" (Pereña, Lucio, "La economía de la solidaridad. Estudio introductorio", en Alonso de Veracruz, *De Iusto Bello contra Indos*, CSIC, Madrid, 1997, p. 25).
[8] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, IV.191, p. 176.

la hilaza debe estar tan compacta y apretada, que apenas una aguja podría pasar".[9]

En los avisos al marqués de Falces,[10] señala que para hacer un buen gobierno se debe evitar cambiar, por cualquier causa, a los indios de "tierra caliente" a "tierra fría", pues eso ocasiona su muerte al no contar con las condiciones materiales para reproducir su vida: "...tener gran cuenta en que indios de tierra caliente no vengan a tierra fría, ni con tributos, ni *tamemes*, ni a otros mensajes, si no es con causa muy urgente; porque, por la mayor parte, mueren y se acaban, así por la mudança de la tierra, como por la falta de comida, porque lo [que] an de comer a la venida y yda, lo an de sacar de sus casas y traer a cuestas; y, si no, con herbezuelas se sustentan y así mueren".[11]

El derecho a la vida es una constante a través del pensamiento de fray Alonso. A continuación desarrollaremos tres puntos donde se muestra con claridad esta defensa: el bien común, las limitantes al poder político, y la cuestión de los tributos.

1. El bien común y la satisfacción de necesidades

El tema del bien común, propio de la tradición tomista, es recurrido por fray Alonso para defender, entre otros derechos, la vida de los pueblos indios y, en general, de todos los habitantes de la Nueva España. Como en los demás temas, aunque sigue la tradición escolástica, adapta el bien común a las circunstancias propias de las Indias.

[9] *Ibidem*, IV.213, p. 183.

[10] Este texto forma parte de una colección de documentos sobre Nueva España, que se encuentra en la Biblioteca Nacional de París (*Fonds Espagnols*, N. 325, fs. 360). El marqués de Falces, don Gastón de Peralta, fue el tercer virrey de Nueva España, de 1566 a 1568, durante un periodo conflictivo pues conoció los procesos contra los hijos de Hernán Cortés. Los "avisos" de Veracruz le fueron entregados por marzo de 1566. Al respecto, señala Jesús Antonio de la Torre: "Los *Avisos al marqués de Falces* son prueba de los empeños de Veracruz, en su permanencia española, porque los derechos de los indios fueran plenamente respetados y porque se diera en Nueva España un gobierno equitativo, que fuera capaz de poner los medios administrativos y de autoridad adecuados para lograr una convivencia armónica entre los españoles y los indios" (De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Avisos al Marqués de Falces, tercer virrey de Nueva España. Directrices de política social de Alonso de la Veracruz", en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 13, UASLP, San Luis Potosí, 2006, p. 36).

[11] Veracruz, Alonso de la, "Los avisos que se dieron al señor marqués de Falces quando yva a Nueva España", en *De Iusto Bello contra Indos*, CSIC, Madrid, 1997, p. 111.

La expresión tomista "bien común" contiene dos elementos que se deben analizar de manera separada y en conjunto: "bien" y "común". Un bien es "lo que todos apetecen".[12] El bien es aquello que todos desean, y aquello a lo que todas las cosas tienden como su fin. Pero los fines de las cosas mantienen una jerarquía, y hay bienes intermedios que se ordenan a los superiores, y bienes particulares que se ordenan a los universales. Es decir, los bienes inferiores son medios para conseguir los bienes intermedios, que a su vez están en función de conseguir los bienes superiores. Por otro lado, "común" se refiere a una extensión máxima pero no de manera unívoca sino análoga, pues no se realiza de manera igual para todos, sino que se realiza en todas las partes de manera diversa pero en algún respecto igual.

El ser humano forma la sociedad para cumplir diversos fines, sean éstos bienes inferiores y medios, pero tiene que lograr de manera principal su fin último, el cual es el bien supremo. Este bien es el "bien común" de toda la sociedad y es, además, el bien correspondiente a la naturaleza humana. Se trata de un bien tanto del individuo como de la sociedad, porque en ambos se concretiza la naturaleza humana. Sin embargo, la sociedad no es un conjunto homogéneo, sino que las partes que lo componen, tanto grupos como personas, son diferentes en función de sus necesidades y capacidades. En este sentido, el bien común no se aplica de igual manera sino de manera proporcional, de forma analógica. Por eso, el bien común no se puede identificar con la suma de los bienes individuales, ni tampoco con el bien del todo. Sino que es un bien distinto, que incluye tanto los bienes individuales como el bien de la comunidad. En este sentido, señala Tomás de Aquino: "El bien común de la ciudad y el bien particular de una persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según la diferencia formal, pues no es igual la razón de bien común que la del bien particular, como tampoco es igual la razón del todo que la de la parte".[13] El bien común es un bien que aunque sólo es uno es compartido por cada ciudadano de la ciudad.[14]

¿De qué manera aplica Veracruz este concepto a la realidad novohispánica? Abunda en sus reflexiones acerca del bien común en cuanto

[12] Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, I, c. 5, a. 1.

[13] Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 7.

[14] *Cfr.* Aquino, Tomás de, *Sobre el gobierno de los príncipes*, I, 1; *In IV Sent.*, Dis. 49, qu. 1, a. 1, qu. 1, sol. 1 ad 3m.

a las obligaciones del gobernante en relación con la propiedad y la manera en que ella se encuentra sujeta al bien común, que persigue asegurar las condiciones necesarias para la vida.

En primer lugar, Veracruz afirma que contar con una organización política es un medio para la satisfacción de necesidades del pueblo, y por eso, refiriéndose a los pueblos indios, señala: "Dios no ha faltado en lo necesario dándoles, según sus circunstancias, hombres que pudieran gobernar al pueblo y dirigirlo políticamente *a su manera*".[15] Por eso, el gobernante debe dirigir todas sus acciones a lograr el bien común. En segundo lugar, al resolver casos concretos sobre el derecho y uso de la tierra, encontramos en Veracruz la preocupación de que sea en función del bien común. Pero cabe hacer notar que se trata de un bien común no referido al "interés del gobernante" sino en función de la vida de las personas; es decir, la propiedad debe usarse para asegurar la vida de todos, no de unos cuantos. En esto recupera la tradición del uso social de la propiedad que sostenían los Padres de la Iglesia primitiva.

Es importante insistir que la defensa que realiza Veracruz del derecho a la vida es universal, o sea, es para todo ser humano aunque parte de una opción por las víctimas y los oprimidos. Por eso, tratándose del bien común, éste debía contemplar tanto la vida de los indios como la de los españoles, de las dos principales culturas que formaban la joven sociedad. Como señala Heredia, "[p]artícipes y beneficiarios de lo superfluo no son ya sólo los indígenas; son también los españoles. Indígenas y españoles son una misma comunidad; el bien común es el bien común de todos".[16] En este sentido, fray Alonso afirma: "...el bien de todo el pueblo consiste no sólo en la conservación del mismo pueblo de los indios, sino en la conservación de los españoles que viven en estas partes; y como esto son pueden conservarse a menos que tengan granos para su alimentación, sembrándolos en las tierras de los indios, estas ventas y compras son lícitas, sobre todo porque el pueblo es ayudado verdaderamente en esta manera: en efecto, si los españoles no tuvieran predios y campos que pudieran cultivar y sembrar con sus bueyes, los mismos pueblos de los indios sufrirían

[15] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, X.742, p. 335 (cursivas mías).

[16] Heredia, Roberto, "Augurios de una nueva nación", *op. cit.*, p. 57.

perjuicio en su agricultura, porque se les arrancaría de lo suyo, con extorsiones y otros medios gravosos, el pan que tienen para su propio consumo; y así, ellos mismos trabajarían en exceso o sufrirían hambre, por tener que alimentar a los españoles, como enseña la experiencia donde los españoles no tienen siembras y mieses de esta clase. Por tanto, estas circunstancias deben ser consideradas y ponderadas".[17]

Como señala nuestro autor, las circunstancias deben ser "consideradas y ponderadas", pues le queda en claro que su afirmación respecto a los derechos de los nuevos habitantes en las Indias, podría servir de pretexto para justificar abusos contra los indios y legitimar el despojo de sus tierras: "Sin embargo, no quiero, a partir de esto, aprobar un hecho que sucede a menudo; porque no hay tal necesidad, pues existen en otros lugares terrenos incultos, abandonados y sin dueño".[18] En efecto, considera viable que en búsqueda del bien común el emperador otorgue tierras incultas, abandonas y superfluas, "con tal que se haga para subvenir a la indigencia de los españoles y no para lujos y abundancia, y con tal que esto se haga sin otro perjuicio en los bienes poseídos en forma particular".[19]

Los derechos de propiedad no los considera absolutos sino en función del bien común, en concreto, la propiedad de los colonos españoles tenía que ser compatible con la producción de vida de los pueblos indios. Tal vez la muestra más clara y radical de la función social de la propiedad que defiende Veracruz, como parte del bien común, es la que guarda relación con el derecho a la vida. Se trata de su postura respecto a evitar la concentración de riqueza (lo superfluo) que ocasiona la indigencia, la pobreza y, por lo tanto, la muerte. Es decir, en su pensamiento encontramos una visión dialéctica entre riqueza y pobreza, y considera que la acumulación superflua de bienes tiene como consecuencia la negación del derecho de los pueblos de satisfacer sus necesidades materiales para reproducir su vida: "Si algún ciudadano poseyera en gran abundancia y tuviera bienes superfluos, podría el gobernante de la república, por la potestad que se le ha conferido, darlos a aquel *que padeciera necesidad*, y, aun contra la voluntad del dueño, quitárselo (...) si uno posee bienes,

[17] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, VI.309, p. 210.

[18] *Ibidem*, VI.316, p. 211.

[19] *Ibidem*, VIII.470, p. 259.

podrá darlos a otro que no tiene, para que así *se guarde la equidad*; y esto, sea en el mismo pueblo, sea en otro: porque entonces podrá tenerse en vista el bien de toda la provincia, que él debe buscar más que el bien de un solo pueblo".[20]

La misma regla aplica en cuanto a las propiedades comunitarias, siempre que sean bienes comunales superfluos y que deben entonces destinarse para el bien común.[21] En dicho sentido señala, siguiendo su postura iusnaturalista: "Parece cierto por la luz de la razón que se nos ha impreso, que el que tiene debe compartir de lo superfluo con el indigente. Pues así la naturaleza, providente con el individuo, destina este sobrante superfluo a la conservación de la especie. Por tanto, si sucede que ciertos hombres tienen en la república esto superfluo, y lo retienen con gran avaricia, también cometen injusticia cuando no lo dan a los indigentes. Este mal debe arrancarse de la república por la persona que gobierna, pues a él corresponde *hacer buenos ciudadanos y dirigirlos a la virtud*. Podrá, por tanto, aunque estos mismos no quieran, quitarles los superfluo y darlo a los que menos tienen, para que así *haya igualdad y preserve la justicia, dando a cada cual lo que es suyo*; porque aquello superfluo era de quienes padecían indigencia. Por tanto, así en este caso, el rey y el virrey guardan tal justicia".[22]

Saltan a la vista, desde una postura pura liberal que no recupere la tradición republicana de la "virtud cívica", los riesgos contra los derechos del individuo que se encuentran en el bien común según Veracruz. La frase "hacer buenos ciudadanos y dirigirlos a la virtud" puede ser criticada por buscar imponer una moral particular como ética pública; es decir, de realizar una política basada en un orden moral, por encima de una política respetuosa y cumplidora de derechos. No obstante, en este punto, nuestro autor no defiende propiamente un "bien común moral" sino un "bien común político y económico".[23] Es decir, un bien común que significaba la construcción de una economía solidaria en la joven sociedad novohispánica, que estableciera

[20] *Ibidem*, VIII.468, p. 259 (cursivas mías).
[21] *Ibidem*, VI.332-VI.
[22] *Ibidem*, III.136, p. 161 (cursivas mías).
[23] El propio agustino utiliza la expresión "bien político" como sinónimo de bien común: "concedo que los tributos se reciben justamente en razón de la administración y gobierno relacionados con el *bien político*" (*Ibidem.*, II.99, p. 147), cursivas mías.

las bases para la existencia de las condiciones para la satisfacción de las necesidades de los pueblos.

No se trata de identificar el bien común con el bien de un ente abstracto, como el Estado o la Corona (o el mercado) –no es una postura colectivista–, sino de un bien que impone al gobernante la obligación de procurar una igualdad material y no meramente formal. Propone que la justicia sea una justicia material, que asuma el derecho como una serie de medios para la satisfacción de las necesidades que le impone la naturaleza al ser humano; es decir, como un conjunto de derechos naturales. Por eso, el agustino pide prudencia en esta política del bien común para que no se dañe el bien particular: "…es necesario advertir que se obre de esta manera para el bien común, y con el menor detrimento con que pueda hacerse; y que en aquel bien común se incluya aquel bien particular en el cual está el detrimento".[24] En efecto, para autores como Heredia, lo complicado en el planteamiento de Veracruz no es determinar el bien común –ése significaría la satisfacción de necesidades para la vida según la naturaleza– sino en saber qué es "lo superfluo" que le corresponde al indigente: "El bien común tal vez puede definirse sin grandes problemas. Pero, ¿cómo podría definirse lo superfluo? Para fray Alonso la delimitación seguramente no habría sido tan difícil. A nosotros ahora no nos parece tan fácil. Pero, en todo caso, teóricamente el problema está planteado: la naturaleza providente ha destinado lo superfluo a la conservación de la especie –algún filósofo, algún teojurista, algún biólogo podría intentar una explicación–: la idea parece atrevida para el siglo XVI novohispano. Lo superfluo pertenece a aquellos que no tienen, a los indigentes –algún político, algún sociólogo, algún economista podría proporcionar una explicación razonable. Porque los textos están ahí".[25]

Efectivamente, el agustino realiza diversas reflexiones para determinar con claridad, sobre todo tratándose del problema de la tenencia de la tierra, cuándo se está ante algo superfluo que corresponde al indigente. De inicio, se deben respetar los derechos de los indios sobre sus propiedades, y no quitárselas usando como justificación el "bien común": "Es necesario considerar ahora si de otro modo

[24] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, III.137, p. 162.
[25] Heredia, Roberto, "El *dominium* de los indios", en Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, p. 57.

puede mantenerse a salvo este bien común sin detrimento del bien particular. Porque entonces no valdría la donación. Por ejemplo, si en lugares distantes puede haber pastos que nunca fueran ocupados ni poseídos, entonces no es lícito conceder, con daño de los naturales, este campo donde hay daño y detrimento; y de modo semejante, si en otra parte pudiera haber campos de siembra, aunque el lugar esté distante, entonces no debe concederse este campo contra la voluntad del pueblo".[26] Fray Alonso establece una reserva práctica y prudente; si en aras del bien común una parte de la comunidad o un individuo –sobre todo el indio, víctima de la conquista– debe sufrir daño, esto debe examinarse y tratar de evitarse, ya que es necesario considerar que el bien común debe contener en lo posible el bien particular.[27]

Entre las diversas hipótesis que Veracruz analiza, considera que si conviene al bien de todo el pueblo que algunos determinados predios de particulares se vendan, aun en contra de su voluntad, una vez entregado el pago justo por medio del gobernador del pueblo, la venta se considera lícita.[28] Pero es condición necesaria que el precio pagado sea justo y sea entregado al dueño; de lo contrario, no se está actuando conforme al bien común, pues se daña imprudentemente el bien particular. En esta hipótesis, Veracruz hace referencia a casos en que los gobernadores se quedaban con el pago de la tierra, sin dárselo a los dueños. Como se observa, en esta postura encontramos los criterios de la actual expropiación por utilidad pública.

Esta política del bien común tampoco puede ser un pretexto para enriquecer el gobernante o a otras personas, estableciéndose así un límite al poder: "...debe advertirse que esto que se concede sea para el bien común y no para el privado; que sea para proveer a la república de cosas necesarias, y no para facilitar que los hombres cambien de situación y tengan ocasión de ensoberbecerse. Pues, si se hace la distribución o donación de manera que se quite a alguien lo superfluo

[26] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, III.138, p. 162.

[27] "...es para el bien común, como supongo, quitar a uno de lo que es superfluo y darlo a otro que no tiene. Por consiguiente, podrá hacer aquellos que sea para el bien común. Esto es manifiesto, porque el bien de los particulares redunda en el bien común, así como el mal de los particulares va en detrimento del pueblo" (Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, XI.466, p. 258).

[28] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, VI.305, p. 209.

para que otro posea lo superfluo, entonces es mejor la condición del que posee, y no puede quitársele justamente contra su voluntad, ni aun por el príncipe".[29]

La política del bien común propuesta por Veracruz también establece otros límites a la propiedad; si el gobernador o el señor del pueblo venden, con el consentimiento del pueblo, los campos comunales cultivados o no, es lícita la operación a menos que esto sea para ruina del pueblo.[30] Así, dentro de este criterio, explica el siguiente caso: "...en el caso de vender campos comunales de algún pueblo, que parecen superfluos, para pastos de ganados, fuera causa de perjuicio para el pueblo, porque todas las siembras de los ciudadanos serían destruidas, pisoteadas o devoradas, si los ganados están cerca del pueblo, como suele suceder, en tal caso, aun cuando existiera la anuencia del gobernador y del pueblo, y aun el consentimiento del virrey y del emperador, la venta sería ilícita".[31]

Esta política del bien común busca hacer efectivo el derecho a la vida de los pueblos. No se trata de una visión colectivista de la sociedad, que pase por encima los derechos de los individuos. Como él mismo señala, debe evitarse que el gobernante dañe el bien particular en búsqueda de lograr el bien común. Así, en las hipótesis que analiza, confronta el derecho a la vida con el derecho de propiedad, y sin negar éste, considera que debe hacerse una prudente ponderación entre ambos derechos para que al indigente –el que no puede ejercer efectivamente su derecho a la vida– le sea entregado lo que le corresponde por su calidad humana y por pertenecer a una comunidad. Lo superfluo no puede ser protegido por el derecho de propiedad cuando hay otros que viven en la indigencia. Es un bien común construido desde la perspectiva de las diversas víctimas del sistema colonial, y no desde la visión de la Corona.

2. Límites al poder del gobernante y la cuestión de los tributos

En el pensamiento de Veracruz encontramos diversas limitantes al poder del gobernante que funcionan como protección de los goberna-

[29] *Ibidem*, III.139, p. 162.

[30] *Cfr. Ibidem*, VI.322, p. 213.

[31] *Ibidem*, VI.325, p. 214.

dos. En este apartado queremos mostrar cómo algunos de estos límites están en función de respetar y fomentar la vida de los pueblos, entre las que destacan las relacionadas con la explotación laboral y el cobro de tributos. Dos aspectos estrechamente relacionados con el derecho a la vida pues, desde la perspectiva de nuestro autor, significan formas de negar a los pueblos los medios materiales para satisfacer sus necesidades. De hecho, al inicio de su tratado *De dominio*, describe la situación de negación de vida que sufren los pueblos indígenas debido a los abusos de los encomenderos: "De igual modo no puede hablarse de negligencia por parte del pueblo o del verdadero y antiguo señor antes de la llegada de los españoles; porque en esto no son negligentes quienes respirarían, si pudieran, y clamarían, si fueran escuchados, contra la tiranía y opresión que padecen, no por parte del emperador, sino de algunos a quienes fue encomendada la custodia del pueblo, que los devoran como manjar de pan, los despojan, los desgarran, los destruyen y de ningún modo los defienden; sino que piensan que prestan un servicio a Dios, tanto mayor cuanto más los afligen con tributos y otras exacciones. Soy testigo de vista".[32]

Por otra parte, en los consejos al marqués de Falces, concretamente en los numerales diecinueve y veinte, encontramos descripciones de cómo se realizaba la explotación a los indios, despojándoles de sus ganancias por medio de colocarlos en un estado alcohólico, y esto con la intervención o con la anuencia de alcaldes mayores y corregidores. En efecto, para procurar el bien común, aconseja al marqués detener estos abusos: "Décimonono, poner mucho cuidado (...) en que a los indios no se venda vino de Castilla, porque en esto ay muchos males: lo uno, que lo compran y sin medida los principales beben y se emborrachan; lo otro, que los mercaderes que lo venden, les venden vinagre por vino y aun lo aguan y en pretio excesivo. Y esto es comúnmente en las costas donde ay cacao, que es la moneda que corre y es bebida de los indios. Y llévanles de México muchas cosas impertinentes para ellos y se las fían asta la cosecha: y lo que vale 15, toman ellos por diez; y lo que dieron, no valía seis".[33]

En los mismos avisos, Veracruz pide que no se permita que el trabajo en las minas sea considerado como un tributo. En primer lugar,

[32] *Ibidem*, I.44, p. 128-129.
[33] Veracruz, Alonso de la, "Los avisos que se dieron...", *op. cit.*, p. 111.

porque esto significaba que los indios no recibieran el salario que en justicia les correspondía; en segundo lugar, porque es un trabajo excesivo que provoca la muerte y la reducción de la población: "En lo que toca a las minas, a de aver mucho recato y consideración que ya totalmente sea quitado todo el servicio y tributo que se solía dar en quantidad de hombres que yvan a servir a las minas. Y, en esto, fuera del trabajo ser excesivo, era ocasión de muchas ofensas de Dios y de los pueblos desminuyr; que se advierta que, como abominable se tenga, y aunque se pida este modo de tributar, no se conceda".[34]

Dentro de esta lucha contra la explotación de la mano de obra del indio, Veracruz se fundamenta en las *Leyes Nuevas*, y señala que el emperador ha condenado "todos los servicios personales, como son los servicios para cavar minas y todos los demás, como son la custodia de los rebaños o de las casas u otros, que quienes exigen eso, obran injustamente y están obligados a restituir".[35] En efecto, se opone a que se considere el trabajo como una forma de tributo, pues esta práctica significaba la explotación de la mano de obra del indio; de ahí que exija que todo trabajo debe ser retribuido con un salario justo. Pero, por otro lado, también pide que, al quitar el tributo de trabajo en las minas, se cuide que el salario sea entregado directamente al trabajador, y no quede en manos del cacique, gobernado o principal del pueblo: "Es de mucho advertir que así como solían yr indios de los pueblos por tributos a las minas, agora van alquilados; y este alquile, porque su manera de gobierno es así, no se aze con los que lo an de trabajar sino con el cazique o governador o principal, y éste toma la paga de todos y éste les manda yr. Y es ordinario que a los que trabajan no les dan el jornal concertado sino que el señor o principal se queda con él o un parte".[36]

Es importante darse cuenta la manera en que Veracruz –aunque en otros aspectos respeta a las autoridades indias y a su organización comunitaria (como en el caso de la propiedad comunal)– defiende el derecho de cada individuo al producto de su trabajo, a su salario justo, no admitiendo que el cacique sea quien reciba toda la paga. Esta es una muestra concreta de cómo la política del bien común

[34] *Ibidem.*, p. 106.
[35] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, IV.206, p. 181.
[36] Veracruz, Alonso de la, "Los avisos que se dieron...", *op. cit.*, p. 107.

defendida por el agustino no niega los derechos de cada persona, en su esfera individual, sino que los contiene. Congruente con su postura, exige que cada individuo reciba el producto de su trabajo para poder vivir, pues ello es parte del bien común que debe procurar el gobernante: "Dévese tener mucha cuenta en que se encomiende a los alcaldes mayores de las minas que desto avisen y pregunten a los indios que de los pueblos trabajan, si an recibido su jornal, y azer que, en efecto, se page al que lo trabaja. Y no se tenga esto por cosa liviana: que es muy pesada y inportante y scrupulosa y muy cargosa a los pueblos. Y lo sé como quien lo ha visto y tratado así con los indios como con mineros".[37]

Veracruz rechaza la servidumbre de la encomienda que colocaba a los indios en peor situación que en los casos de esclavitud que existían en algunos pueblos prehispánicos. De hecho, al hablar del abuso en los tributos que pesaban sobre los pueblos indios a cargo de los españoles, recuerda la esclavitud del pueblo hebreo en Egipto: "Y así, ¡oh dolor!, el pueblo clama ahora como en otro tiempo bajo la servidumbre egipcia".[38] Por eso, propone que la Corona elimine la encomienda y, en todo caso, la sustituya por un tributo justo que no significase una mayor carga a la que tenían los indígenas con sus gobiernos originarios, previo a la llegada de los españoles.[39] Esto lo lleva a realizar diversas reflexiones sobre los tributos, empezando por establecer el fundamento de la legitimidad de exigirlos.

En la duda I de su tratado *De dominio*, pregunta si aquellos españoles que tienen pueblos en las tierras recién conquistadas, sin título, pueden justamente recibir tributos o, en caso contrario, están obligados a la restitución de los mismos y a la renuncia del pueblo.[40] La duda inicia citando el versículo 22 del capítulo 21 del evangelio de Mateo: "Dad al César las cosas del César y las que son de Dios a Dios".[41] Al responder esta duda, establece un límite en el cobro

[37] *Ibidem*, p. 107.

[38] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, IV.223, p. 185. Este uso del texto bíblico del Éxodo es coincidente con la hermenéutica que realiza la Teología de la Liberación.

[39] *Cfr.* Velasco Gómez, Ambrosio, *Republicanismo y multiculturalismo*, Siglo XXI, México, 2006, p. 97.

[40] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, I.3, p. 117.

[41] *Ibidem*, I.1, p. 117.

de impuestos: tiene que venir de una persona competente, que haya recibido tal facultad de parte del emperador o del gobernador. En este sentido, en la tercera proposición, señala que quien recibe tributos sin la comisión o donación del emperador o del gobernador, lo hace de manera injusta y está obligado a la restitución.[42] Esto se complementa en la quinta proposición, cuando afirma que si alguno se hace pasar por encargado de un pueblo, pero sin legitimidad alguna pues sólo lo ocupó, ya por la fuerza, ya por autoridad propia sin violencia alguna, entonces no es verdadero señor y está obligado a restituir todos los tributos percibidos.[43]

Dicha limitante al poder que establece Veracruz respecto a la legitimidad en el cobro de los impuestos tiene una estrecha relación con la política del bien común. El hecho de que la concesión del emperador otorgara legitimidad para tal cobro, funcionaba de fundamento para ciertas características que deberían tener los tributos. En la primera conclusión de la duda II de su tratado *De dominio*, afirma: "El emperador, al recibir los tributos de estos naturales, está obligado a tener cuidado no sólo de su bien temporal sino también de su bien espiritual. Es evidente: porque, como el rey existe por el reino y no el reino por el rey, *el rey está obligado a procurar el bien del mismo reino, puesto que ésta es la razón de exigir tributos justos*. En efecto, quien ara, ara en la esperanza de cosechar, y el beneficio se dice debido en razón de una obligación".[44]

En esto observamos dos características de los tributos: deben ser justos y su fin es el bien del reino, el bien común, y no el enriquecimiento del emperador. Más adelante, en el mismo texto, lo repite de manera puntual: "[L]os estipendios y tributos justos se dan por el pueblo en orden a su cuidado y gobierno, obligación que está en el que los recibe".[45] También señala que el gobernante "debe dirigir todas sus obras al bien común, y para el bien común, se le deben establecer los tributos necesarios para un sustento congruo".[46] El cobro de tributos a los indios no debe ser una forma de enriquecimiento de la metrópoli, sino la manera de que el gobierno novohispánico se

[42] *Cfr. Ibidem*, I.21, p. 122.

[43] *Ibidem*, I.31, p. 125.

[44] *Ibidem*, II.56, pp. 133-134 (cursivas mías).

[45] *Ibidem*, II.101, p. 148.

[46] *Ibidem*, I.8, p. 119.

haga de recursos materiales para promover el bien común tanto en las poblaciones indias como en las españolas.

Ahora bien, si el emperador está obligado a destinar los tributos para el bien común, con mayor razón las autoridades novohispánicas, y en especial los beneficiarios de una encomienda, que se funda en una concesión hecha por aquél. Si no cumplen con esta condición, entonces la donación no es válida y se debe proceder a la restitución.[47] En este contexto, el encomendero, según nuestro autor, tiene obligaciones muy precisas para promover el bien común del pueblo que le ha sido encargado; así, por ejemplo, señala: "...el español, a quien llamamos *encomendero*, está obligado a que la convivencia en su pueblo sea pacífica y no haya robos ni extorsiones".[48] "...porque aquel que posee un pueblo está obligado a aplicar la diligencia y cuidado necesarios para la instrucción de los naturales".[49]

Otra limitación que establece nuestro autor al poder político es una garantía de seguridad jurídica: los impuestos tienen que estar tasados. Si no lo están, entonces deberá restituirse lo que se cobró: "[P]orque cualquiera que exige aquello que no es tributo, obra injustamente y está obligado a la restitución. Pues bien, quien exigía algo más que el tributo, es de esta clase".[50] Además, esta tasación debe ser clara para evitar arbitrariedades:

> Y juzgo que esto es verdadero no sólo respecto del verdadero señor, cuando en la tasación de los tributos no habían sido estipulados tales servicios, sino también en el caso en que la tasación era sólo en la forma de estas palabras: 'y queremos que les sirvan en sus haciendas y granjerías', como fueron muchas tasaciones de esta clase (...). Pues con esta cláusula no se justifica su avidez, para que pudieran pedir lícitamente lo que quisieran: *tamemes, tlapias, guardas de ganados, yerba para caballos. La razón porque tal tasación es injusta es que deja el tributo en la confusión, dependiente sólo de la voluntad de la persona a la cual se debe el tributo*. A causa de esto cualquiera que fuese la tal tasación de tributos hecha por quien tiene autoridad y de acuerdo con la intención del emperador –lo cual negamos–, no valdría, porque la voluntad sería inicua y la imposición, impía.[51]

Congruente con su postura democrática del poder sostiene la necesidad de que los tributos sean consensados con el pueblo: "Para que el virrey estuviese libre de pecado debería, antes de la tasación de los tributos, investigar por medio de algún varón totalmente digno de fe (...) para que interrogue a los naturales qué pueden cómodamente pagar de tributo".[52] Y esto debe hacerlo el virrey para evitar abusos, pues así vería "los engaños y fraudes que hacen por los españoles y por los *calpisques*".[53] Es decir, la justicia en los tributos depende, en parte, de que sean aceptados por todo el pueblo, y no sólo por sus nobles o principales: "Para que los tributos que se imponen sean justos, no es suficiente que se impongan en aquellas cosas que hay en tal pueblo, ni basta que intervenga la voluntad del mismo gobernador de los indios, a quien llamamos *cacique*, ni basta tampoco para la justicia que intervengan la voluntad de los nobles, a quienes llamamos *principales*, sino que se requiere el asentamiento y la voluntad, expresa o implícita, del pueblo".[54] En los avisos al marqués de Falces, señala que la conmutación de los impuestos también debe realizarse con consulta al pueblo, pues esto evita actos de corrupción: "Lo octavo, que se advierta que, quando se a de hazer alguna conmutación de tributo, en algún pueblo, de dinero en comida o en ropa, o de ropa en dinero, que no se aga porque lo dize uno o dos o más principales, sino que se dé parte al pueblo que es el que lo a de trabajar. Y esto se haze fácilmente scriviendo una carta al ministro que allí estuviere, fraile o clérigo; porque acaeze sobornar a los mayores con una botija de vino, o un sombrero, o una capa vieja de Castilla".[55]

Ahora bien, Veracruz señala que si el dominio es justo, entonces se puede recibir legítimamente *tributos moderados*.[56] Esta limita-

[47] En efecto, el agustino señala: "Por tanto, siendo así que el emperador dona bajo una condición, si ésta no se cumple, no obliga la donación. De igual manera debe considerarse, si lo hace por una causa final; y si, según un modo, si éste no se cumple, la donación no obliga. Por tanto, cuando se dona un pueblo con alguno de estos modos, para que lo instruyan y a ello apliquen diligencia, se sigue que, si no se cumple la causa, el modo o la condición, la donación no vale, y se estaría obligado a la restitución, como se dijo en la primera duda" (*Ibidem*, II.71, p. 138).

[48] *Ibidem*, II.95, p. 146.

[49] *Ibidem*, II.92, p. 145.

[50] *Ibidem*, IV.194, p. 177.

[51] *Ibidem*, IV.199, pp. 178-179 (cursivas mías).

[52] *Ibidem*, IV.224, p. 186.

[53] *Ibidem*, IV.224, p. 186.

[54] *Ibidem*, IV.216, p. 184.

[55] Veracruz, Alonso de la, "Los avisos que se dieron...", *op. cit.*, p. 109.

[56] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, I.13, p. 120.

ción respecto a la cuantía de los impuestos es fundamental en su pensamiento, pues significaba una manera de proteger la vida de los pueblos ante los abusos de la encomienda y de las autoridades: "... puede exigir y recibir tributos moderados, porque, si éstos exceden la capacidad de los súbditos, son exigidos y recibidos inicuamente. Es evidente: porque el derecho para recibirlos no puede ser mayor en éstos que el que habría en el mismo emperador, si exige tributos excesivos. Por tanto, de manera semejante aquél a quien se ha encomendado una población, etcétera, a quien llaman comendero en estas partes, no puede exigir ni recibir tributos inmoderados".[57] Así, el encomendero no puede pedir tributos más allá de lo que puede imponer el emperador, cuyo límite se encuentra en no sobrepasar lo que los indios entregaban a sus gobiernos originales: "Sin embargo, pienso que hay una cosa que no se debe pasar en silencio, ella es un requisito para la justicia de este tipo de traslaciones: que el rey, a cuya autoridad llegaron estos pueblos, no los grave más que el primer señor; mejor dicho, es conveniente que reciba mucho menos tributo, para que de esta manera se entienda que la traslación se hizo para el bien del pueblo".[58]

Esta limitante es absoluta, pues no se podía exceptuar por otras razones, aun cuando el tributo fuera tasado y pareciere moderado; si excedía lo que antes se pagaba a los gobiernos originales, sería un cobro injusto: "Se sigue otra consecuencia que considero gravísima: que todos aquellos que exigen tributos, aunque hayan sido tasados y parezcan por otras razones moderados, si exceden a aquellos que los naturales solían dar a sus señores en el tiempo de su infidelidad, pecan al exigirlos, y están obligados a la restitución de aquella parte en que los exceden".[59] Para fundamentar esta limitante, Veracruz se basa de nuevo en su doctrina iusnaturalista. Considera que es una cuestión de equidad natural, pues por más que el emperador fuera verdadero señor, y los españoles tuvieran legítimo dominio por donación, no podían éstos exigir a su arbitrio el tributo. Aceptando o no la existencia de un dominio justo, lo que no podía dudarse era que los españoles que

[57] *Ibidem*, I.16, p. 121.
[58] *Ibidem*, XI.895, p. 379.
[59] *Ibidem*, IV.207, p. 181.

exigieron mayores tributos, lo hicieron de forma injusta y estaban obligados a su restitución.[60]

Además, el perjuicio ocasionado por el cobro excesivo de tributos, y ante la oposición del pueblo, es causa para que la donación del emperador o del virrey dada al encomendador quede sin efectos; esto lo afirma Veracruz siguiendo una regla general del derecho natural: "...si el emperador o el rey dieran una ciudad o una población a un duque, y fuera probable que el estar tal ciudad bajo el dominio de aquél fuese en detrimento de la misma ciudad, porque aquél a quien la confía y a quien la dona la gobernara tiránicamente, u obrara impíamente exigiendo tributos excesivos; en tal caso el rey o el emperador excederían la potestad que se les concedió; y si el pueblo reclamara o no lo consintiera, tal donación no valdría. Estas cosas son reconocidas a la luz natural de la razón".[61]

Que los tributos sean *moderados* va mucho más allá del límite mencionado en relación con los gobiernos originarios; también incluye que sean establecidos en congruencia con las posibilidades del pueblo. Señala Veracruz que si la tasación de tributos excede la posibilidad del pueblo, el encomendero obra de manera injusta al exigirlos y está obligado a la restitución. Para fundamentar esta limitante, afirma que la justicia tributaria también implica que las tasaciones no excedan las fuerzas de los súbditos; de lo contrario se comete tal injusticia que el acto se puede comparar con "un hurto".[62] Es decir, siguiendo la tradición iusnaturalista, Veracruz acusa a los gobernantes de convertirse en una banda de ladrones[63] cuando sus actos no son justos. En este contexto, denuncia los abusos de los encomenderos contra los pueblos:

[60] *Cfr. Ibidem*, IV.192, p. 177.
[61] *Ibidem*, I.11, p. 119.
[62] *Ibidem*, IV.200, p. 179.
[63] Es una manera de Veracruz de recuperar la faceta crítica del pensamiento de Agustín de Hipona, quien en la "Ciudad de Dios" señala: "Si falta la justicia, ¿qué son los gobiernos sino 'bandas de ladrones' a gran escala? ¿Qué otra cosa son las bandas de ladrones sino reinos en pequeño? Una banda está compuesta de hombres unidos por un pacto, que obedecen a un jefe y se rigen por un acuerdo a la hora de repartir el botín. Si una banda, a fuerza de reclutar nuevos miembros, consigue poderío suficiente para ocupar territorios, capturar ciudades y someter poblaciones enteras, puede atribuirse con pleno derecho el título de reino. Título que, según la opinión popular, no se le conoce por la renuncia al pillaje, sino por la conquista de la impunidad" (San Agustín, *La Ciudad de Dios*, IV, 4).

> Que aquél que tiene un pueblo, si el pueblo no puede completar los tributos tasados, porque son excesivos, y por esta razón los naturales están endeudados y deben tributos *rezagados*, como los llaman, en tal caso con mala conciencia los puede exigir (...) Me duele en lo más profundo ver cuán inhumanamente se ejecuta esto, de tal suerte que los principales y el mismo gobernador de los naturales, que llaman *cacique*, son arrojados en las cárceles y son obligados finalmente con tal pena a completar los tributos excedentes, ya despojando a otros, ya desprendiéndose de sus propios bienes.[64]

Este atentado contra la vida de los pueblos, cuyo origen es la inmoderación en la tasación de tributos, no sólo era condenable cuando lo realizaban los encomenderos; Veracruz también denuncia los abusos cometidos por otros funcionarios de la Corona: "Se sigue también que pecan mortalmente todos los oficiales del rey, *contador, tesorero, factor*, y el mismo virrey y todos los oidores, si participan en la decisión, cuando en los pueblos que están bajo el dominio del rey exigen tributos, así como otro tipo de deudas que no pudieron saldar fácilmente o por enfermedad o por alguna otra causa, y también ellos están obligados a restituir, como ministros de iniquidad".[65]

Aunado a lo anterior, la justicia también se concretizaba en "que sean impuestos de acuerdo con sus posibilidades (de los indios), para que puedan pagarlos cómodamente".[66] Es decir, nuestro autor establece el principio de proporcionalidad, el cual también señala en su obra *Sobre los diezmos*: "...quien tiene más bienes, está obligado en mayor medida, a hacer gastos que quien tiene menos, según la equidad natural, como sucede en otras exigencias y tributos".[67] Este principio significaba también una limitante para impedir que los encomenderos forzaran a los indios a realizar nuevos trabajos con tal de hacerse de mayores riquezas: "Pues un hombre no está obligado, para solventar el tributo, a emprender negocios ni a reunirlo con esfuerzo extraordinario, sino que el tributo debe imponérsele de acuerdo con

[64] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, IV.202, pp. 179-180.
[65] *Ibidem*, IV.203, p. 180.
[66] *Ibidem*, IV.225, p. 186.
[67] Veracruz, Alonso de la, *Sobre los diezmos*, Organización de Agustinos de Latinoamérica, México, 1994, 671, p. 207.

sus posibilidades".[68] En un sentido semejante, al tratar la cuestión de los diezmos, afirma que "basta con que quienes dan el diezmo lo paguen donde se les pide, y no están obligados a soportar otros gastos y trabajos".[69] Él mismo da testimonio de una práctica donde a través de este cobro se explotaba a los indios, y exige la restitución:

> Parece no haber sido equitativo, que por muchos años, en el Nuevo Mundo estuvieran en vigor la costumbre de que el diezmo de la semilla debida por los españoles, se mandara llevar a los ministros que habitaban en México, a lo largo de 20 leguas y sobre los hombros de los indios. No fue equitativo, porque esto se hizo, o por la avaricia de los ministros para que creciese el precio de los diezmos, o por avaricia de aquellos a quienes llaman *arrendadores*, que vendían más caro, siendo así mayor su lucro. Y fue inicuo porque los españoles, si hubiese justicia, deberían haber sido compelidos por otros medios, en vez de obligar a los indios, que no debían el diezmo, porque los ministros que administraban a los mismos españoles, no pueden sufrir el peso del ministerio en lugares distantes, como consta a todos, por lo cual parece que debe hacerse restitución a los indios.[70]

Como parte de las limitantes a la tasación, que implicaba congruencia con las posibilidades de pago, Veracruz considera que el virrey no puede establecer impuestos en otras cosas que en las que hay en el lugar, si no es por voluntad del mismo pueblo: "[L]a potestad de imponer tributos está en el virrey por voluntad del emperador. Ahora bien, el emperador ha declarado su voluntad en cuanto a la imposición de tributos; es decir, que se impongan sobre las cosas que se cosechan en el pueblo, para que, donde se cosecha trigo, el tributo sea de trigo, y donde algodón, sea de algodón. Por tanto, no pueden imponerse otros tributos".[71] No acatar esta limitante significaba abrir la posibilidad de abusos contra la vida de los pueblos indios, facilitando la explotación laboral.

Para Veracruz el acatamiento de los límites de la potestad tributaria es fundamental para hacer valer el derecho a la vida de los pueblos.

[68] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, IV.228, p. 187.
[69] Veracruz, Alonso de la, *Sobre los diezmos*, *op. cit.*, 600, p. 187.
[70] *Ibidem*, 588, pp. 183-184.
[71] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, IV.210, pp. 182-183.

Por eso, no acepta ninguna excepción cuando, al no respetar tales límites, se establecen tributos que arrebatan a los pueblos los medios para satisfacer sus necesidades: "Y no vale decir que pueden dar lo que dan; porque no dan esto sin gran detrimento de ellos. Casi de continuo andan buscando reunir el tributo, y no les queda lugar para ocuparse de las cosas necesarias para sí y sus hijos".[72]

Relacionado con el pago de tributos, y tomando en cuenta las características del poder político-eclesiástico de la época, encontramos las reflexiones que sobre los diezmos realiza nuestro autor. Se trata de su relección *Sobre los diezmos*, que Veracruz leyó y comentó en 1555 en la cátedra universitaria en la Ciudad de México. El punto de mayor controversia era la cuestión del pago de los diezmos. La jerarquía eclesiástica consideraba que los indios tenían que pagarlos, al igual que los peninsulares y los criollos. En cambio, varios religiosos consideraban que los indios ya sustentaban a los ministros de culto a través de otras prestaciones,[73] y no era justo imponerles la carga adicional del diezmo. Esto con mayor razón si se tomaba en cuenta que esta carga iba a parar a las arcas del clero regular, que no tenía a su cargo la evangelización de los pueblos indios.

Para argumentar a favor de los pueblos indios, y justificar que no debían ser gravados con los diezmos, de nueva cuenta Veracruz se vale de la doctrina del derecho natural. Señala que no hay precepto natural que establezca los diezmos: "Por lo cual ni los diezmos, ni alguna otra cuota, se instituyó en tiempo de la ley natural a favor de los sacerdotes. Y si existió en aquel tiempo alguna ofrenda, fue voluntaria y no de institución divina o de precepto, aunque fuese inspirada especialmente por Dios".[74] En la cuestión VI de *Sobre los diezmos*, se pregunta si los indígenas están obligados a pagar el diezmo. En la primera conclusión, señala que como todos los fieles, los neófitos –los indígenas del Nuevo Mundo– están obligados a pagarlos, pues no tienen ningún privilegio especial que los exima de tal pago de

[72] *Ibidem*, IV.232, p. 188.

[73] De hecho, Veracruz señala: "Segunda conclusión. Si el emperador o rey quiso incluir en los tributos impuestos a los neófitos del Nuevo Mundo el diezmo para la sustentación de los ministros y en razón de su obligación hacia lo espiritual, a ninguna otra cosa están obligados más que al pago de los tributos" (Veracruz, Alonso de la, *Sobre los diezmos*, *op. cit.*, 166, p. 68).

[74] *Ibidem*, 47, p. 34.

diezmos.[75] No obstante, señala que siempre que no existan otras razones para que no lo paguen, mismas que va desarrollando a través de las siguientes conclusiones.

En primer lugar, considera que a través del tributo que ha impuesto el emperador ya se cubren las necesidades por las que se cobran los diezmos; por lo tanto, es injusta la doble tributación y los indios han de quedar libres de ese pago.[76] En segundo lugar, el emperador ordenó que fuera obligación de los encomenderos el sustento de los ministros del pueblo, al igual que la edificación de templos; por lo tanto, es injusto que quieran volver a gravar a los indios a través del diezmo. En tercer lugar, y siguiendo la misma línea argumental, establece como cuarta conclusión:

> Los nativos, después de pagar el tributo justo, quedan libres del pago de diezmo para el ministro. El Rey en virtud de la concesión papal, tiene toda la responsabilidad al respecto, aunque los diezmos no estuviesen ya incluidos en el tributo. Obvio porque aquel a quien se le da o se le dona algo bajo condición, está obligado a cumplir con tal condición. Como a los reyes católicos se les concedió el dominio sobre los indígenas del Nuevo Mundo, que de otra manera no había tenido lugar, ni por derecho ni de hecho, pues aunque sea emperador, no es el señor del orbe, bajo la condición de que los instruya en la fe. Como esta instrucción en la fe incluye la administración espiritual, como es claro. Luego, a eso está obligado el rey pero no por sí mismo, ya que no es ministro en las cosas espirituales. Luego está obligado de otra manera. Pero si es de otra manera, quiere decir que está obligado él mismo, a proveer de ministro adecuado y darle lo necesario para la alimentación y vestido, según la condición y la exigencia de los ministros, desde el momento en que aceptó el dominio y el imperio de este Nuevo Mundo. Luego los que dan tributo no están obligados a más. Y esto se confirma por la solicitud misma que tiene el rey de enviar, con sus propios recursos, ministros religiosos, dándoles un congruo estipendio, etc."[77]

Por lo tanto, Veracruz exige que el encomendero utilice el pago de tributos para el bien del pueblo, y no pretenda imponer una doble tributación: "En el pueblo, donde un español tiene nativos bajo *encomienda*, como dicen, los indios no están obligados a dar diezmos

[75] *Ibidem*, 165, p. 68.

[76] *Ibidem*, 166-168, pp. 68-69.

[77] *Ibidem*, 170, pp. 69-70.

a sus ministros más allá de lo que establece el tributo justo si este es suficiente".[78] Esto guarda coherencia con lo que señala en su tratado *De dominio*, cuando afirma que "la razón para exigir tributos justos proviene del dominio justo, y no es por causa de la instrucción de la fe".[79] La obligación de evangelizar, como parte de la condición de donación, no justifica la imposición de cargas inmoderadas a los indios y, mucho menos, una doble tributación. Los tributos moderados deben cubrir las necesidades del pueblo, incluyendo las necesidades espirituales, por lo que el cobro por separado del diezmo se vuelve un acto injusto contra los pueblos indios; por eso, denuncia que se hace más daño a los pobres que a los ricos con esta doble tributación: "...los que deben pagar el diezmo y que también dan el tributo, o son ricos, pues tiene suficiente para sí y otros, pagados los tributos y los diezmos, o son pobres e indigentes, de modo que pagando los diezmos carecen de lo suficiente para la honesta y debida sustentación propia y de su familia, como son casi todos los habitantes indígenas del Nuevo Mundo".[80] La misma idea la desarrolla ampliamente, mostrando de nuevo que para los indios no es un mandato de derecho natural el pago del diezmo, ni están obligados por derecho humano, pues de lo contrario se violentaría su derecho a la vida:

> El pobre que no tiene más que el sustento debido y lo necesario para la familia, de modo que dando el diezmo le faltaría lo necesario para la vida natural, no está obligado a dar el diezmo de los frutos, a no ser que el ministro estuviese constituido en la misma necesidad. Se prueba: alguien está obligado al diezmo por derecho natural en cuanto tal diezmo se requiere para la sustentación del ministro. Como por derecho el pobre no está obligado, porque supongo que el ministro no se encuentra en tal necesidad, y que si paga los diezmos caería en la miseria, a la cual tampoco está obligado, porque supongo que el ministerio no se encuentra en tal necesidad, y que si paga los diezmos caería en la miseria, a la cual tampoco está obligado. Es claro, porque está obligado a proveer primero para sí mismo que para los demás, porque el ministro no los necesita y porque si da los diezmos se queda en extrema necesidad, por eso, no estará obligado a pagar el diezmo. Ni está obligado tampoco por el precepto humano, porque los diezmos se ordenan y se dan para la sustentación de los ministros y las necesidades de los pobres. Como quien tiene que pagar diezmos es pobre en extrema necesidad, como suponemos. Luego en el primer caso no está obligado al diezmo. Puesto el segundo caso, aquel que recibe el diezmo está obligado a dárselo al que lo da porque es pobre, pues de otra manera retiene lo ajeno, según opinión común. Luego el pobre, podría retenerlos consigo, y no darlos, porque a él se le deben. Esto se prueba también por la causa por la que fueron introducidos los diezmos: para que *haya alimento en la casa del señor* para los pobres.[81]

[78] *Ibidem.*, 172, p. 70.

[79] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, II.48, p. 131.

[80] Veracruz, Alonso de la, *Sobre los diezmos*, *op. cit.*, 164, p. 68.

Si el cobro del diezmo daña a los pobres consistiría en una negación de una de sus finalidades, ya que, una de las razones por las que se instaura es la necesidad de los pobres: "Pues no sólo para los ministros se manda dar los diezmos, sino también para la necesidad de los pobres. De donde el padre Agustín dice: 'Los diezmos se piden como deuda; quien no quisiere darlos está invadiendo lo que es ajeno; y cuantos pobres falleciesen en los lugares en que él habita por no haber dado los diezmos, tantas veces aparecerá como reo de homicidio ante el tribunal del eterno juez; porque aquello que por Dios fue reservado en favor de los pobres, lo reservó para su propio uso'. Así escribe él".[82]

Otra de las razones por la que los indios no deberían pagar el diezmo consiste en la prudencia con que debe realizarse el proceso de evangelización, pues ellos no han de asimilar la fe de la misma forma que el cristiano europeo; debe darse una diferencia entre ambos, en función de las costumbres propias: "Si los neófitos del Nuevo Mundo estuviese obligados a pagar los diezmos, lo estarían también a todos los preceptos de derecho positivo impuestos por la Iglesia, como los cristianos más antiguos. Como a muchas otras cosas no están obligados, como al ayuno, a la observancia de las fiestas, y también a la abstinencia de lacticinios, etc. Luego, también parece que están exentos de pagar los diezmos".[83]

III. Derecho a la igualdad

Para abordar el derecho a la igualdad en la obra de Veracruz presentaremos aquellos puntos donde el agustino pone en un plano de igualdad,

[81] *Ibidem*, 183, pp. 72-73.

[82] *Ibidem*, 133, pp. 58-59.

[83] *Ibidem*, 153, p. 65.

respecto a diversos temas, a los indígenas con los europeos. Se busca comprender, entonces, que la lucha por la igualdad en las circunstancias desde donde actuaba el agustino pasaba por comprenderla como un empoderamiento de los indígenas en la construcción de una nueva sociedad, que tenía sus raíces en una guerra injusta pero finalmente consumada. Como señala Roberto Heredia, "en la Nueva España una nueva sociedad, una comunidad mixta se iba configurando. Cada vez había una mayor cantidad de hijos de conquistadores y colonos nacidos en estas tierras, sin relación ninguna ya con España. El número de mestizos, legítimos e ilegítimos –los más– aumentaba. Con la llegada de los esclavos negros la cantidad de mulatos crecía".[84]

Las reflexiones de Veracruz buscan establecer derechos y obligaciones que permitan la convivencia en la nueva sociedad, pero desde una "opción por los pobres", que en ese contexto eran principalmente los indígenas, pero también los mestizos, los negros, los mulatos, etc. En este sentido, consideramos adecuado el juicio que hace Cerezo de Diego: "El conocimiento que adquiere de la realidad novo-hispana le proporcionará una visión objetiva de los hechos y le permitirá adoptar en sus escritos una postura de equilibrio a la hora de establecer los derechos y obligaciones de vencedores y vencidos. Si los maestros de Salamanca, ante el desconocimiento personal de los hechos, se ven precisados en sus exposiciones a limitarse al planteamiento teórico de los títulos legítimos e ilegítimos de la conquista del Nuevo Mundo, Veracruz, por el contrario, posee sobre ellos la ventaja de su experiencia americana que le permitirá actuar como un tratadista teórico y a la vez práctico, aportando soluciones no sólo al problema de la justicia de la Conquista sino resolviendo también los problemas concretos de ética colonial que planteaba la convivencia entre aborígenes y los nuevos establecidos".[85]

Aunque la cuestión de la igualdad se hace presente en diversos temas que abordamos en otros apartados de esta investigación, en este momento desarrollaremos algunos puntos sobresalientes al respecto: la manera en que Veracruz reconoce la igualdad entre los indios y los españoles; el reconocimiento de los gobiernos indios; la defensa del

[84] Heredia, Roberto, "Augurios de una nueva nación", *op. cit.*, p. 56.
[85] Cerezo de Diego, Prometeo, *op. cit.*, p. 12.

derecho de propiedad de los pueblos indígenas; y la manera en que aborda el derecho de tránsito y comunicación.

1. Reconocimiento de la igualdad

Unos de los elementos más frecuentes para apoyar un concepto del indio que fundamentaba su desigualdad con los demás seres humanos, en especial con los europeos, eran los relatos de los primeros exploradores y conquistadores de las Indias que llegaban a Europa. Gran parte de estos relatos formaban una imagen de amentes o seres infantiles sobre los indios, lo que tenía importantes consecuencias jurídicas en cuanto a su capacidad para ejercer sus potestades de gobierno y el dominio sobre sus bienes. Al considerarlos como amentes, se asumía que no tenían la misma capacidad de gobierno y administración que los demás pueblos, en especial, que los europeos. Esto daba pie, por supuesto, a la creación de un orden jurídico desigual e injusto.

A diferencia de su maestro Vitoria, Veracruz afirma la capacidad de los indios y, por tanto, niega que se les puedan negar sus derechos debido a una supuesta condición de infantes o amentes. Al no conocer las Indias personalmente, Vitoria sólo tenía la información obtenida de los relatos llegados a Europa, y por eso, su postura es dubitativa. Si bien no concede verdad a las opiniones contra los indios, se mantiene en una postura neutral, y formula una postura reservada: "aún supuesto que estos bárbaros sean tan ineptos y romos como se dice, no por eso debe negárseles el tener verdadero dominio, ni tenérseles en el número de los siervos civiles. Verdad es, no obstante, que de esta razón y título puede nacer algún derecho para someterlos, como se dirá después".[86] Veracruz, en cambio, es tajante al afirmar la capacidad plena de los indios.[87] De inicio señala que el hecho de que algunos juzguen como niños y amentes a los indios, como hombres de poco ingenio y sin dotes para gobernar, no es causa justificatoria

[86] Vitoria, Francisco de, *De indis*, I, 23.
[87] De hecho, "con pruebas históricas en la mano enjuicia y critica el 'Demócrates Segundo' del cronista Juan Ginés de Sepúlveda" (Pereña, Lucio, "La economía de la solidaridad. Estudio introductorio", p. 29) y toma posición en la polémica entre Las Casas y Sepúlveda, y desde México manda su voto particular.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

de la guerra.[88] Pero además de no ser un argumento válido para privarles de su dominio y sus bienes a los indios, tampoco es cierto que los indios sean comparables con niños o amentes. Como veremos con mayor detalle en el punto siguiente, reconoce la capacidad de gobierno y la complejidad de las instituciones políticas de los pueblos indígenas. Afirma que no sólo no son como niños o amentes, sino que se muestran aventajados a su manera y que algunos de ellos son aventajadísimos.[89]

Para afianzar su postura, Veracruz realiza un argumento inverso, utilizando una justificación a la guerra que usaban los propios conquistadores. Éstos afirmaban que cometer ciertos pecados era causa para que los indios fueran privados del dominio y de la propiedad de sus bienes. Entonces Veracruz les hace ver su contradicción al señalar que reconocer la responsabilidad de esos pecados era reconocer la capacidad de los indios, es decir, consistía en asumir que eran sujetos éticos capaces de responder por la moralidad de sus actos. En efecto, señala que "si estos hombres fueran incapaces como niños o amentes, la consecuencia sería que no podrían pecar, y así, todos aquellos vicios, lascivia, embriaguez, promiscuidad sexual, incesto y sodomía, no podrían todo ello imputárseles a dichos hombres más que a los animales irracionales. Pero ya que se les imputan sus vicios, y con razón, está claro que tienen suficiente juicio de razón para pecar, y por lo mismo, son en general capaces de dominio, por lo que su defecto de razón no justifica la guerra contra ellos".[90]

Por último, hace ver que la realidad india es semejante a la realidad española, y que hace ver que en todo pueblo existen diferencias en cuanto a las habilidades para gobernar: "Y así como entre nosotros no todos se distinguen por su prudencia o sobresalen de manera que puedan gobernar a los demás, antes bien, son pocos, sin embargo, los demás obedecen a los magistrados y gobernantes, así también entre estos naturales, como en cualquier pueblo por pequeño que sea aparecen dotados de virtud, aparecen algunos en los cuales se da el talento y la sagacidad para gobernar a los demás".[91]

[88] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, X.708, p. 327.
[89] *Ibidem*, X.716, p. 329.
[90] *Ibidem*, X.718, p. 329.
[91] *Ibidem*, X.741, p. 335.

En cuanto a la postura teológica de Veracruz, haciendo referencia a un texto de la Carta a los Ramanos (10, 12), afirma la igualdad de todos los seres humanos: "Pero dio su vida no sólo por el pueblo israelita, no sólo por aquellos que en aquel momento eran creyentes, sino por todos los que fueron, eran y habrían de ser; por los judíos, los gentiles y los bárbaros. Pues para Dios no hay diferencia entre un judío y un griego. Hay un solo Dios ajeno a la acepción de personas, que salva a todos los que invocan su nombre".[92]

Por otro lado, encontramos diversos textos donde el argumento de Veracruz se basa en poner en un plano de igualdad a los pueblos indios con los pueblos europeos. Así, por ejemplo, al hablar del derecho de comunicación, lo argumenta a partir de señalar que la misma regla que se aplicaría entre pueblos europeos, debería aplicarse con los pueblos indios: "Los infieles que no adoran al Dios verdadero no son de mejor condición que los fieles que veneran al Dios verdadero. Ahora bien, los galos fieles no podrían prohibir este viaje a los españoles. Por tanto, los infieles tampoco lo pueden".[93] En cuanto al uso de metales y minerales que estén en un lugar común, es decir, que no son propiedad aun de un pueblo o individuo, señala que el trato tiene que ser igualitario tanto para españoles como para indios: "…los españoles que viven o viajen entre estos habitantes, pueden como los habitantes de este Nuevo Orbe, excavar y sacar metales y minerales que estén en cualquier lugar común, como también los habitantes del Nuevo Orbe. Y no pueden con justicia ser impedidos en nada, como tampoco a los habitantes naturales se les podría lícitamente prohibir mediante algún poder la excavación de los minerales, si quisieran".[94]

Al defender la propiedad de los indios ante el poder del Emperador, utiliza un argumento donde señala que los mismo límites que tiene el poder político en España deben proteger también a los indios: El emperador "en España no tiene la propiedad de los bienes poseídos en común, de suerte que pudiera tomarlos a los pueblos y adueñarse de ellos y darlos a otros, como son pastos y bosques y sitios de pesca y otros de esta índole. Por consiguiente, tampoco podrá de suyo apropiárselos en estas partes".[95]

[92] *Ibidem*, VIX.551, p. 290.
[93] *Ibidem*, XI.905, p. 381.
[94] *Ibidem*, XI.922, p. 385.
[95] *Ibidem*, VIII.458, p. 256.

En cuanto a los impuestos, fray Alonso exige que haya equidad en su cobro y que se usen los mismos criterios que en España en tanto beneficien a los indios: "Vemos en España que los labradores pobres que viven de su trabajo pagan tributo; sin embargo, ninguno es tan pobre que no sea más rico con mucho que todos éstos. Pero este labrador no pagaría de tributo más de dos o tres pesos de plata cada año a lo sumo. ¿Con qué justicia, pues, los indios pagarán el doble, y algunos el cuádruple y más, cuando ellos, a no ser unos cuantos, no ganan dinero de los frutos que cosechan, porque no venden sus productos, sino que siembran sólo lo que les es necesario?"[96] También tratándose de impuestos, exige que los españoles vean como sus iguales a los indios, y que no los usen para transportar los diezmos que deben ser transportados por quien tiene la obligación, es decir, por aquéllos:

> ...se requiere que los mismos españoles, a su costa, si tienen de donde, los lleven y no en hombros de los indios, como fue costumbre por muchos años. Lo cual vimos con nuestros propios ojos. Pues, entonces, o estaban obligados los españoles a llevar el diezmo de la semilla a casa del obispo o no. Si estaban obligados los españoles, ¿por qué motivo compelían a los indios? Y si no estaban obligados los españoles, como juzgo que no lo estaban, ¿con qué derecho obligaban a los indios del Nuevo Mundo a llevarlo sin pago?[97]

Otro ejemplo de cómo defiende Veracruz la igualdad entre indios y españoles es que reconoce la existencia de verdaderos matrimonios en las costumbres indígenas, y según sus ritos, y además les otorga suficiente validez con fundamento en el derecho natural.[98] Afirma que si el ser humano es por naturaleza un animal político o social, también es más un animal conyugal, y por lo tanto, la unión del matrimonio es algo a lo que la naturaleza del ser humano lo inclina, aunque es un acto de libertad:[99] "[A]unque el hombre por libre arbitrio sea movido hacia el matrimonio, ciertamente eso es natural, porque para ello hay una inclinación natural, aunque se complete por medio

[96] *Ibidem*, IV.229, p. 187.
[97] Veracruz, Alonso de la, *Sobre los diezmos*, *op. cit.*, 585, pp. 182-183.
[98] *Cfr.* Veracruz, Alonso de la, *Espejo de los cónyuges*, *op. cit.*
[99] *Cfr. Ibidem*, p. 11.

de la voluntad".[100] En efecto, "como los infieles también tienen las cosas naturales íntegras, aunque oscurecidas, sin duda será necesario afirmar constantemente, que también existe el matrimonio entre los infieles".[101]

Lo anterior a pesar de las importantes diferencias que tenían con los matrimonios cristianos españoles que se constituían según la moral de la cristiandad. Es decir, se trata de un reconocimiento de la igualdad desde una perspectiva intercultural, pues reconoce que el matrimonio puede "tener muy diversas manifestaciones culturales, todas ellas coincidentes con principios generales de la ley natural".[102] Veracruz afirma al respecto que "en el matrimonio no es del mismo modo entre todos, porque según las diversas condiciones de los hombres se puede contraer de modo diverso y tantos son diversos los ritos como las ceremonias para contraer matrimonio".[103]

Como último ejemplo, destacamos la lucha que emprende Veracruz para que los indios reciban la eucaristía; se trata de un dato que en nuestra sociedad secularizada pierde interés, pero que en la sociedad novohispánica era una expresión más de la lucha por la igualdad. En este punto, nuestro autor es, junto con el franciscano fray Jacobo Daciano,[104] el primero en dar el sacramento de la eucaristía a los indígenas.

2. Reconocimiento de los gobiernos indios

Una de las formas más comunes para no reconocer la igualdad de los indios consistía en negar la legitimidad de sus gobiernos, sobre la base de las ideas de la época influidas en las luchas de los reinos cristianos contra los reinos infieles y gentiles. En efecto, surgía la pregunta sobre si los pueblos indios tenían un gobierno legítimo, con igualdad de derechos que los gobiernos cristianos. Las respuestas podían agruparse en dos grandes grupos: por un lado, quienes negaban

[100] *Ibidem*, p. 15.
[101] *Ibidem*, p. 9.
[102] Velasco Gómez, Ambrosio, "Introducción", en Alonso de la Veracruz, *Espejo de los cónyuges*, *op. cit.*, p. XIII.
[103] Veracruz, Alonso de la, *Espejo de los cónyuges*, *op. cit.*, p. 21.
[104] *Cfr.* Rasmussen, Jorgen Nybo, *Fray Jacobo Daciano*, El Colegio de Michoacán, Zamora, 1992; Stangerup, Henrik, *Fray Jacobo*, Tusquets, Barcelona, 1993.

la existencia de derechos que implicaran la existencia de gobiernos paganos sin subordinación, sea de hecho o de derecho, a la autoridad del papa o del emperador cristiano; por otro lado, quienes aceptaban la existencia de los mismos derechos a los gobiernos infieles mientras no causaran injurias ni daños a los cristianos.[105] En efecto, como señala Cerezo de Diego, fueron "principalmente nuestros clásicos del Siglo de Oro los que, sustituyendo las doctrinas teocráticas medievales por los principios del derecho natural, defenderían frente la universalismo político y religioso del *orbis christianus* la soberanía de los Estados paganos y la igualdad jurídica de sus habitantes".[106] En este sentido, fray Alonso reconocía la calidad de los gobiernos de los pueblos indios y su organización social: "...estos naturales no son tan necios y estúpidos como algunos estiman (...) tienen su método de gobernar y sus costumbres, con las cuales viven; tienen leyes, recibidas de boca de sus mayores, por las cuales juzgan, discurren, razonan, investigan, consultan. Son obra de no fatuos o dementes, sino de gente prudente".[107]

En Nueva España, la oposición en este tema contra los defensores de indios como Las Casas y Veracruz, era apasionado y fuerte; un caso paradigmático es la obra de Juan Velázquez de Salazar, quien en su obra *Praefatio in sequentes questiones* señala: "[l]os infieles, paganos y tiranos indignamente detentan el poder, ya despótico, ya político y así de nombre como de hecho (...) y con óptimo derecho puede nuestro rey invictísimo quitar su principado a los que llaman principales y cuidar de ellos según sus merecimientos, si los tuvieren".[108] En cambio, desde las primeras páginas de su tratado *De dominio*, fray Alonso deja en claro que no se puede considerar

[105] Por ejemplo, el dominico Matías de Paz, catedrático de la Universidad de Salamanca, reconocía en su *De dominio regum Hispaniae super indos* que por derecho natural los indios tenían verdadero dominio sobre sus bienes temporales pues eran necesarios para su sustento; no obstante, no admite que tengan por derecho natural la potestad de gobierno, de la que pueden ser privados por razón de su infidelidad cuando la Iglesia lo considerara necesario (*Cfr.* Beltrán de Heredia, V., "El P. Matías de Paz, O. P y su tratado *De dominio regum Hispaniae super indio*", en *Miscelánea Beltrán de Heredia. Colección de artículos sobre historia*, t. I, Ed. OPE, Salamanca, 1972, p. 621).

[106] Cerezo de Diego, Prometeo, *op. cit.*, p. 187.

[107] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, X.740, p. 334.

[108] Velázquez de Salazar, Juan, "Praefatio in sequentes quastiones", en Lewis Hanke, *Cuerpo de documentos del siglo XVI. Sobre los derechos de España en las Indias y las*

un pueblo como una cosa sin dueño que puede ser apropiado por la pura ocupación, sino que tiene que darse un título justo para que ese dominio sea legítimo:

> Porque aquellas cosas que han sido concedidas, tanto por la ley natural como por la humana, a quien las ocupó primero, lo son o porque nunca fueron propias de alguien o porque son tenidas por derelictas.[109]
>
> Pero no es así acerca del dominio de los pueblos, porque el dominio de un pueblo siempre estuvo desde el principio en el pueblo mismo, y nunca fue cosa derrelicta. Y si tenía un señor, como éstos tenían uno a modo de rey y superior, y otro señor bajo aquél, no pudo haber justicia en el ocupante; porque, si lo ocupó por la fuerza y aun por la guerra, entonces fue necesario que la guerra fura justa, la cual no puede ser justa por parte de un hombre particular que ocupa. Si por causa injusta de guerra, no puede tener dominio por ello, ya que oprimir injustamente atañe a la tiranía. Si posee, no por la fuerza sino pacíficamente, entonces es necesario que sea por voluntad del príncipe o de la república. Pero tal voluntad no existe, sino más bien es contraria. Por tanto, nadie que tiene sin título un pueblo, lo posee justamente.[110]

En la *Duda V* del mismo tratado, fray Alonso se pregunta si los indios eran verdaderamente señores, y si así eran, si pudieron ser despojados; también se pregunta si estaban de hecho privados del dominio desde entonces. Para ejemplificar presenta algunos argumentos que se decían a favor del hecho de que no existía verdadero dominio, ya sea porque los indios eran infieles, idólatras, homicidas o tiranos; y, por otro lado, en caso de existir dominio, se argumentaba que habían sido privados justamente de su señorío porque gobernaban para mal a sus súbditos y para su perjuicio.[111] Muchas de estas posturas reflejan las tesis del Ostiense. Por su parte, Veracruz sostiene que los infieles pueden ser auténticos señores porque la potestad y el dominio verdaderos no se fundan en la fe. Por lo tanto, los españoles no podían

Filipinas, descubiertos y anotados por Lewis Hanke, Agustín Millares Carlo (ed.), FCE, México, 1977, p. 52.

[109] El término jurídico "derelicta", señala Heredia, se refiere al abandono de una cosa, como acto voluntario del propietario o del titular de un derecho, que se desliga de la cosa objeto de la propiedad de su derecho, que se desliga de la cosa objeto de la su propiedad o de su derecho, considerando rota la vinculación jurídica.

[110] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, I.32-33, p. 125.

[111] *Ibidem*, V.241-V.245, p. 191.

"acabar con estas monarquías por el título de que su rey no era cristiano y porque el pueblo era idólatra o pagano. Ni, en consecuencia, lícitamente podían destituir o despojar de sus legítimos poderes a los caciques o señores de la ciudades que se habían sido nombrados y elegidos por voluntad popular, aunque no quisieran convertirse al cristianismo y continuaran en sus creencias y culto a sus ídolos".[112]

En primer lugar, en su tratado, fray Alonso concluye que aquel que era monarca entre los indios, por más que fuera infiel e idólatra, era verdadero gobernante, debido a que como la fe no quita ni confiere dominio entre los gentiles siempre ha existido dominio verdadero.[113] En efecto, la fe es una cuestión de derecho divino, y el dominio es de derecho de gentes y, por eso, la legitimidad de un gobernante no se basa en la fe sino en que la república transfiera la potestad. Veracruz afirma en este sentido: "Ni por causa de idolatría puede alguien ser privado de dominio; porque de este modo todos los infieles idólatras podrían ser despojados de su dominio por esta causa, lo cual es completamente falso".[114]

En segundo lugar, Veracruz concluye que en el tiempo de la infidelidad había dominio justo y legítimo entre en los pueblos indios, cuyos señores eran designados por la ciudad, ya sea de manera de sucesión hereditaria, por elección del rey, ya por elección de algunos miembros de su consejo, que se nombraban para ese propósito.[115] Tampoco estos señores podían ser despojados de su dominio, lo que tiene importantes consecuencias para la sociedad novohispánica que se estaba construyendo: "Y así, los españoles tampoco pudieron tener dominio verdadero, ni aun por concesión del emperador, porque ni el emperador mismo podía quitar el dominio a sus señores verdaderos y darlo a otros, aun cuando concediéramos que el emperador es señor verdadero de todo el mundo, lo cual negamos (...) no podría contra la voluntad de la república quitar al señor que la misma república constituyó; ni podría en estas partes, contra la voluntad del rey, quitar al señor que éste constituyó en virtud de la potestad conferida por

[112] Pereña, L., *La idea de la justicia en la conquista de América*, Mapfre, Madrid, 1992, p. 54.
[113] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, V.250, p. 193.
[114] *Ibidem*, V.252, p. 194.
[115] *Ibidem*, V.253, p. 194.

la república".[116] Por lo tanto, tampoco sería justo el despojo de los tributos ni la imposición de estos al pueblo por parte de quien despojó injustamente del dominio a los indios, como hicimos mención páginas arriba.

Una vez señalados la injusticia de la privación de dominio de los indios y la usurpación del gobierno de los pueblos por parte de españoles, Veracruz denuncia: "En verdad, como está ahora la situación de las cosas en este Nuevo Mundo, todos los señores verdaderos, constituidos ya sea por sucesión, ya por elección, debe decirse que han sido privados de su dominio verdadero".[117] En efecto, afirma que los señores indios son tratados como esclavos miserables, son objeto de injusticias, y sólo sirven a los españoles para el cobro de impuestos; de ahí que cuente la siguiente anécdota:

> Y en verdad alguna vez que escuché esto de los oidores, no pude contener la bilis y así les dije: "Vosotros que gobernáis el mundo, llamáis ladrón a un señor verdadero, si tiene cincuenta o cien hombres que le sirvan y le paguen tributo; y no llamáis ladrón al español que tiene a todos los del pueblo, así sean treinta mil, que le pagan tributo. No sé de dónde ha venido tanta ignorancia". En efecto, callaron.[118]

Veracruz reafirma entonces la soberanía de los pueblos indios, su derecho a darse y tener un gobierno propio, y su capacidad para constituir una buena república. Es decir, como señala Ambrosio Velasco, "rechaza la imputación de que los infieles indios son moralmente inferiores a los cristianos europeos y que las faltas a la moral individual, los pecados, no merman la legitimidad de la soberanía. En este sentido fray Alonso, al igual que lo había hecho Maquiavelo, preserva la autonomía del poder público respecto a la moral de la vida individual y de las creencias religiosas".[119] Por eso, si bien destaca las virtudes de gobierno de los indios,[120] con juicios como el siguiente: "...antes de la llegada de los españoles, y aún ahora lo estamos viendo, hay entre

[116] *Ibidem*, V.256-V.257, p. 195.
[117] *Ibidem*, V.265, p. 197.
[118] *Ibidem*, V.270, p. 199.
[119] Velasco Gómez, Ambrosio, *Republicanismo y multiculturalismo*, *op. cit.*, p. 98.
[120] *Cfr.* Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, V.273-V.274, pp. 199-200.

ellos magistrados, gobiernos y ordenamientos de lo más conveniente, y tenían gobierno y régimen no sólo monárquico sino aristocrático, y existían leyes entre ellos y castigaban a los malhechores, del mismo modo que premiaban a los que habían merecido bien la república... ",[121] también refiere que existían abusos y actitudes tiránicas, pero que si esto sucedía, podían ser suspendidos y privados de sus cargos por el pueblo, quien originalmente les había dado la potestad, pero no por razón de su infidelidad.[122]

Como consecuencia de esta defensa a la soberanía de los gobiernos indios, Veracruz denuncia que quienes tienen un pueblo, sea en su totalidad o en parte, sin concesión de alguien –como era el caso de muchas encomiendas– lo poseen injustamente, cuando consta que es contra la voluntad del propio pueblo y contra la voluntad del gobernador del pueblo (el *cacique* indio), y que los encomenderos poseen por la fuerza y la violencia. En efecto, señala que "son culpables de robo y pueden con justicia ser llamados ladrones y raptores; y a menos que restituyan, no pueden ser absueltos; y la restitución es debida a la comunidad misma o al señor de aquella comunidad, ya sea el rey de ellos mismos o algún otro señor particular".[123] Y además de restituir el poder a quien tiene el título justo, están obligados a la reparación de los daños cometidos.[124]

3. El derecho de comunicación

De forma semejante que Vitoria, Veracruz reconoce el llamado *ius communicationis et commercii* como parte de la sociabilidad natural de los seres humanos. De este derecho se derivan diversos derechos como al libre tránsito, de residencia, de comercio y para extracción de minerales. Vitoria conceptúa este derecho de tal manera que es funcional a los intereses colonialistas, pues nunca considera la hipótesis de formularlo como derecho de los indios y sólo lo hace como derecho de los españoles. De nuevo, la experiencia indiana de fray Alonso hace que su pensamiento se distinga a la de su maestro.

[121] *Ibidem*, X.717, p. 329.
[122] *Cfr. Ibidem*, V.275-V.277, pp. 200-201.
[123] *Ibidem*, I.38, p. 126-127.
[124] *Ibidem*, I.39, p. 127.

Veracruz aborda el derecho de comunicación como una de las hipótesis de títulos justificatorios de la guerra; como señala Heredia, "funda esta conclusión en el derecho natural. Tales actividades son facultativas de todos los hombres, y nadie puede legítimamente ser excluido de ellas. Nuestro agustino, es obvio, piensa en el marco ideológico medieval del *orbis christianus*. Apunta apenas en Europa –se irá afianzando a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII– el esquema jurídico de los Estados nacionales. Para fray Alonso, como para los teojuristas de la Escuela de Salamanca, tienen tanto derecho los europeos de venir a coger perlas o buscar oro en los ríos y mares de América, como los indios americanos de ir a pescar en el Mediterráneo".[125]

Cabe señalar que el derecho de comunicación, es decir, el derecho a viajar y a permanecer en el territorio de otro país, no era para Veracruz un derecho de los Estados sino de los individuos. Pero aunque es un derecho natural no es un derecho absoluto, sino que está condicionado. De las diversas condiciones, la que sobresale para nuestro tema es la condición de que el ejercicio de este derecho no lesione el bien común del país al que se emigra, ya que el objetivo de este derecho es el *bonum commune totius universi*.[126] Al ser este bien común lesionado, el impedimento a ejercer dicho derecho no puede funcionar como título legitimador de una guerra justa. El negocio que realicen los extranjeros no debe generar pérdida para la república. Es decir, el agustino establece una limitación al derecho de libertad de negocio o comercio: "con tal que los habitantes de este Nuevo Orbe no hubieran temido con probabilidad un futuro mal para la república por este comercio".[127] Y reafirma que si se ocasionan esos daños, hay derecho de resistir a la "invasión":

> Dije en la conclusión "cuando este viaje se hace sin injuria de los infieles". Pues, si a causa de estos viajeros la paz de su república debiera perturbarse, o padecer algún otro daño, no estarían obligados a esta hospitalidad; tampo-

[125] Heredia, Roberto, "Augurios de una nueva nación", *op. cit.*, p. 58.
[126] Cerezo de Diego, Prometeo, *op. cit.*, p. 350.
[127] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, XI.918, p. 384.

co, si debieran padecer daño en sus bienes temporales. Esto es evidentísimo bajo la luz natural.[128]

Como en otros títulos justificatorios de la guerra, Veracruz distingue entre la teoría y los hechos sucedidos durante la conquista y colonización de las Indias. En efecto, si por un lado establece unos derechos que deben ser respetado en la nueva conformación social de Nueva España, se cuida de dejar en claro que no fue en ejercicio del *ius communicationis* la manera en que se realizaron las primeras intromisiones de los españoles entres los pueblos indios: "...los españoles buscando lo que había entre éstos, oro, plata y piedras preciosas, objetos que son comunes y concedidos al primero que los ocupa, no obtuvieron permiso de éstos ni fueron admitidos por este Nuevo Orbe, ni para comerciar y negociar, lo cual es de derecho internacional. Sin embargo, no por esto hay causa justa de guerra; primero, porque nunca intentaron un tal viaje entre éstos; segundo, porque, cuando habían comenzado a comerciar y negociar, no se contentaron con ello, sino les decían que se sometieran al emperador; tercero, porque, para esto no estaban inermes sino armados, aterrorizando a los habitantes y abrumándolos en muchas cosas".[129] Por otra parte, y dado el hecho de una actitud correcta y pacífica por parte de los españoles, Veracruz afirma que "toda vez que los habitantes de este Nuevo Mundo no han ofendido de ningún modo a los cristianos al tiempo de su arribo, ni les han dañado en nada, ni a ellos ni a sus propiedades, ni han impedido el comercio de cualquier género entre ellos y los cristianos españoles, síguese, vuelvo a decir, que por esta causa no puede justificarse la guerra que fue hecha cuando por primera vez fue sometida esta nación al emperador".[130]

Por último, es importante insistir porqué el derecho de comunicación tiene estrecha relación con el reconocimiento de la igualdad del indio. Fray Alonso, como señala Cerezo de Diego, "situaba en un plano de igualdad a los habitantes en un plano de igualdad a los habitantes y territorios del Nuevo Mundo con los de España y el resto de los pueblos del *orbis christianus*. Esta idea de igualdad se contrapone

[128] *Ibidem*, XI.909, p. 382.
[129] *Ibidem*, XI.756, pp. 339-340.
[130] *Ibidem*, X.673, pp. 319-320.

a la mentalidad *colonial* desarrollada por los autores mercantilistas, según la cual los territorios dependientes de la metrópoli debían ser utilizados en beneficio de ella, actuando como fuentes suministradoras de materias primas y comprando sus productos manufacturados".[131] Es decir, en la perspectiva colonial, el bienestar de los habitantes de las Indias pasaba a segundo término y quedaba supeditado al desarrollo de la metrópoli que, por supuesto, se consideraba prioritario. En cambio, para Veracruz, este derecho debía ejercerse para el bien común, y además lo reconocía tanto para españoles como para indios, y podía ejercerse tanto en las Indias como en Europa: "...aquellas cosas que no fueron apropiadas, también permanecieron en común, como antes estaban en común en el derecho natural; entonces, quien nació del otro lado del orbe tiene, en efecto, derecho al mineral encontrado en este Nuevo Orbe, así como el nacido en este Nuevo Orbe lo tiene al pez que hay en el mar Mediterráneo; porque no se ha hecho apropiación ni en particular ni en común".[132]

IV. Conclusión

La defensa de los derechos a la vida y a la igualdad que realizó Alonso de la Veracruz es un ejemplo claro de los inicios de la tradición hispanoamericana de derechos humanos. Esta tradición parte de la experiencia desde el lugar social de la víctima y del oprimido, lo que posibilita un acercamiento materialista a la realidad, y rechaza las aproximaciones idealistas a ella. Veracruz –al igual que otros, como Las Casas y Quiroga– insistía en que su palabra se basaba en la experiencia, en el escuchar y conocer a los pueblos indígenas, y criticaba a quienes daban un análisis equivocado de la realidad, ya sea por falsearlo en función de sus intereses económicos y políticos o por su interpretación basada en ideas *a priori*. Por eso, pedía que para comprender la situación que se vivía en la Nueva España, y que obligaba al poder político a tomar medidas para proteger la vida y la igualdad, era necesario *vivirla* y *sentirla*, es decir, ser testigo de ella.

[131] Cerezo de Diego, Prometeo, *op. cit.*, p. 351.
[132] Veracruz, Alonso de, *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, *op. cit.*, XI.923, p. 386.

El uso del iusnaturalismo clásico, del nominalismo y del humanismo posibilitó a Veracruz valerse de las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho para defender la vida, la libertad y la igualdad de los pueblos indígenas. A la par, mostró en su discurso y su praxis el sentido más radical del derecho en la tradición cristiana y bíblica: el *mispât*, como liberación del oprimido y sanación de la víctima.

Recuperar la tradición hispanoamericana de derechos humanos posibilita a los movimientos de liberación latinoamericanas luchar por derechos humanos sin asumir forzosamente sus matrices eurocéntrica, monocultural, individualista y burguesa. En efecto, desde sus inicios, la lucha por la dignidad humana en América Latina ha adquirido un sentido pluricéntrico, pluricultural, comunitario y popular. A partir de esto, los derechos de las personas se han pensado desde las clases sociales más desfavorecidas, desde abajo, y en contextos concretos, evitando así la defensa de seres humanos abstractos o de idealismos que ocultan aspectos de la realidad y la falsea.

LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: 200 AÑOS DE LUCHA INFRUCTUOSA

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional.

Conferencia Mundial de Viena (1993)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una primera aproximación general*. III. *Los derechos humanos en los textos constitucionales*. IV. *La falta de incorporación de las normas internacionales de derecho internacional a nivel interno*. V. *El sistema de protección de los derechos humanos*. VI. *Conclusiones. México, sin una verdadera política de derechos humanos*.

I. INTRODUCCIÓN

La celebración del bicentenario ha supuesto una difícil tesitura en nuestro país. Con muchas dudas nos hemos acercado a la celebración

de este bicentenario; discutimos sobre los verdaderos motivos para celebrarlo, el gobierno se esfuerza por aprovechar el momento y generar unidad nacional; las críticas, en cambio, se elevan de tono. En el fondo todos reconocemos la trascendencia del momento y de hecho quisiéramos tener más claros los motivos de la celebración.

Lo que hay detrás de estos sentimientos encontrados es la realidad misma, un panorama de claroscuros que nos arroja el balance de estos doscientos años; hay cosas muy buenas y positivas que se han logrado, pero permanecen problemas igualmente graves que no hemos logrado superar: hemos avanzado pero no lo suficiente, quizá, inclusive, no lo que esperábamos.

Sin embargo, con una visión más amplia, podemos considerar que en México ocurre lo que en cualquier otro lugar de este mundo en donde, si por cualquier motivo se hacen balances históricos, la conclusión debe ser al menos similar. La historia de la humanidad está llena de claroscuros y de contradicciones, en ningún lugar todas las cosas ocurren positivamente y particularmente en la época actual las paradojas dominan el panorama.

Además, el tema de los derechos humanos es un enfoque especialmente crítico para la historia, ya que así como se han logrado avances en el reconocimiento de la igual dignidad para todos los seres humanos, cada época histórica supone nuevos retos, también en la nuestra, así tenemos, por ejemplo, los actuales problemas de discriminación racial ante los fenómenos migratorios universales, la esclavitud moderna, como se le ha denominado a la trata de personas.

En México hemos recorrido –juntos– un largo camino, sorteando obstáculos de toda índole y ese es el motivo de celebración. Hemos crecido y avanzado como nación. Sin embargo tenemos problemas que no corresponden a la edad –digámoslo así– de nuestro país, al menos no comparativamente. Sentimos y estamos claros de que hemos perdido muchas oportunidades y hoy somos un país que no logra brindar a sus ciudadanos todos los bienes y servicios que como organización desarrollada debiera.[1]

[1] La organización estatal tiene como razón de justificación la de brindar a sus ciudadanos los bienes públicos que en lo particular no podrían obtener, tales como seguridad, servicios, legalidad, etc. Esta es una de las premisas sobre la construcción de cualquier cuerpo social. Cuando esto no se puede dar se pierde la justificación y se debilita la legitimidad en el ejercicio del poder.

Por lo tanto, es esta una época de reflexión de "examen de conciencia", no solamente para hacer especulaciones teóricas, históricas, seudointelectuales, etc., sino para identificar adecuadamente los errores y poderlos corregir. Esta es la verdadera gran oportunidad que nos brinda el bicentenario.

Es por ello que hacer un análisis de los avances que ha tenido el derecho y cada una de sus ramas en nuestra historia independiente, la que, por supuesto, no abarca toda la génesis de la nación mexicana,[2] impone la obligación de asumir una actitud crítica que nos permita abandonar el análisis de los aspectos puramente formales y lograr una verdadera evaluación de la realidad en términos de los fines del derecho; es decir, se trata de hacer un análisis de justicia más que de legalidad, en donde podamos advertir si realmente los avances en materia de formación de leyes corresponden a los bienes jurídicos concretos obtenidos: justicia, seguridad y bien común.[3]

Uno de los capítulos más merecedores de este análisis y que obliga necesariamente a profundizar en los aspectos materiales del derecho, es el de los derechos humanos. Esto se da porque, en primer lugar, se trata del tema fundamental sobre el que ha de ser sopesado el avance de una sociedad y/o Estado.[4] Las sociedades democráticas han encontrado en los derechos humanos los indicadores más objetivos para concretar sus tareas y objetivos. Estamos absolutamente convencidos que en este sentido los derechos humanos se han transformado en herramientas de medición para el desarrollo social, económico y humano.

Hay otro punto y es el segundo aspecto por el que los derechos humanos son un tema de especial relevancia para la valoración que se haga en el bicentenario, se trata de la evidencia que tenemos de estar

[2] Como nación, México se conforma antes de su independencia, contribuyen a su integración tanto los elementos anteriores a la colonia como los de los tres siglos de convivencia con la Corona española, esta aclaración nos permite ubicar correctamente los alcances de la celebración del bicentenario.

[3] Entendemos éstos como los fines del derecho y como bienes interrelacionados que se encuentran en permanente tensión dialéctica. Al respeto se puede acudir a *Los fines del derecho, bien común, justicia, seguridad; Le Fur, Delos*, Radbruch, Carlyle, UNAM, México, 1938.

[4] La perspectiva que caracteriza al movimiento constitucional moderno subraya la protección de los derechos humanos como la tarea fundamental del Estado constitucional y del derecho constitucional, por tanto. Un planteamiento general de esta tendencia se puede encontrar en *Significado de los derechos fundamentales. Manual de derecho constitucional*, Conrado Hesse, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.

enfrentando una problemática de especial gravedad en el momento actual en este campo. Las actuales circunstancias de inseguridad y violencia creciente, por un lado, que aquejan a la sociedad mexicana, y, por otro, la lacerante y resistente desigualdad y marginación que prevalece en el Estado mexicano, son alertas que nos mueven a la reflexión y que nos deben llevar a la posterior acción.

El énfasis que ponemos en la importancia de dar cabida a un balance con perspectiva de realismo no es en menoscabo de que se deban atender igualmente a los aspectos formales, es decir, el desarrollo de las instituciones jurídicas y el análisis del progreso legislativo y jurisprudencial; por ello en el presente ensayo abordaremos tanto las valoraciones más concretas y vivenciales, al mismo tiempo que referiremos la evolución que han tenido las instituciones jurídicas que más impacto tienen con los derechos humanos, buscando hacer una amalgama entre ambas para lograr una visión lo más integral posible.

Antes de presentar el análisis concreto nos corresponde hacer dos aclaraciones pertinentes. La primera es la referente al uso del término derechos humanos, que será el que utilicemos, para referirnos a lo que también se suele denominar derechos fundamentales o garantías individuales en el ámbito constitucional. Nuestro propósito no es, por supuesto, el de generar una discusión a este respecto, sino el de utilizar el término más adecuado, desde nuestro punto de vista, para referirnos a los derechos que por ser inherentes al ser humano son reconocidos y protegidos a nivel de la Constitución y de otros ordenamientos como los tratados internacionales.[5] No es ni el lugar ni el momento para profundizar en estas distinciones o provocar una discusión de esta índole y consideramos que la utilización del término derechos humanos sirve para significar debidamente tanto el ámbito formal de protección de estos derechos como la realidad humana que envuelven y que es también motivo de valoración en estas páginas. Sirva, por tanto, esta aclaración para permitirnos utilizar el término derechos humanos en su más amplio significado.

[5] Definitivamente consideramos que desde el punto de vista filosófico, político y también jurídico el término derechos humanos es el que mejor contribuye a la defensa de la esfera jurídica del individuo; no obstante, hay diversas opiniones al respecto y, en ese sentido, diferente terminología utilizada en los textos constitucionales. Estas diferencias son apuntadas por Miguel Carbonell en *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005, pp. 6-10.

La segunda apreciación se refiere al valor que pueden llegar a tener en la materia de derechos humanos, y en general en cualquier ámbito de las instituciones sociales, las valoraciones de carácter histórico, ya que no cabe duda que los hechos han de apreciarse en su propia contextualidad y no existen –como en otros ámbitos de la realidad– reglas fijas que nos permitan juzgar con rigidez el desarrollo de las instituciones sociales. Un Estado, una sociedad, como bien lo señala Isaiah Berlin,[6] está sujeto a una serie de factores contingentes, particularmente el de la libertad humana, que no permite conjeturar sobre un seguro devenir. A pesar de esto, y con la debida reserva, lo que sí es posible y éste es el sentido de este trabajo, es tratar de entender las causas de determinados problemas presentes en las omisiones del pasado.

Ningún Estado o sociedad está exento de enfrentar problemas que en alguna época parecieron superados, pero no podemos negar la relación causal –aunque sea relativa– que existe entre las conductas sociales de distintas épocas. Esto, llevado al caso de los rezagos o problemáticas sociales, tiene mucho sentido en cuanto al interés de hacer ejercicios de diagnóstico, de autoconocimiento de la realidad social, pero también lo tiene en cuanto a buscar superar obstáculos que se enraízan o que se vuelven prácticamente invisibles.

En este sentido, el observar que en México se siguen presentando problemáticas de derechos humanos propias de los momentos de Estados en formación, como puede ser la de no poder conformar un verdadero sistema de justicia confiable e imparcial, es una magnífica oportunidad para ahondar en la evaluación que hagamos sobre la fortaleza de los cimientos que hemos fincado en nuestra historia y en las omisiones de las que somos responsables.

Reflexionar sobre las problemáticas de derechos humanos es un ejercicio doloroso, fuerte, pero a la vez un tema insoslayable para el bicentenario.

II. Una primera aproximación general

Si hacemos un repaso de lo que han sido los grandes hitos históricos en materia de derechos humanos en México, lo primero que debe

[6] *El sentido de la realidad*, Taurus, Madrid, 2000.

mencionarse es el propio hecho de la independencia como un acto de reivindicación de derechos, en concreto del derecho que tiene toda sociedad –y los individuos que la conforman– de decidir su *iter* político.[7] Los movimientos de independencia de los siglos XVIII y XIX se dieron bajo el impulso del individualismo que propugnó por la defensa de los "derechos del hombre y del ciudadano".[8] Las proclamas insurgentes de Jefferson, Adams, Bolívar y Morelos, se basaron en un concepto fuerte de los derechos humanos como realidades inalienables, anteriores al poder político y pertenecientes a cada individuo.[9]

Evidentemente, el concepto que se conoció en ese momento era muy limitado con respecto al contenido que se le otorga actualmente, pero lo interesante a subrayar es el hecho mismo de la presencia de un concepto individualista –y por lo tanto centrado en el ser humano– que impulsó el movimiento social hacia la construcción de nuevos Estados-nación.

A este respecto hay que tener muy presente que el Estado moderno surgió bajo el amparo del más puro individualismo y que, por lo mismo, nació vinculado con una misión de protección al ciudadano, al ser humano concreto. Estado moderno y derechos individuales fueron dos caras de la misma moneda en el surgimiento histórico del Estado. Esta realidad histórica sirvió de base para que, en el marco de la teoría del Estado, se construyera toda una argumentación filosófica

[7] Artículo 1o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. *Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*

[8] Se puede abundar en este planteamiento en "Derechos del hombre y guerra civil: un problema sin solución. 1810-1821", en *Derechos del hombre en México durante la guerra civil de 1810*, María Eugenia Terrones López, Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 2009.

[9] En la Declaración de Independencia de Estados Unidos se lee: *Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*. En el Acta de Independencia de México, se lee también: *Restituida, pues, cada parte del Septentrión al ejercicio de cuantos derechos le concedió el autor de la naturaleza, y reconociendo por inajenables y sagrados las naciones cultas de la tierra, en libertad de constituirse del modo que más convenga a su felicidad, y con representantes que pueden manifestar su voluntad y sus designios.*

y política orientada a considerar al Estado como el instrumento social idóneo para evitar los abusos de poder y proteger a los individuos.

Esta idea tan diáfana, posteriormente se resquebrajó, durante todos los incidentes trágicos del siglo XX, y el Estado dejó de tener el monopolio de la protección de los derechos humanos, llegándose a considerar como su principal y potencialmente más peligroso violador. La doctrina internacional de los derechos humanos es precisamente lo que persigue, generar mecanismos de vigilancia sobre las acciones violatorias del Estado.[10]

Sin embargo, en ese momento, recuperar la capacidad de decisión política, como un derecho colectivo, por parte de una nación que tenía claros lazos de unidad y de vinculación, supuso un paso fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos. La declaración de independencia, la expedición del Acta Constitutiva y la primera Constitución Federal de 1824, hicieron posible que se establecieran las bases de un nuevo Estado que tuvo como primer objetivo la salvaguarda de los derechos de libertad e igualdad señalados en dichos textos.

Lo que fue un primer paso tuvo una vigencia efímera. El único momento de normalidad constitucional lo fue el periodo de gobierno de nuestro primer Presidente Constitucional, Guadalupe Victoria; a partir de la segunda elección el clima de inestabilidad constitucional privó durante los siguientes años, hasta 1867 con la restauración de la República. Esta situación que dañó sensiblemente las bases del andamiaje social y cultural de una incipiente nación, no permitió siquiera el desarrollo básico de las instituciones estatales, menos aún de las que estuvieran dirigidas a la protección de los derechos humanos.

Es por ello que el siglo XIX, en un análisis general sobre la situación de los derechos humanos, no puede valorarse adecuadamente, porque en realidad el Estado no funcionó como tal. La viabilidad de un nuevo Estado-nación se mantuvo en duda durante prácticamente todo este siglo y aunque durante él se hicieron esfuerzos para crear instituciones que protegieran los derechos humanos, la realidad fáctica imperó por encima de las reglas jurídicas. Una de esas instituciones

[10] Esta tesis de la internacionalización de los derechos humanos es explicada con amplitud por Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, en *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México 2009.

fue, por ejemplo, el juicio de amparo, cuyos orígenes se remontan a nivel constitucional al Acta de reformas de 1847.

Fue hasta 1867, con el fin de la intervención francesa, cuando en lo que se llamó la etapa constitucional,[11] se consolidó y tomó realidad México como Estado-nación. Este paso fue fundamental para que pudiera comenzarse realmente a cimentar un sistema jurídico que fuera funcional y sobre el que se pudiera apoyar la protección de los derechos humanos.

La situación que se vivió en México respecto a los derechos humanos en esa época, se puede plantear en términos muy llanos: la protección a los derechos humanos es una tarea que se apoya en dos pilares fundamentales: primero, en la efectividad de un sistema jurídico y, en segundo término, en una cultura social con valores sólidos de respeto y tolerancia. En México, durante esa época, no existió un sistema jurídico en operación.

De esa forma los análisis que se pueden hacer en estos años, y los haremos más adelante, se refieren a aspectos fundamentalmente formales. Es de suponerse que las circunstancias de desorden social redundaran en masivas violaciones a derechos humanos, como de hecho ocurrió.

El año de 1867 es la fecha que se elige para marcar el cambio hacia el periodo de estabilidad constitucional y que coincide con la vigencia de la Constitución de 1857. En esa época ya se habían dado dos pasos fundamentales en la definición jurídico-conceptual de los derechos humanos: uno de ellos fue el surgimiento del juicio de amparo y otro el reconocimiento de los derechos humanos como realidades inherentes al ser humano y anteriores al Estado, en el artículo 1o. de la Constitución de 1857. Desde el punto de vista de la definición constitucional este fue el momento cúspide para los derechos humanos, más allá de las dificultades reales y prácticas que se siguieron presentando.

En 1916-1917, cuando se discute en el Constituyente Permanente el primer capítulo referente a los derechos humanos pesa más la realidad que el discurso teórico. Queda claro entre las discusiones de los constituyentes que estaban recogiendo una fuerte exigencia

[11] Esta es la clasificación histórico-constitucional (etapa constitutiva y etapa constitucional) que hace José Bravo Ugarte en *Compendio de historia de México*, México Jus, 1948.

social, los abusos cometidos contra los más desprotegidos se habían hecho al amparo o ante la omisión de las autoridades sin que el amplio postulado de la Constitución de 1857 pudiera significar nada.

Se trataba de una dicotomía insoportable que se vivió durante la vigencia de la Constitución de 1857, donde convivían una declaración maximizada e idealista y una realidad de desigualdad y abusos inexorable.

Fue por ello, entre otras razones por las que durante las discusiones se argumentó en contra de dar cabida a conceptos filosóficos dentro de la Constitución y a la necesidad de juridificar a los derechos humanos.[12] De esa forma se encontró como solución la de utilizar el término *garantizar* como una salvaguarda que obligara a que el sistema jurídico no solamente declarara cuáles eran los derechos sino que lograra su vigencia efectiva. La buena y recta intención de los constituyentes de ese momento resultó, sin embargo, un revés lamentable para la conceptualización y para la posterior protección jurídica de los derechos humanos.

Lo que sucedió con la redacción del artículo 1o. de la Constitución de 1917 *(todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece)*, fue que nubló el concepto de derechos humanos y generó una interpretación restrictiva de estos derechos, los cuales podían ser sólo los de la Constitución y la interpretación debía apegarse lo más posible a su letra. El camino que siguió la Suprema Corte de Justicia durante todo el siglo XX confirmó esta tendencia restrictiva.

Una visión panorámica del siglo XX nos representa en primer lugar la reivindicación de los derechos sociales que formó parte de las pugnas de la Revolución de 1910 y que se plasmó en el texto constitucional de 1917, con ello México se situó a la vanguardia del reconocimiento de los derechos humanos y de los avances constitucionales.

Ante esta mención debe ampliarse la visión de lo ocurrido a nivel constitucional, ya que si bien en el inicio del siglo XX, México actualizó sus instituciones constitucionales para el inicio de su nueva

[12] Congreso Constituyente de 1916, pp. 32 y ss. *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones*, Porrúa y Cámara de Diputados, 2003.

etapa como nación, no ocurrió lo mismo a final de ese siglo, cuando se dio un movimiento mundial de renovación constitucional después de la posguerra y en donde las constituciones, en lo general, incluyeron un concepto de derechos humanos más amplio y criterios de mayor protección a derechos humanos.[13] México, a pesar de haber vivido todas esas transformaciones sociales no ha logrado concretar un proceso de renovación constitucional que se vuelve cada vez más urgente.[14] Este rezago ha sido particularmente grave para la revisión de nuestro sistema político, pero también para la eficacia en la protección de los derechos humanos.

En cuanto a la historia del siglo XX, esta fue una época negra de autoritarismo para los derechos humanos en el que el sistema jurídico se subordinó a las prioridades de las acciones políticas y de gobierno. Sufrimos una guerra sucia –como la gran mayoría de los países de Latinoamérica– y mantuvimos una doble realidad: la de un cumplimiento formal de la ley y la de una negación fáctica de los derechos humanos.

Las consecuencias de esta dualidad han sido más profundas y más dañinas de lo que se esperaba, ya que no se trata solamente de que

[13] Al respecto se refiere el documento de la oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en México, *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos,* México, 2008: "Un número importante de países se ha sumado a esta experiencia, debido a que en los últimos 50 años han realizado procesos de reforma constitucional integral o, han adoptado nuevas constituciones como un derivado de sus procesos de transición política. Tal es el caso, por citar algunos ejemplos, de las llamadas constituciones de posguerra, como la italiana de 1947, la alemana de 1949 o la francesa de 1958. También ha sido el caso de las constituciones que han surgido como resultado de la transición de regímenes autoritarios a sistemas de gobierno democráticos; en este segundo supuesto encontramos, entre otras, a la Constitución portuguesa de 1976 y a la Constitución española de 1978. De manera más reciente algunos países de Europa del Este han adoptado nuevas constituciones tras la caída del bloque comunista, mientras que son muchos los países americanos que recientemente han reformado por completo sus constituciones o han emitido nuevos textos constitucionales; tal es el caso de las constituciones de Canadá (1982), Brasil (1988), Guatemala (1985), Colombia (1991), Perú (1993), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). En la mayoría de las leyes fundamentales referidas se ha establecido un catálogo de derechos humanos, en sintonía con los instrumentos internacionales y regionales en la materia".

[14] El más reciente esfuerzo institucional por concretar este proceso de reforma del Estado se encuentra en la Ley para la Reforma del Estado, expedida por el Congreso de la Unión el 13 de abril de 2007. En su exposición de motivos y en su articulado se expresa la necesidad de llevar a término este proceso. También puede consultarse lo que se recopiló en el año 2002, *Estrategias y propuestas para la Reforma del Estado*, UNAM, IIJ, 2002.

esto significó el contexto que propició las violaciones solapadas a derechos humanos entendidas como un instrumento de control y gobernabilidad, sino que fue una de las causas que propagó una cultura de legalidad formal, pero de ilegalidad real que en el momento actual es uno de los peores lastres para poder avanzar en la construcción de un verdadero Estado de Derecho. El *modus vivendi* que generalizó este sistema consistía en generar mecanismos para compatibilizar la corrupción con el cumplimiento de la ley.

Las etapas de la transición democrática y de la alternancia en los poderes ejecutivo y legislativo, tanto federal como local, a partir de 1997, generaron un espacio mayor para los derechos humanos y esto permitió que las organizaciones de la sociedad civil pudieran tener mayor incidencia en sus peticiones y reclamos. De ahí derivó, en el año 2000, por iniciativa expresa de las organizaciones de la sociedad civil mexicana, la firma del acuerdo de cooperación técnica entre el Estado mexicano y la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Un hecho relevante de la última etapa del siglo XX fue la decisión de crear un sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, bajo la influencia del *ombudsman* sueco y del defensor del pueblo español,[15] que se concretó en la creación constitucional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las de las 32 comisiones locales. El esfuerzo de recursos materiales, técnicos y jurídicos con que se ha dotado a este sistema ha llevado a que se considere el más grande del mundo.

El avance que significó la creación de este sistema fue uno de los más importantes en la materia durante el final del siglo pasado, a partir de ese momento se impulsó una mayor conciencia social sobre el tema de los derechos humanos y se crearon espacios de denuncia social. Sin embargo, el sistema sigue siendo insuficiente y de hecho ha sido considerado ineficiente por organizaciones internacionales que han hecho evaluaciones sobre el mismo.[16]

[15] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 509 y ss.

[16] Esta fue la postura manifestada por la organización internacional de derechos humanos *Human Rights Watch*, en el informe publicado en febrero de 2008: *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Una evaluación crítica. http://www.hrw.org/es/reports/2008/02/12/la-comisi-n-nacional-de-los-derechos-humanos-de-m-xico-0.*

Es preciso destacar que dentro de las propuestas que se generaron en los momentos denominados de la transición existió la decisión de fincar este proceso de carácter político en la apertura del tema de los derechos humanos, tanto a nivel internacional como interno. De aquí derivó la ratificación de un amplio número de tratados internacionales de derechos humanos, la invitación abierta del gobierno mexicano a relatores y relatoras de la Organización de Estados Americanos y de la Organización de Naciones Unidas, etc.

Esfuerzos de carácter político continuaron con este proceso que tuvo como principales resultados la elaboración de programas de políticas de derechos humanos, con carácter nacional, en 1997, 2004 y 2008.[17]

Otro capítulo relevante en una reseña general histórica sobre lo ocurrido en el tema de los derechos humanos en México lo han sido los reiterados intentos de modificar la Constitución en lo referente al concepto de derechos humanos y al sistema de su protección. Desde el año 2004 se han presentado sendas iniciativas con este propósito en las cuales de entrada se abandona el formalista término de *garantías individuales* y se adopta el de derechos humanos, además de que se fortalece la protección a través de incorporar los derechos humanos de los tratados internacionales al nivel del resto de los derechos constitucionales, con sus mismos alcances y medios de protección, entre otros el Juicio de Amparo.

Uno de los momentos en que esta intención tuvo más concreción fue en la denominada Ley para la Reforma del Estado que se dio a sí mismo el Congreso de la Unión y en la cual se creó una Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos (CENCA), la cual trabajó durante un año, produciendo un conjunto de 94 propuestas de reforma constitucional en materia de derechos humanos.[18] Lamentablemente esas iniciativas no se presentaron en conjunto sino que se quedaron en espera de que individualmente algunos legisladores las promovieran, por lo que muchas de ellas quedaron en el olvido.

[17] Nos referimos a los Programas Nacionales de Derechos Humanos, elaborados y publicados por el Poder Ejecutivo en los años de 1997, 2004 y 2008. Tales documentos se pueden consultar en: http://www.derechoshumanos.gob.mx/Portal/PtMain.php?pagina=programa-dh y en http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/10programanacional2004.pdf.

[18] Los documentos elaborados por la CENCA siguen disponibles en www.leyparalareformadelestado.gob.mx.

Hasta el momento tales iniciativas no han logrado su total aprobación, por lo que en este aspecto la Constitución permanece enraizada en los arcaicos conceptos de épocas pasadas. El mayor punto de interés al mencionar esta dialéctica parlamentaria tiene que ver precisamente con las resistencias que se asoman en estas discusiones y que confirman el conservadurismo que priva aún en México en determinados sectores y que es contrario al avance de los derechos humanos. Oposiciones conceptuales entre soberanía *vs* derechos humanos, o principios nacionalistas *vs* derechos humanos, que aunque no tengan sustento en la doctrina constitucional actual, han permanecido en los enfoques de los trabajos legislativos en México.[19]

Con lo dicho en este apartado hemos de considerar que aunque cualquier repaso histórico que se haga sobre la materia de derechos humanos arrojará por definición un panorama de claroscuros, lo que sucede en México, donde encontramos avances en la materia, tanto formales como reales, pero también existen muchos problemas que incluso parecen acrecentarse, es un panorama de especial gravedad.

El ejercicio de los derechos en México en el momento de nuestro avance democrático actual permite a los ciudadanos ejercer sus derechos de una manera mucho más efectiva; pensemos en la libertad de expresión, por ejemplo, o en el derecho a la información de que ahora gozamos, o en el mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres o de los pueblos y culturas indígenas que tienen otro estatus jurídico. Encontramos campos donde el avance es indubitable.

Sin embargo, hay algunos signos que adquieren tal dimensión que resultan datos por demás elocuentes en el balance de los derechos humanos después de dos siglos. Nos referimos, por ejemplo, a la disfuncionalidad del sistema de seguridad y de justicia. Los datos que hoy nos arrojan las estadísticas sitúan los índices de impunidad en 98% en México, lo que significa que de 100 delitos cometidos (incluidos los denunciados) sólo se castigan dos. Este dato echa por tierra la eficacia del sistema en su conjunto, incluyendo la procuración de justicia, la impartición y el sistema penitenciario.

[19] La última iniciativa fue aprobada el 8 de abril de 2010 por unanimidad en el Senado de la República y turnada como Minuta a la Cámara de Diputados, en donde se encuentra pendiente de aprobación. El proyecto se puede consultar en http://portal.sre.gob.mx/argentina/pdf/humanos.pdf.

Frente a ello cabe cuestionarse si en realidad México es, a doscientos años de su independencia, un Estado de Derecho como debía serlo en este momento. Nos permitimos detenernos en este punto porque consideramos que, en un balance de derechos humanos, frente a esta realidad, México aún está muy lejos de lograr un nivel aceptable de vigencia de los derechos humanos para sus habitantes.

El dato es fuerte y el análisis debe serlo también. La oportunidad del bicentenario, que es un momento propicio para la reflexión y el análisis, nos debe ayudar a encontrar las causas de esta falla fundamental y proponer nuevos caminos para enfrentarla. No es gratuito que el sistema opere con tales deficiencias, subyacen problemas de falta de confianza en las autoridades, un excesivo formalismo en el ejercicio de las funciones de procuración y administración de justicia y unas persistentes raíces de utilización del derecho para el servicio de intereses ajenos.

La *permanente paradoja* que se vive en México en el tema de derechos humanos es quizá el punto con que debiéramos terminar este repaso general de nuestra historia, una realidad contrastante y que no guarda coherencia. Esto tiene una serie de causas que deben desentrañarse y que, adelantando algunas de las consideraciones que podrían hacerse en su oportunidad, seguramente nos encontraremos con una serie de prácticas y costumbres sociales arraigadas que son fruto de la tendencia de un formalismo jurídico que ha privado en México en las últimas épocas y que producen una desvinculación entre el derecho de la vida social. La debilidad de nuestro Estado de Derecho es, al mismo tiempo, la lasitud de nuestros derechos humanos.

III. Los derechos humanos en los textos constitucionales

Hacer un análisis sobre los derechos humanos en los textos constitucionales puede tener muchos ángulos de interés. Por un lado, el comparativo que nos permite conocer las influencias que han tenido los diferentes ordenamientos y los grados de protección alcanzados. Por otro lado, puede buscarse los antecedentes históricos de los preceptos constitucionales en específico; diríamos que el primero sería un análisis ideológico y el segundo un enfoque histórico. En el caso nuestro, lo que buscamos en este apartado es separarnos de ambos enfoques y centrarnos en el análisis estrictamente jurídico de lo que

ha sido la protección de los derechos humanos en México dentro de sus documentos de índole constitucional.

Para ello tenemos que hacer algunas precisiones previas ya que para que el análisis resulte fructífero y útil es conveniente distinguir épocas y momentos. En el constitucionalismo moderno, el campo de los derechos humanos como tema de protección apareció hasta finales del siglo XVIII y realmente se consolidó durante el siglo XIX. En ese sentido no deben apreciarse los textos constitucionales de la misma forma. En el caso de México es hasta la Constitución de 1857 cuando se incorporan los derechos humanos de manera explícita y completa en el texto constitucional; los anteriores textos constitucionales sólo lo hicieron de manera parcial e indirecta.

Así pueden distinguirse los textos constitucionales en materia de derechos humanos en México, antes y después de la Constitución de 1857, que fue la que marcó el cambio.

Esto no significa que neguemos todo contenido de derechos humanos en la Constitución de Cádiz o en la Constitución de 1824, o en la centralista de 1836, sencillamente lo que queremos dejar sentado es que, desde nuestro punto de vista, en tales documentos constitucionales no se contempló de forma esquemática, organizada y completa los derechos humanos.

Una segunda precisión necesaria se refiere a que esta diferencia entre el modo como una constitución trata el tema de los derechos humanos no obedece a circunstancias de índole ideológica, es decir, no tenía que ver con el partido que dominaba el Congreso en ese momento, liberal, conservador, moderado o puro. Los conflictos entre tendencias ideológicas y partidistas se reflejaron mucho más en los aspectos organizativos del Estado que en el ámbito de los derechos (sistema federal, sistemas de elección de representantes, monopolio del poder). Esto refuerza la idea de que el limitado alcance constitucional que tuvieron los derechos humanos en esa época se debía a que no se le consideraba un punto prioritario dentro del quehacer constitucional. Lo que en todo caso puede apreciarse es una tendencia creciente a su inclusión y a su especificación, tendencia que coincide con la evolución internacional que tuvieron los derechos humanos en el mundo.[20]

[20] Hay que precisar, sin embargo, que formalmente, como doctrina internacional, surge hasta 1948 con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; lo ante-

Puestas esas apreciaciones previas, podemos entrar al análisis de las constituciones en específico, comenzando por la Constitución de 1824. Cabe aclarar que no haremos referencia a la Constitución de Cádiz ni a la de Apatzingán ya que más allá de la limitada y relativa vigencia de las mismas –cada una en su caso–, ninguna de las dos contenía una referencia amplia y explícita a los derechos humanos.

En el caso de la Constitución de 1824, el propósito de los constituyentes fue asegurar la forma de gobierno de la incipiente nación; por ello, los mayores esfuerzos del debate se centraron en fortalecer el federalismo, sostener la independencia y soberanía del Estado y ajustar las reglas de la representatividad por Estado. En cuanto a los derechos fundamentales sólo existen diseminadas algunas disposiciones que no forman un capítulo y ni siquiera se formulan en términos de derecho sino que se encuentran como parte de las facultades de los órganos. Tales disposiciones son, por ejemplo, la de la facultad otorgada al Congreso de proteger *la libertad política de imprenta*, art. 49, III; o la del Presidente de no poder realizar arrestos, salvo que lo exigiera el interés y seguridad de la federación, o la limitación de tener que contar con la autorización del Senado para realizar expropiaciones (art. 112, fr. II y III); finalmente se encuentra la facultad de los Estados para proteger la libertad de imprenta y de expresión (art. 161, III).

La Constitución centralista de las Siete Leyes de 1836 logra claros avances respecto a la de su antecesora, sin que se pueda considerar que llegue a establecer un esquema de protección y reconocimiento de derechos. Hay que tomar en cuenta, igualmente, que en el caso de la de 1824, el debate seguía siendo la forma de gobierno, y en específico el sistema federal *vs* el centralista, de forma que la protección de derechos quedaba fuera del foco principal de atención.

En la Primera Ley, el artículo 1o. se titula de los Derechos y Obligaciones de los Mexicanos, en el cual dentro de los derechos incluye en VII fracciones el derecho al debido proceso, el derecho de propiedad, la libertad de imprenta y de expresión y la libertad de tránsito. Posteriormente, en el artículo 8, se incluyen los derechos

rior puede considerarse como antecedentes, pero de manera sistemática existe un momento determinado en el que se positiviza internacionalmente y posteriormente permea en las constituciones de los Estados.

del ciudadano mexicano, donde se mencionan los derechos políticos, tanto el activo como el pasivo.

La Constitución logra una mayor claridad en el modo de tratar los derechos, llamándolos como tales, pero no adopta un concepto de derechos humanos universal, se refiere solamente a los mexicanos y el elenco de derechos resulta aún muy limitado.

El tema de los derechos humanos se vuelve realmente relevante a partir de la Constitución de 1857. Las precedentes ideas de la Ilustración francesa y que se plasmaron en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, fueron incorporadas por primera vez en nuestra Constitución de 1857. [21] No solamente implicó un primer artículo, en el que se reconocieron los derechos humanos como anteriores a las instituciones públicas, incluyendo el mismo Estado, sino que se incorporó un capítulo completo denominado *De los Derechos del Hombre*, para hacer un reconocimiento explícito en 29 artículos de cada uno de los derechos. Se incorporaron los siguientes derechos:

Artículo	*Derecho*
Art. 1o.	Reconocimiento de derechos del hombre
Art. 2o.	Abolición de la esclavitud
Art. 3o.	Libertad de educación
Art. 4o.	Libertad de trabajo y de aprovechar los productos del mismo
Art. 5o.	Libertad de trabajo, prohibición de trabajos forzados y de votos contra la libertad
Art. 6o.	Libertad de expresión
Art. 7o.	Libertad de imprenta
Art. 8o.	Derecho de petición
Art. 9o.	Libertad de asociación y de reunión
Art. 10o.	Derecho de portación de armas
Art. 11o.	Derecho de tránsito y de movimiento
Art. 12o.	Prohibición de títulos de nobleza
Art. 13o.	Prohibición de fueros, salvo el fuero militar

[21] *Cfr.* al respecto, Maria Eugenia Terrones López, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Art. 14o.	Principio de legalidad, irretroactividad de la ley
Art. 15o.	Prohibición de la extradición para el caso de reos políticos
Art. 16o.	Derecho a la seguridad jurídica
Art. 17o.	Derecho al debido proceso, derecho de acceso a la justicia
Art. 18o.	Derecho al debido proceso
Art. 19o.	Derecho al debido proceso
Art. 20	Derecho al debido proceso durante el juicio criminal
Art. 21	Derecho al debido proceso frente a autoridades administrativas
Art. 22	Prohibición de las penas de mutilación, infamia, marcas y azotes, así como las inusitadas y trascendentales
Art. 23	Abolición de la pena de muerte para delitos políticos
Art. 24	Derecho al debido proceso en materia penal
Art. 25	Derecho a la libre correspondencia
Art. 26	Derecho de propiedad, limitaciones a la requisa militar
Art. 27	Derecho de propiedad
Art. 28	Derecho de libertad de comercio, prohibición de monopolios
Art. 29	Suspensión de garantías otorgadas por la Constitución

El punto central de análisis es el del artículo 1o., en el que se recoge el concepto y sobre el que se fundan los demás preceptos. La Constitución adopta un enfoque jusnaturalista y reconoce que los derechos humanos (del hombre) preexisten al Estado y al orden jurídico, con lo cual adopta un concepto filosófico y lo plasma en el ordenamiento jurídico fundamental.

Los debates y las críticas a este paso no fueron pocas, incluso antes de su promulgación, y obedecían fundamentalmente a la visión jurídico-formalista que imperaba en ese momento y que se vio impactada por la irrupción de las ideas de la Ilustración francesa.

Uno de los detractores de esta reforma fue precisamente José María Iglesias, abogado, secretario de justicia en varias ocasiones y miembro destacado del Partido Liberal, quien utilizó su ágil pluma para descalificar en todos sus términos el artículo 1o.

En primer lugar consideró *pretencioso*[22] incluir el término *derechos del hombre* al capítulo de la Constitución teniendo en cierta manera razón, ya que en sí el término parece significar que los incluidos en la Constitución son *todos* los derechos del hombre, cuando en realidad son solo algunos. Añade Iglesias que *en la numerosa escala que recorren los derechos del hombre, se encuentran muchos que más bien pertenecen a los códigos civil y criminal que al político de una nación.*[23] Esta argumentación nos demuestra la impermeabilidad que existía en el momento para aceptar a los derechos humanos como instituciones jurídicas y para considerarlos, y ésta era la principal refutación, como parte de la Constitución.

Siguiendo las críticas del mismo autor, que fueron hechas en julio de 1856, encontramos una resistencia a incluir normas con estructuras novedosas dentro de la Constitución, considerando que dicho precepto 1o., no era en sí una norma jurídica: *La prueba de lo que afirmamos se tiene, sin ir muy lejos, en el artículo 1o. del proyecto de Constitución. Allí se dice que los derechos del hombre y del ciudadano son la base y el objeto de las instituciones sociales. Por más que nos devanamos los sesos, no alcanzamos a vislumbrar precepto alguno en estas palabras. Son solamente la enunciación la una verdad que somos los primeros en reconocer* (...).[24] Las argumentaciones de Iglesias nos ayudan a ubicar una discusión que aún ahora sigue vigente en el contexto del neoconstitucionalismo y que ha sido planteada y respondida por autores como Ferrajoli, Alexy, etc., pero que en aquel momento resultaban totalmente inusitadas.

Más allá de las críticas frente a una disposición que se consideraba por algunos como *vaga y metafísica* impropia de un texto constitucional terminó imponiéndose por fuerza de la razón y de la costumbre. La Constitución fue aprobada con un capítulo específico de derechos humanos y con un enfoque jusnaturalista. Así fue el inicio del constitucionalismo garantista en nuestro país.

Cabe hacer una apreciación sobre la originalidad que tuvo el texto y contenido del capítulo 1o. de la Constitución de 1857, ya que, dentro de nuestros textos constitucionales, no existía base de la cual

[22] *José María Iglesias, Cuestiones constitucionales* (Javier Moctezuma, comp.), UNAM 1996, p. 15.
[23] *Idem.*
[24] *Ibidem*, p 16.

partir y, en el caso de la Constitución norteamericana, las primeras 10 enmiendas de 1791 sólo fueron utilizadas parcialmente. Tampoco se descubre una fuerte influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por lo que, en conclusión, puede afirmarse que se trató de un documento del constituyente que de manera original se ajustó a la realidad mexicana imperante.

En cuanto a las reformas al texto constitucional de 1857, éstas no se refirieron de manera principal al capítulo de derechos humanos: si consideramos a las "Leyes de Reforma", que se incorporaron a la Constitución con la Ley de Adiciones y Reformas de 1873, sólo cabría considerar como estrictamente de derechos humanos a la Ley de Libertad de Cultos, ya que las otras se referían a la asunción por parte del Estado de las funciones que le correspondían o bien se dirigían a limitar la actuación de las corporaciones religiosas.

El siguiente paso en la historia de los textos constitucionales se da con la aprobación de las reformas al texto de la Constitución de 1857, en el Constituyente de 1917. De lo que ahí se discutió lo más relevante fue el abandono del concepto –y por lo tanto del sistema– de derechos del hombre y la asunción del concepto de *garantías individuales*. Dentro de nuestra historia constitucional éste es uno de los capítulos más importantes, más allá de las razones de carácter ideológico, por los impactos que tuvo en la aplicación efectiva de los derechos humanos.

Las discusiones habidas en el seno del Constituyente estuvieron orientadas a buscar una protección más efectiva de los derechos humanos. Frente a ellos se presentaban todos los abusos que se cometían contra una mayoría de mexicanos que trabajaban como jornaleros agrícolas y eso ocurría sin que el texto constitucional sirviera (en concreto, el artículo 1o.) para evitar o disminuir dichas violaciones.

Se repetían las argumentaciones que se habían dado en el constituyente de 1857, pero ahora con las razones aportadas por la realidad. La razón asistía aparentemente a quienes propugnaban por un enfoque más juridicista de la Constitución.

Entre otras están las del diputado constituyente Martínez Escobar, que al discutir el artículo 1o. decía: "Esto sencillamente es una redacción ilógica, torpe, porque es claro que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones, porque es indudable que las instituciones sociales se hacen para salvaguardar, para beneficiar

al hombre, para prosperidad del hombre (...) pero del hecho que los derechos del hombre sean la base, ¿se puede creer que las autoridades respeten las garantías de la Constitución? Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más absoluta y más completa todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías y esto es lo que está dicho en el artículo a discusión".[25]

La discusión se cerró adoptando en síntesis la segunda parte del anterior artículo 1o., que era el proyecto de la Comisión, es decir, estableciendo las garantías individuales como mecanismos de protección de derechos.

La historia de esta decisión es conocida y consistió en un debilitamiento del concepto de derechos humanos en la Constitución y en su consiguiente limitada protección. Al fortalecer el concepto de garantías individuales se debilitó el de derechos humanos, así la *medicina resultó peor que la enfermedad*.

A la luz de los análisis actuales las deficiencias de tal perspectiva son cada vez más claras. Para muestra traemos a referencia lo observado en una publicación de la oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en México por parte de especialistas y académicos; en su opinión existen tres deficiencias principales:[26]

a) Confunde los mecanismos de protección de derechos con los derechos en sí, pues en realidad una garantía es un instrumento a través del cual se protege un derecho y no un derecho en sí mismo.
b) Atiende a una concepción individualista y estatalista de los derechos humanos, en la que la principal función de los derechos es salvaguardar una esfera de libertad para los individuos y en la cual el Estado cumple sus obligaciones en la mayoría de los casos con no interferir en el ámbito privado de acción de los individuos. En este sentido, se privilegia a los derechos

[25] *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, 2003, pp. 68-70.

[26] *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en México, México, 2008, p. 17.

civiles y políticos, mientras que reducen los derechos económicos y sociales a simples objetivos programáticos del Estado, poniendo en duda su plena justiciabilidad.

c) Al considerar que los únicos titulares de las garantías son los individuos concretos, niega de entrada la posibilidad de reconocer a ciertos grupos o comunidades la titularidad de los denominados derechos colectivos.

Esta visión es compartida hoy por amplios sectores del ámbito académico e incluso parlamentario. Las exposiciones de motivos de las iniciativas presentadas para reformar el artículo 1o., dictaminadas e incluso aprobadas ya por una de las Cámaras, plantean la urgente necesidad de modificar el concepto de garantías individuales y adoptar lisa y llanamente el de derechos humanos. Los argumentos versan sobre la necesidad de adoptar una correcta conceptualización, por un lado, y la de permitir que fuentes internacionales de derechos humanos puedan ampliar el contenido y alcance de los derechos constitucionales.

Queremos añadir una razón de índole cultural a las ya señaladas y es que siendo como lo es, la Constitución un instrumento cultural, éste debe ser claro para la población y en ese sentido el lenguaje que debe adoptar es el que tenga mayor significado para los titulares de estos derechos; en ese sentido es obvio que el término derechos humanos supera con mucho al de garantías individuales.

Dejando de lado este aspecto del texto constitucional de 1917, hemos de referirnos necesariamente al avance que la Constitución tuvo en materia de reconocimiento a los derechos sociales, particularmente a los dirigidos a la clase obrera y a la campesina. En el artículo 27 y 123 se creó un marco de protección a estos derechos amplio y detallado. Con ello nuestra Constitución se puso a la vanguardia de las constituciones modernas y dio un impulso a la conceptualización de los derechos que hasta ese momento tenían una marcada tendencia individualista.

Con estas dos notas cerramos lo que fue el capítulo de discusión sobre derechos humanos en el constituyente de 1917. A partir de esa fecha se han dado un sinnúmero de reformas que han modificado y fundamentalmente ampliado algunos derechos específicos, dentro de esas reformas podemos referir las siguientes como las más relevantes:

Artículo constitucional	*Derecho implicado*	*Fecha de la reforma*
Art. 1o.	Derecho a la no discriminación	2001
Art. 2o.	Derechos de los pueblos y cultura indígenas	2001
Art. 4o.	Igualdad entre el varón y la mujer	1974
	Protección a la familia	
	Derecho a la salud	1983
	Derecho a la vivienda	1983
	Derecho al medio ambiente	1999
	Derechos de los niños y de las niñas	2000
	Derecho a la cultura	2009
Art. 6o.	Derecho a la información	2007
Arts. 16, 17, 19, 20 y 21	Derechos relacionados con el sistema de justicia penal, especialmente el de *Presunción de Inocencia*	2008
Art. 18	Derechos para adolescentes	2006
Art. 22	Abolición de la pena de muerte	2005
Art. 113	Derecho de responsabilidad patrimonial del Estado	2002

Como se puede apreciar dentro de la notoria reformabilidad que ha tenido la Constitución mexicana, los derechos humanos han tenido un lugar discreto; no obstante, estos cambios han contribuido, al menos relativamente, a lograr un *aggiornamiento* de la Constitución en materia de derechos humanos. Nuestro texto constitucional sigue siendo desorganizado, incompleto y en algunos derechos, rezagado, pero al menos hemos ido incorporando algunos derechos sociales, derechos de las mujeres, hemos abolido la pena de muerte en todos los casos, hemos cambiado nuestro abusivo sistema de justicia. Esto

ha ayudado a matizar los problemas que seguimos enfrentando en la materia.

IV. La falta de incorporación de las normas de derecho internacional a nivel interno

Dadas las características del movimiento de los derechos humanos,[27] el mayor desarrollo se ha dado en el ámbito internacional, por lo que en las últimas décadas los compromisos de los Estados y la petición de las Naciones Unidas ha sido la de lograr una *armonización* del derecho interno con respecto al internacional.[28] Es reconocido que los estándares alcanzados en el derecho internacional son normalmente mayores que los que se logran en los textos constitucionales.

Este compromiso de carácter internacional en materia de derechos humanos ha tenido muchas vías de solución, dependiendo de las características de cada sistema jurídico, pero lo que finalmente se logra es una aplicación directa de las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos.

El camino hacia la plena armonización del derecho interno con el internacional ha tenido que romper barreras y paradigmas, muy en particular el de los principios de soberanía nacional. Hoy ese estigma ya ha sido superado con una visión más amplia y actualizada de este principio, que nunca puede superponerse al de la protección de los derechos humanos.

En cuanto a la supremacía constitucional, que también ha sido otra de las dificultades conceptuales, ya que se resiste a dar el mismo nivel de aplicación a los tratados internacionales, sin embargo, ha terminado acoplándose con los planteamientos ya aceptados generalmente del llamado *bloque de constitucionalidad*.[29]

[27] *Cfr.* Mauro Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo*, México, 1993, p. 47.

[28] Esta idea está recogida en la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena 1993., n. 7: Los procesos de promoción y protección de los derechos humanos deben desarrollarse de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional.

[29] Al respecto se recomienda el tratamiento de varios autores sobre el tema en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, pp. 749 y ss. Particularmente el

Superando barreras y dificultades, se ha abierto paso la aplicación del orden internacional a nivel interno dando lugar al proceso de armonización.

En el caso de México esto también ha ocurrido, a pesar de que tal como se encuentra actualmente el texto constitucional y su interpretación judicial, como abundaremos más adelante, no permite una aplicación igualitaria de los derechos humanos de los tratados internacionales y de las garantías individuales de la Constitución, permanecen diferencias tanto sustantivas como adjetivas. Esto provoca una doble categoría de derechos humanos en México, la primera, que es la de las garantías individuales, y la segunda, que se refiere a los derechos de los tratados internacionales.

El tema de la armonización tiene varios capítulos, uno de ellos es el de la ratificación de tratados y de la aceptación de la jurisdicción de organismos internacionales en la materia. En el caso de México este camino está prácticamente recorrido. México ratificó la Declaración Internacional de los Derechos Humanos en 1948; la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969; el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Económicos, Sociales y Culturales en 1981; además, nos adherimos y aceptamos la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1981 y de la Corte Interamericana en 1998; finalmente, firmamos la ratificación para aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, previa reforma constitucional, en el año 2005. Como se puede observar con este muestreo, México ha sido un miembro proactivo de la comunidad internacional en el tema de derechos humanos.

Sin embargo, existen otros capítulos en el tema de la armonización, por ejemplo, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, en el que los resultados no son tan promisorios. Tomando en cuenta la limitada aplicación que suelen tener los tratados internacionales en nuestro sistema, debido a la redacción del artículo 133 de la Constitución, adoptada en 1934, que supeditó la validez formal de los tratados internacionales a que estuvieran de *acuerdo con la misma* y debido también a la interpretación restringida que le dio la Suprema Corte de Justicia a este precepto, los tratados internacionales

de Edgar Corzo Sosa, *Control constitucional. Instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad*, pp. 749-763.

prácticamente desaparecieron de la aplicación cotidiana por parte de autoridades administrativas y judiciales. Con ellos los derechos humanos siguieron igual suerte.

En ese sentido se favoreció la dicotomía a la que ya hemos hecho alusión, la existencia de una normatividad internacional formalmente vigente en materia de derechos humanos, pero que no se aplicaba a nivel interno.

Las recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, que han dado superioridad jerárquica a los tratados internacionales de derechos humanos, por encima de las leyes federales,[30] tampoco atienden de fondo el problema ya que se trata de normas que contienen derechos humanos y que por naturaleza deben tener el nivel constitucional, no es un problema de jerarquía entre normas intermedias sino de mirar a la naturaleza de las normas.

Aquí radica el punto que mayor dificultad ha supuesto para la armonización del derecho interno con el internacional.

La tesitura actual que vive nuestro país, en la cual se está enfrentando al cumplimiento de las primeras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su contra,[31] serán seguramente palancas que permitan mover la interpretación tanto judicial como administrativa hacia una directa y más efectiva aplicación de los derechos humanos incluidos en los tratados internacionales.

Por otra parte, hemos de considerar que dadas las dificultades actuales para iniciar un proceso político que nos conduzca a la elaboración de una nueva Constitución y que sería el camino directo para elevar los estándares de los derechos humanos en México, el camino que queda es, por un lado, el de lograr una primera modificación constitucional que nos permita dar entrada a los tratados internacionales en los mecanismos de justicia constitucional y, por otro, el de abrir la misma puerta a través de la interpretación constitucional.

[30] TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Novena época, Instancia: SCJN. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X., noviembre de 1999, LXXVII, p. 46. Tesis aislada. TRATADOS INTERNACIONALES SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES FEDERALES Y LOCALES, t. XXV de 20 de mayo de 2007. *Semanario Judicial de la Federación*.

[31] Nos referimos a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla y del Campo Algodonero, que fueron emitidas en 2009, además pueden ser consultadas en el *Diario Oficial de la Federación*, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5134343&fecha=08/03/2010, y http://dof.gob.mx/busqueda_detalle.php?textobusqueda=Rosendo&vienede=.

Finalmente, hay un capítulo más respecto a la aplicación de normas internacionales y es el que se refiere al cúmulo de recomendaciones que recibe un país por parte de los mecanismos previstos. Mención especial merece el reciente mecanismo adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llamado Examen Periódico Universal (UPR), que se ha convertido en un espacio de evaluación mutua entre Estados con un planteamiento integral en materia de derechos humanos. Aún se trata de un mecanismo muy reciente, que tiene que consolidarse, pero que por ahora ya produjo un documento con 93 recomendaciones para México, de las cuales nuestro país rechazó 8, y que forman parte del bagaje de obligaciones internacionales que debe cumplir el Estado.

V. El sistema de protección de los derechos humanos

Correlativo al reconocimiento de los derechos humanos, dentro de un sistema jurídico, debe estar el tema de la protección de los mismos. La protección no es, sin embargo, una cuestión que deba resolverse sólo por la vía jurídica, ya que existen otras vías que coadyuvan en la vigencia real y efectiva y que actúan más en el campo de la prevención que en el de la reparación.

Un sistema de protección a derechos humanos debe entenderse en su conjunto, es decir, como su nombre lo indica, como un sistema. En este sentido los diferentes mecanismos se deben ver como vías convergentes que concurren al mismo objetivo: la protección de los derechos humanos.

Esto es especialmente importante respecto a la valoración que se haga de los mecanismos no jurisdiccionales, ya que su carácter de organismos recomendatorios y no vinculatorios hace pensar falsamente que no contribuyen eficazmente a la protección de los derechos humanos, cuando precisamente su fuerza debe ser diferente a la de los tribunales, los cuales también son mecanismos de defensa de derechos humanos.

Lo mismo sucede con respecto a los tribunales u organismos internacionales con respecto a los nacionales, los cuales, de hecho así se señala en los tratados internacionales, deben intervenir bajo un principio de complementariedad o también llamado de subsidiariedad.[32]

De esta forma todos los mecanismos, los no jurisdiccionales, los jurisdiccionales, los nacionales y los internacionales deben funcionar de manera complementaria y configurar un sistema en su conjunto.

México cuenta con todo este entramado de vías de protección de derechos humanos, sobre el que cabría decir algunas cosas.

En cuanto al sistema no jurisdiccional de derechos humanos, que es uno de los más grandes del mundo, cabe señalar, sin embargo, que aún está en proceso de fortalecimiento, fundamentalmente en lo que respecta a la autonomía –característica esencial de estos órganos– en el ámbito local y en cuanto a su legitimación funcional y de origen.[33] Una de las fortalezas con las que cuenta México y que debe ser utilizada aún con mayor rendimiento, es el sistema nacional de defensa no jurisdiccional de derechos humanos.

Respecto al sistema jurisdiccional debe señalarse que éste también se ha ido desarrollando, incorporando, además del juicio de amparo que es el proceso de protección de derechos humanos por antonomasia, otras vías como ha sido la legitimación de la CNDH y los organismos públicos de defensa de derechos humanos para presentar acciones de inconstitucionalidad, o la posibilidad de acudir ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por violación a derechos electorales de carácter individual.

Sin embargo, hay que señalar que como sistema judicial de protección de derechos humanos, el mexicano no es de los más desarrollados. Las principales críticas provienen de las deficiencias que presenta actualmente el amparo para la defensa universal e igualitaria de derechos. Existen varias iniciativas que plantean su ampliación en cuanto a la materia para poder aplicarse a la violación de derechos humanos de tratados internacionales, proponiendo además la procedencia del

[32] Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 46, establece: "Para que una Petición sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del derecho Internacional generalmente reconocidos".

[33] Informe de Human Rights Watch sobre la CNDH, *op. cit.*

mismo ante violaciones en las que exista un interés legítimo y sobre todo la posibilidad que pueda tener efectos generales.

Un paso reciente, que es muy relevante en el tema de la protección de derechos humanos, es el de la inclusión de las *acciones colectivas* en la Constitución (art. 17), como una institución probada en el derecho comparado, que permite luchar con más eficacia frente a las violaciones a derechos humanos y dotar de mayor capacidad jurídica al individuo. Esta reforma constitucional está vinculada a una legislación reglamentaria prevista en el mismo texto de la Constitución.

Existe otra facultad que ha tomado gran relevancia en los últimos años, como proceso no jurisdiccional de defensa de derechos humanos, que, sin embargo, le corresponde a la Suprema Corte de Justicia, y que es el de la facultad investigatoria prevista en el art. 97, párrafo 2o. de la Constitución. Ha sido propuesta la supresión de dicha facultad, por parte de la misma Suprema Corte,[34] ya que no es correspondiente con el resto del sistema, sin embargo, es claro que por la relevancia que ha tomado, como un mecanismo de control político y de aclaración de los hechos con visibilidad social, y mientras no sea sustituido por otro, sería un retroceso si se suprimiera. Hoy las propuestas se dirigen más a transferirla a la CNDH que a su supresión; también se ha contemplado la opción de reglamentarla y mantenerla dentro del ámbito de competencia de la Corte.

Cabe referir un aspecto más a los anteriores y que tiene que ver con la práctica judicial en la aplicación de los derechos humanos. Ha sido señalado por los relatores de independencia de jueces de Naciones Unidas y de la OEA, que existe una deficiencia en este punto y lo mismo ha sido preocupación de la Suprema Corte de Justicia, que ha ido promoviendo la difusión de los principios internacionales de derechos humanos en la actividad judicial. La resistencia que se encuentra para esta aplicación es muy similar a las dificultades de cultura jurídica a las que hemos hecho ya referencia y que suceden en los ámbitos de la actividad administrativa o en las de las propuestas legislativas. Hay un importante trecho que recorrer impulsando la aplicación de los principios de derechos humanos en la actividad

[34] El texto de estas propuestas se contiene en el llamado *Libro Blanco*, el cual puede ser consultado en: http://www.scjn.gob.mx/RecJur/ReformaJudicial1/LibroBlancoReformaJudicial/Paginas/TextoLibroBlanco.

judicial. Existen casos paradigmáticos que demuestran que éste es un camino de especial impacto y que a través de él se pueden lograr cambios trascendentales.[35]

VI. Conclusiones. México, sin una verdadera política de derechos humanos

Hemos de reconocer que los planteamientos que hemos hecho respecto a la situación de los derechos humanos en México pueden ser igualmente aplicados a otros países de nuestro continente y del mundo; de alguna manera compartimos situaciones y características que nos llevan a padecer similares dificultades.

Sin embargo, lo que nos corresponde ahora es hacer una reflexión sobre nuestro país y tratar de encontrar las causas por las que no logramos cimentar una verdadera cultura de derechos humanos, a pesar de los avances que se han conseguido.

Al día de hoy, nuestro país cuenta con un andamiaje institucional y legislativo en el cual apoyarse para poder garantizar una defensa efectiva de los derechos humanos; sin embargo, esto no da los resultados prácticos y tangibles esperados. Las problemáticas de derechos humanos que se reproducen en el país, en prácticamente todos los ámbitos posibles, dan muestra de ello.

Hay, por tanto, un *qué y un cómo* por el que todavía tenemos que preguntarnos. Hemos de buscar una solución práctica y realista y no una especie de hallazgo mágico, la realidad multifacética de los derechos humanos engloba un aspecto político, un jurídico y uno filosófico; los dos primeros nos aportan una gran gama de medidas prácticas en las que se puede avanzar.

Desde el punto de vista jurídico quedan por hacer cambios fundamentales partiendo de la modificación constitucional que está pendiente para establecer el reconocimiento explícito y la sustitución del término garantías individuales por el de derechos humanos y la

[35] Es lo que actualmente se ha comenzado a denominar *litigio estratégico o litigio de interés público* y el cual redunda en cambios en la legislación, políticas públicas o decisiones de gobierno. Su característica fundamental consiste en la intencionalidad con que se lleva a cabo el litigio y en la interacción de distintos medios alrededor del litigio: medios de comunicación, *lobbying*, etcétera.

ampliación de la materia del juicio de amparo a las violaciones de derechos humanos de los tratados internacionales.

Este sería un primer paso en el camino de la armonización que debe darse en México y que debe continuar una vez que se hagan las modificaciones constitucionales.

Sin embargo, es en el aspecto político, desde nuestro punto de vista, donde se dan las mayores carencias ya que, salvo durante la época ya referida en la que se determinó apoyar la transición democrática en la apertura hacia los compromisos de derechos humanos, éstos no han sido considerados como un elemento para el diseño de las políticas de Estado, inclusive ha habido épocas donde la decisión política ha sido la de su violación como método. Lo que sucede en la época actual es que las políticas públicas en derechos humanos, que existen en México, no obedecen a una decisión política fundamental, lo que provoca que éstas no incidan en las áreas más importantes del rumbo del país, por ejemplo, en las tareas de seguridad y de economía pública; ni siquiera las de desarrollo social están permeadas por un enfoque de derechos humanos.

La falta de una priorización de esta materia provoca que las acciones que se realizan pierdan eficacia y no sirvan para verdaderamente contener la inercia de violaciones que se siguen presentando. Es inconcebible, por ejemplo, que la tortura siga siendo un problema prioritario para los derechos humanos en México, como ha sido reconocido recientemente.

Sin embargo, la mayor preocupación que hemos de tener respecto a esta minusvaloración de los derechos humanos es la lejanía que provoca entre sociedad y gobierno y la pérdida de legitimidad en el ejercicio de poder.

El bicentenario, pues, es una gran oportunidad para revalorar la importancia que debe tener en México *apostar* por los derechos humanos como una *decisión política fundamental* en la construcción de nuestra democracia a futuro.

UNA CONSTITUCIÓN PARA EL CIBERESPACIO

(COMENTARIO GENERAL Y TEXTO ARTICULADO)

Emilio SUÑÉ LLINÁS

SUMARIO: I. *La idea de una Constitución para el Ciberespacio*. II. *Telecivitas, Constitución del Ciberespacio y Declaración de Derechos del Ciberespacio*. III. *Los poderes de la Telecivitas: cámaras legislativas y Cámara de Control*. IV. *Otros poderes de la Telecivitas: Ejecutivo, Judicial y Federativo*. V. *El Poder de Control Popular y la cuestión del Poder y la Autoridad constituyentes*. VI. *Texto articulado de la Constitución del Ciberespacio*.

I. LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN PARA EL CIBERESPACIO

La idea de una Constitución del Ciberespacio surgió de forma inopinada cuando me hallaba escribiendo la conferencia de apertura de la 1a. Ronda de la Convención Internacional de Derecho Informático (Convención de Bogotá), celebrada en la Universidad Externado de Colombia en el año 2006. Precisamente porque se trataba de una conferencia inaugural, abordé un tema muy general, que, sin embargo, no podía ni debía ser estrictamente tópico. De ahí su título: "El derecho informático: de dónde viene y hacia dónde va".

En contraste con mi intención de abordar un estudio sobre el origen próximo del derecho informático y de un destino no lejano de dicha disciplina, centrado en las líneas evolutivas previsibles de su desarrollo a poco más de una década, comencé a escribir sobre ciclos históricos de largo recorrido, en los que se inserta la sociedad de la

información y el conocimiento y en el diseño, a partir de tales ciclos, de unas líneas prospectivas que entran de lleno en el terreno de la utopía, con la propuesta de una *Constitución del Ciberespacio*. No en vano, con ese título se publicó la conferencia en la revista *Iuris Tantum*,[1] de la Universidad Anáhuac de México, en el mismo 2006.

En nuestros tiempos se mira con desconfianza la utopía. Son tiempos supuestamente realistas, donde la gente del común –incluida la que se considera *crème de la crème*– piensa que la utopía ha perdido su sentido, si es que alguna vez lo tuvo. Nada más lejos de la realidad y hasta del realismo. Lo que hoy se considera como realismo es el peor de todos los conservadurismos posibles, aquél que consiste en la aceptación acrítica, por supuestamente inevitable, de lo establecido; es decir, el que no se cuestiona en absoluto el mantenimiento del *status quo* generado por el poder, que es lo que más desea el propio poder; pero no lo que más conviene a los ciudadanos, aunque el poder se haya ocupado y preocupado, por todos los medios a su alcance, de difundir la falsedad que más conviene a su mantenimiento; a saber, que no hay alternativa sistémica.

En nuestros tiempos, como en los de Tomás Moro,[2] y en cualquier otra época de la historia de la humanidad, seguirá siendo necesaria la utopía, porque sin utopía, sin un diseño social sobre el que avanzar, la dinámica de la sociedad sería el resultado de la improvisación y del caos, sin que el recorrido temporal de la historia pudiera merecer el nombre de progreso, salvo por azar, puesto que el progreso ha de derivar de las líneas definidas de la razón, de la capacidad humana para construir a conciencia un mundo mejor. Y se puede, sin caer en la soberbia de los falsos profetas, ¡se puede!

Tomás Moro pintó la isla de Utopía como un *lugar* en el que estaba establecida una sociedad mejor, inspirándose en buena medida en el *Nuevo Mundo* que se acababa de *descubrir*; pero lo que en realidad pretendía no era fijar la utopía en el espacio, sino en el *tiempo* –lo que Karl Mannheim[3] denominaría *quiliasma*–, dar pautas de renovación social, *ofrecer líneas tendenciales racionales de futuro, a la socie-*

[1] Suñé Llinás, Emilio (2006), "Del derecho informático al derecho del ciberespacio y a la Constitución del Ciberespacio", en *Iuris Tantum*, revista de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac (México), núm. 17.

[2] Moro, Tomás (1993), *Utopía*, Barcelona, Altaya.

[3] Mannheim, Karl (1941), *Ideología y utopía*, México, FCE.

dad presente. En consecuencia, y conforme he repetido en diversas conferencias, si el nombre utopía tuviera que acuñarse hoy, seguramente se denominaría *prospectiva*. Porque la *utópica* Constitución del Ciberespacio es, ante todo y sobre todo, un ejercicio racional de prospectiva.

Aquéllos que estamos situados en emplazamientos privilegiados del observatorio de la sociedad de la información y del conocimiento y de su articulación jurídica, los especialistas del derecho informático, podemos tener la perspectiva intelectual suficiente para ver algo más que árboles aislados. A poco que nos lo propongamos estaremos en condiciones de divisar el bosque: una estructura coherente cuyos elementos son los árboles; pero que es cualitativamente distinta de un montón de leña; pero para eso hace falta saber ver y hasta *querer ver*. Darse cuenta de las grandes líneas tendenciales que afloran en la sociedad de la información; percibir la estructura e importancia de este nuevo espacio de convivencia metaterritorial que es el ciberespacio, e indagar acerca de qué manera se sitúan en él los grandes –y clásicos– subsistemas de interacción social, que en el nuevo medio habrán de adoptar otras formas, características de una nueva sociedad que *sólo empieza*. Como también he dicho en otras ocasiones, *estamos sentados en la punta del iceberg de la sociedad de la información*. Lo que queda por emerger es mucho más de lo que vemos; pero por lo menos ya tenemos los elementos suficientes para poder vislumbrarlo.

Esto es, precisamente, lo que hice en mi conferencia-artículo sobre *El derecho informático. La Constitución del Ciberespacio*, que no reiteraré aquí y ahora. Corresponde solamente recordar que allí analizaba la ubicación en el ciberespacio de los grandes subsistemas que integran el sistema social general. Empezaba por aquél al que hoy se le da la máxima importancia y acapara todas las miradas, el subsistema económico. El resultado fue la constatación de que la economía comercial se halla en muy buena medida en el ciberespacio y en una parte importante también la economía industrial, a partir de la importante industria del *software*, en sentido amplio; pero el fenómeno más relevante de todos es que *la economía financiera está ya sustancialmente en el ciberespacio*, hasta el punto de que, en breve, se va a situar por entero en ese metaespacio. Por ello sorprende que en la actual crisis financiera se planteen mecanismos de internacionalización de las decisiones sobre el sistema financiero

global, e incluso llega a producir estupefacción que se llegue a pedir por importantes mandatarios, que sea Estados Unidos quien asuma el papel protagonista. Sorprende que ni siquiera se atisbe que, para una economía financiera ya situada en el ciberespacio, los mecanismos reguladores debieran ser característicamente ciberespaciales y articularse a través de una entidad política que, en idéntico modo, sea característicamente ciberespacial, o no sorprende tanto, porque a la actual dinámica del poder, aparte de estar caracterizada por una insólita cortedad de miras, aunque pudiera tampoco le interesaría verlo. Su negocio –y nunca mejor dicho– es otro.

Este emplazamiento ciberespacial de los grandes subsistemas sociales, se produce igualmente en el plano de lo que se suele denominar *la cultura*, cuyo carácter multimediático la sitúa igualmente, de forma sustancial, en el ciberespacio, hasta el punto de que existe una uniformidad creciente y acelerada de pautas culturales en la especie humana, que llevan camino de convertir el mundo en una inmensa *nación de naciones*, que habrá de reclamar, más pronto que tarde, algún tipo de identificación política propia. Cuestión distinta es *el otro* gran subsistema social, el físico-coactivo, más pegado a la materialidad –aunque *fuerzas* las hay de muchas clases–, por lo que en principio, su inserción en el mundo global ha de venir más por los mecanismos que apuntaba Xavier Díez de Urdanivia, en su *El Estado en un mundo global*,[4] donde adaptaba la utopía de Kant[5] sobre *La paz perpetua* al mundo que nos ha tocado vivir, de cambio de siglo y de milenio.

En cualquier caso hay mimbres para este cesto emergente de la estructura social, que se hace a partir de la dimensión ciberespacial de la misma, la cual, por su propia definición, es *metaterritorial* y hasta *aterritorial*. Se trata de una nueva dimensión que potencialmente afecta a todos los seres humanos del orbe en importantes esferas de la convivencia que no se reducen, ni mucho menos, a la economía financiera sino a muchos otros aspectos de la vida en sociedad, los aspectos ciberespaciales, que son, precisamente, los que suelen estar regulados por el derecho de la informática o derecho del ciberespacio. De ahí que los especialistas en esta disciplina jurídica emergente nos

[4] Díez de Urdanivia, Xavier (2008), *El Estado en un mundo global*, México, Porrúa.
[5] Kant, Immanuel (1965), *La paz perpetua,* Madrid, Espasa Calpe.

hallemos, como decía, en un observatorio privilegiado. En suma, *estamos en presencia del germen de una nueva forma de organización social que no es territorial, está basada en un principio de ciudadanía universal y en la que se producen nuevos –o no tan nuevos– paradigmas de convivencia característicamente ciberespaciales*.

Si nos planteamos articular políticamente esta nueva forma de convivencia social, sobre la Constitución del Ciberespacio, *lo que surge es una entidad política que, de entrada, no es un Estado, puesto que a diferencia de los Estados no es un ente territorial, sino metaterritorial*. Su población son todos los habitantes del mundo; mientras que su soberanía, atendiendo a los antiguos y razonables postulados del federalismo de Proudhon,[6] habría de extenderse a todas aquellas materias que sean característicamente ciberespaciales, que, de nuevo, son aquéllas en las que trabajamos, en nuestro día a día, los especialistas en derecho del ciberespacio.

Tanto que se habla de *crisis del Estado* y tanto más que adolecemos de una horrorosa carencia de alternativas; pues *he ahí la propuesta de una forma política nueva*, una forma política que no puede ser un Estado porque ya de entrada no tiene carácter territorial. Se trata, pues, de constituir esta forma política, la Telecivitas, y dotarla de una Constitución y Declaración de Derechos del Ciberespacio.

II. Telecivitas, Constitución del Ciberespacio y Declaración de Derechos del Ciberespacio

¿Por qué el nombre de Telecivitas? En ocasiones para referirse al mundo global, se acuñan denominaciones tales como *aldea global* o *telepolis*. La primera fue correcta, en su momento, para aludir a la primera fase, harto desestructurada, de la *societas generis humani* en ciernes; mientras que la expresión *telepolis* apunta más hacia una estructuración política; pero sin *dar en el clavo* de lo que realmente está sucediendo, o al menos no del todo.

La polis griega fue un mundo estructurado, pero que no dejaba de ser pequeño y cerrado. La Ciudad-Estado griega nunca pretendió ser más que una ciudad. De hecho la expansión del Imperio Alejandrino no se hizo sobre la base de polis alguna. Fue el primer latido de un

[6] Proudhon, Pierre-Joseph (2002), *El principio federativo*, Argentina, Terramar.

corazón universal que se abre y se cierra. Frente a lo que significó la polis griega, la civitas romana traspasó los límites de una ciudad convencional, para convertirse en una ciudad imperial, que llegó a abarcar en sí misma la estructura de un gran imperio. Esta es, precisamente, la idea de Telecivitas, si le quitamos los resabios imperiales –hoy de todo punto indeseables– que tuvo la civitas universal: una estructura política para la convivencia, en un mundo global.[7]

Por ello, la Constitución del Ciberespacio tiene un Título I, relativo precisamente a la Telecivitas, donde se define y estructura la nueva forma política que, antes de lo que imaginamos –si es que lo llegamos a atisbar– se va a abrir paso, en la siempre apasionante historia de la humanidad. Lógicamente este Título I, va precedido de un Título Preliminar, en el que se mencionan los instrumentos constituyentes de la Telecivitas, que son, al mismo nivel y *de una sola pieza*, aunque se hayan redactado por separado, la Constitución del Ciberespacio y la Declaración de Derechos del Ciberespacio.

La Constitución del Ciberespacio, como se dice en su artículo primero, cumple su función con *una entidad aterritorial, denominada Telecivitas, cuya población somos todos los habitantes de la Tierra y cuya soberanía se extiende a todas aquellas materias que sean ca-*

[7] Mi amigo y contrapunto, Juan Pablo Pampillo, quien como siempre me ha hecho el inmenso favor de repasar el último borrador del presente trabajo, me decía que lo anterior le recordaba al *totus orbis, qui aliquo modo est una res publica*, del insigne Francisco de Vitoria; pero el *totus orbis* de Vitoria es una república integrada por Estados, de ahí la singular importancia del ilustre dominico hispano, en la configuración del derecho internacional moderno; pero el *totus orbis* al que yo modestamente me refiero, es una república integrada por ciudadanos. Cierto es que Vitoria es tan anti-imperialista como el que suscribe, al considerar que después del Imperio Romano, resultado de la virtud y de la tenacidad y no de la Providencia, dejó de tener sentido la pretensión imperial, incluida la de Carlos V, de quien fue Consejero. En lo que sí coinciden las ideas que aquí se exponen con las de Vitoria, es en el derecho natural de sociedad y –no lo olvidemos– de *comunicación*, por lo que ambos enfatizamos la libertad de circulación de personas y de bienes en el orbe. También coincidimos en propugnar la concurrencia armónica de potestades sobre una misma base, que en su época se planteaba entre el poder temporal de los Estados y el poder espiritual de la Iglesia y aquí se plantea entre poderes temporales, la Telecivitas y los Estados, cuya soberanía se circunscribe, respectivamente, a aquellas materias que son teleinformacionales y por lo tanto universales, frente a aquellas otras cuestiones caracterizadas por la territorialidad. El hilo nos llevaría muy lejos; pero en este punto prefiero ser sugerente antes que exhaustivo. Me refiero, por ejemplo, a cuestiones vinculadas al derecho público eclesiástico, como la noción de *sociedad perfecta*, o la de *Estado medial* –que ya nada tiene que ver con Vitoria–, la cual aparece de forma explícita en el texto articulado, que aquí se propone, de Constitución del Ciberespacio.

racterísticamente ciberespaciales. La Constitución se complementa con la Declaración de Derechos del Ciberespacio, a la que el artículo 2 le atribuye asimismo rango constitucional.

Por lo que se refiere a la forma política que está en la base del nuevo marco constitucional, denominada Telecivitas, lo ideal para constituirla sería que pudiera emerger, con libertad, un poder constituyente global; pero al no ser ello posible, por la dinámica de poder sólo nominalmente democrática de muchos Estados –por no decir de la mayor parte de ellos–, en la Constitución se opta por una Telecivitas de construcción progresiva, a partir de determinados Estados que de verdad aprecien la libertad en el ciberespacio. Son los denominados *Territorios Libres*.

> La idea fundamental para la construcción de la Telecivitas, más que en el Título I de la Constitución, se halla en la disposición Final Única, relativa a su entrada en vigor, porque la Telecivitas puede empezar a funcionar con la federación, a estos efectos, de únicamente dos Territorios Libres (Estados), a los que ya se irían incorporando progresivamente los demás.

No obstante esta construcción paulatina y posibilista de la Telecivitas, el protagonismo constituyente último corresponde siempre al pueblo, puesto que las modificaciones en la Constitución de la Telecivitas requieren inexcusablemente, para llevarse a cabo, de un referéndum popular y la segregación de un Territorio Libre de la Telecivitas no se puede producir tampoco sin dicho referéndum popular. La Telecivitas requiere en alguna medida de los Estados (algunos) para comenzar su andadura; pero a partir de ahí tiene su propia dinámica independiente y superior, derivada del reconocimiento por los *Territorios Libres* –los Estados integrados en la misma– de la supraconstitucionalidad de la Constitución del Ciberespacio y de la Declaración de Derechos del Ciberespacio. Dinámica independiente y superior que se ratifica, porque ningún Territorio Libre puede desvincularse de la Telecivitas sin el consentimiento del pueblo, del mismo modo que las modificaciones en la Constitución (supraconstitución) de la Telecivitas, dependen de la propia dinámica de ésta y de los ciudadanos que en ella se integran y en modo alguno de los Territorios Libres singularizados, que resultan obligados por la dinámica constitucional de la Telecivitas, incluso en el caso de que algún referéndum constitucional,

no hubiese sido votado afirmativamente en su territorio; pero sí en el metaespacio característico de la Telecivitas.

> Todo lo anterior es particularmente importante, porque la Constitución de la Telecivitas y del Ciberespacio en cuanto tal, no depende de la (y en su caso *de las*) grandes potencias, sino de los Estados –por pequeños que éstos sean– de verdad comprometidos con el progreso de la humanidad.

Y ahí está la grandeza de los Estados y gobiernos que sepan verlo. Son éstos, precisamente, los Territorios Libres, que asumen el compromiso de ordenar conjuntamente el ciberespacio, subordinando al orden superior de la Telecivitas, su antigua soberanía en las materias característicamente ciberespaciales.

Por lo que se refiere al contenido del Título I de la Constitución, los aspectos más relevantes a comentar y aclarar, son los siguientes:

a) La distinción entre población de la Telecivitas, que son todos los habitantes de la Tierra y ciudadanía ciberespacial, reservada a las personas que residan legalmente en los Territorios Libres. Se insiste en que esta distinción se debe a la necesidad de garantizar que la ciudadanía del ciberespacio pueda ejercerse con garantías de libertad; pues frente a interpretaciones equivocadas, e incluso perversas –que nunca hay que descartar en cuestiones que alteran la dinámica del poder–, la vocación de la Constitución de propiciar la máxima participación ciudadana es evidente, no sólo por lo dispuesto en artículos tan significativos como en 30 y, en general, por lo establecido en su Título VI; sino también porque el propio artículo 3.1 del Título I no identifica la ciudadanía ciberespacial con la condición de nacional de un territorio libre, sino con la de *residente habitual legal*, lo que incluye a los inmigrantes que se hallen en situación regular. Se reitera que la motivación básica que abona la distinción entre *población* y *ciudadanía* de la Telecivitas, parte de la idea de garantizar que los ciberciudadanos puedan ejercer sus derechos con libertad.
b) La Telecivitas no renuncia a extender su soberanía originaria, característicamente ciberespacial, más allá de los Territorios Libres. De ahí lo dispuesto en el artículo 3.3, en el sentido de no aceptar injerencias en la misma. Ejercicio de soberanía que deberá llevar a cabo con prudencia; no en vano los conflictos de poder son inevitables en esta materia, pero la soberanía ciberespacial de la Telecivitas es inalienable e irrenunciable, por lo que puede transigir sobre su efectividad, por razones transitorias derivadas de la dinámica del poder; pero nunca abdicar de la misma, al menos en su sustancia. De hecho, el espíritu democrático que anima la iniciativa, confía en que el pueblo de los territorios no libres que se resistan a la aceptación de la democracia ciberespacial –y por lo tanto de la democracia misma– ayudará a la Telecivitas a luchar por una auténtica democracia en el ciberespacio y lo que es tanto o más importante, a hacer de la democracia misma una locución pletórica de contenido.
c) Es también importante la afirmación de que los órganos de gobierno de la Telecivitas (artículo 5) no requieren ineludiblemente de sede territorial alguna. El ámbito característico de la Telecivitas se halla en el ciberespacio y el ciberespacio está formado por las redes globales de telecomunicaciones, que también permiten soportar una organización política sin sede territorial alguna. Existe tecnología más que sobrada para ello, telerreunión, teleconferencia, firma digital, etc. Cuestión distinta es que para garantizar la absoluta autonomía e independencia (soberanía, a fin de cuentas) de la Telecivitas frente a los poderes territoriales y singularmente los Estados, se le pueda dar sede física en uno o varios Territorios Libres, o que se acuda incluso a la acertada construcción del derecho público eclesiástico, de configurar un Estado Medial. De la misma manera que la función básica, hoy por hoy, del estado Ciudad del Vaticano –salvadas sean las distancias– es garantizar la que canónicamente se denomina *soberanía espiritual* de la Santa Sede, en cuanto sujeto –también de derecho internacional– que organiza la Iglesia Universal; de la misma manera nada impediría la Constitución de un Estado Medial, destinado a garantizar la autonomía e independencia de este ente soberano ciberespacial, que es la Telecivitas, frente a las potestades de base territorial.

En cualquier caso, un ente de las características de la Telecivitas debe asentar su funcionamiento ordinario en el ciberespacio, más que en sedes territoriales.

d) Sobre las competencias soberanas de la Telecivitas, no se va a insistir aquí, más allá de la enumeración que hace el artículo 7 de la Constitución. Son los grandes temas del derecho del ciberespacio, a los que se añade la economía financiera, conforme al postfacio que se agregó a mi escrito inicial sobre la Constitución del Ciberespacio, a colación de la solución que propuse a las causas que motivaron la crisis financiera global, desencadenada en agosto de 2007. Dicho postfacio se ha publicado, agregado al texto del escrito inicial sobre la *Constitución del Ciberespacio*, que figura en la obra colectiva *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, libro elaborado por autores de seis países, que me correspondió coordinar.[8]

Como se dice en la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución del Ciberespacio: *los Territorios Libres garantizarán la autonomía financiera de la Telecivitas, hasta que ésta pueda hacer efectivos sus propios mecanismos de financiación, inicialmente derivados de su potestad tributaria sobre las transacciones económicas en el ciberespacio*. No se olvide que el artículo 7. e) de la misma establece como competencia soberana de la Telecivitas, la *fiscalidad de las transacciones económicas en el ciberespacio*.

III. Los poderes de la Telecivitas: cámaras legislativas y Cámara de Control

En la Telecivitas, al igual que en los Estados que tienen Constitución –como diría Thomas Paine[9]– existe una división de poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; pero el funcionamiento real de las autodenominadas *democracias*, ha tendido, en la práctica, a eliminar el mecanismo de la división de poderes, principalmente por la práctica fusión entre Legislativo y Ejecutivo que se ha llevado a

[8] Suñé Llinás, Emilio (2009), "La Constitución del Ciberespacio", en *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa.

[9] Paine, Thomas (2008), *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza.

cabo, sobre todo en los sistemas parlamentarios, donde el Gabinete y la mayoría parlamentaria son, *de facto*, un solo poder, con lo que el control parlamentario del Poder Ejecutivo es poco más que una ficción.

En mi libro sobre *La sociedad civil en la cultura postcontemporánea*,[10] recogí una interesante idea de un empresario con espíritu cívico singularmente elevado, Manuel Moreno, en el sentido de que beneficiaría mucho a la división de poderes la separación de las potestades legislativa y de control en cámaras distintas. En la argumentación de Manuel Moreno, legislar no deja de ser gobernar; de manera que si la cámara legislativa que, aparte de legislar y por tanto de gobernar, forma además un auténtico tándem con el Poder Ejecutivo a través de la disciplina de partido, es inevitable concluir que el supuesto control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo es poco más que una ficción. En una frase muy gráfica señalaba Manuel Moreno que afirmar que la clase gobernante representa al pueblo es algo así como pretender que el casero sea el representante del inquilino.

Para paliar en lo posible estos efectos de oligarquización de la política, que a través del mecanismo de la disciplina de partido se producen en todos los regímenes políticos supuestamente democráticos y más todavía en los sistemas parlamentarios, propuse en la referida obra sobre la sociedad civil que las funciones legislativa y de control popular se encomendasen a cámaras distintas, poniendo especial cuidado en que no fuese posible que la Cámara de Control popular pudiese tener identidad de intereses con los de los gobernantes, en tanto que miembros del Poder Legislativo y del Ejecutivo.

> Esta es, pues, la primera idea-fuerza que expondré en el presente capítulo: el ejercicio de las potestades legislativa y de control, en Cámaras separadas. La segunda idea fuerza, consonante con la primera, va destinada a obtener una democracia de calidad; es decir, a evitar la deriva demagógica que asola a los actuales sistemas, denominados democráticos y que no suelen ser más que demagogias practicantes.

[10] Suñé Llinás, Emilio (1998), *La sociedad civil en la cultura postcontemporánea*, Madrid, Facultad de Derecho, UCM.

Conforme expuse en un reciente artículo sobre "La demagogia, o el rapto de la democracia",[11] cuando un sistema político, supuestamente democrático, se ve impelido a la adulación sistemática del pueblo, por perentorios intereses electorales, la demagogia y por tanto, la corrupción de la democracia y la ilegitimidad misma del sistema son inevitables. Y eso es precisamente lo que sucede en el mundo de hoy. De ahí el desencanto del propio *pueblo adulado*, con la política y los políticos; porque la mentira, en la que se basa el sistema, es demasiado descarada y evidente. De nuevo hay que dar la razón a los clásicos greco-romanos, cuando veían el núcleo de los problemas constitucionales en las formas de gobierno. Esencialmente monarquía, aristocracia y democracia y sus respectivas formas degeneradas, tiranía, oligarquía y demagogia. Cuando a partir de la Revolución Francesa *alguien proclamó el dogma* de que ya teníamos democracia, se finiquitó, casi por la fuerza, el debate sobre las formas de gobierno, por lo que la demagogia ya no encontró obstáculo alguno para vestir su corrupción con el limpio ropaje de la democracia. Xavier Díez de Urdanivia, en una reciente conferencia en Manizales (Colombia) pronunció una frase pletórica de razón y buen sentido: *La democracia no es algo en lo que estamos, sino algo que hemos de construir día a día*... y yo añadiría: *y cuando creemos que estamos, es precisamente porque no la construimos*.

Los clásicos greco-romanos *sabían* que toda forma de gobierno lleva en sí el germen de su transformación, de ahí la idea del ciclo de las formas de gobierno y hasta de la previsibilidad del sentido de los grandes cambios constitucionales. La madurez de este pensamiento se manifestó, sobre todo, en Polibio y en Cicerón, quienes se dieron cuenta de que no es posible estabilizar el sistema constitucional, con una forma de gobierno que responda a un solo principio, por lo que propugnaron establecer la *Forma Mixta de Gobierno*, que en su época combinaba los elementos monárquico, aristocrático y democrático. Es más, la forma política contemporánea más estable, la regida por la constitución británica, es en su origen no una democracia pura, sino una forma mixta de gobierno, con un elemento monárquico, un elemento aristocrático en la Cámara de los Lores (espirituales y temporales) y un elemento democrático en la Cámara de los Comunes. Probablemente la razón de la decadencia presente de la forma política británica es que el sistema parlamentario ha acabado propiciando el dirigismo del Gabinete sobre la Cámara de los Comunes, con el consiguiente debilitamiento de la división de poderes, mientras que la demagogia ha conseguido dejar el poder de la Cámara de los Lores en algo meramente simbólico y subordinado, en lugar de adaptarla a las circunstancias del presente y singularmente a las derivadas de la sociedad de la información y del conocimiento.

[11] Suñé Llinás, Emilio (2009), "La demagogia o el rapto de la democracia", en *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa.

Es de temer que hicimos muy mal en desoír a los clásicos, empeñándonos en que la democracia era la única forma de gobierno legítima y además proclamarlo como primer principio de lo *políticamente correcto*, porque ello no hizo sino abrir las puertas, de par en par, a la demagogia y acaso a las *formas mixtas de desgobierno* que imperan por doquier en nuestros días.

Por ello, la Constitución del Ciberespacio es la Constitución de una forma mixta de gobierno, que atiende a las recomendaciones y sabiduría de los clásicos; aunque con arreglo al signo de nuestros tiempos –marcados por el republicanismo– no se considera esencial integrar un elemento monárquico y está caracterizada por un elemento democrático predominante; pero eso sí, contrapesado por un elemento aristocrático acorde con nuestra era, a fin de evitar la deriva demagógica del sistema. Este elemento aristocrático viene dado, en lo sustancial, por una de las cámaras colegislativas, la Cámara del Conocimiento, que comparte el Poder Legislativo, en lo sustancial, con otra Cámara de legitimidad democrática, la Cámara de Representantes.

> Mucho más allá de una Constitución del Ciberespacio, que lo es, el modelo constitucional que aquí se expone, intenta ofrecer líneas directrices que permitan erradicar la demagogia de los sistemas constitucionales estatales de nuestros tiempos. Se trata de un constitucionalismo neoilustrado, pedagógico, que pretende enseñar el camino de las transformaciones que habrían de ser operadas en todo constitucionalismo –al menos algunas de ellas–, tanto para recuperar el sistema representativo y la propia división de poderes, básicamente a través de la separación de las funciones legislativa y de control, como para evitar la deriva demagógica de la democracia, a través de la inserción en el sistema de un elemento sanamente aristocrático, adaptado a la sociedad de la información y del conocimiento.

En resumen, el Poder legislativo de la Telecivitas queda configurado por dos cámaras colegislativas, la Cámara de Representantes, inspirada en un principio democrático y la Cámara del Conocimiento, de composición aristocrática, que pretende ser adecuada a la realidad de la sociedad de la información y del conocimiento. Ambas cámaras responden a fundamentos distintos de legitimidad; pero las dos son igualmente legítimas.

La Cámara de Representantes se elige en circunscripciones configuradas con criterios esencialmente poblacionales en los Territorios Libres, que sólo transige con la asignación de una representación mínima a cada Territorio. La elección se lleva a cabo en circunscripciones uninominales, por considerar que es el sistema electivo que más puede acercarse a la representación de los ciudadanos, puesto que si un representante quiere ser reelegido no puede actuar sistemáticamente contrariando la voluntad de sus electores. Se trata de un sistema que dulcifica la disciplina de partido y que es todo lo contrario del oligárquico sistema español –no en vano de origen *post-franquista* en la Ley para la Reforma Política de 1977– de las listas cerradas y bloqueadas, que ha acabado sustituyendo la tan cacareada democracia por una oligarquía partitocrática carente totalmente de legitimidad, puesto que los diputados sólo representan al dedo que los ha incluido en su particular oligarquía partidaria, mientras que el papel de los ciudadanos, en estos esquemas, está forzadamente limitado a escoger oligarquía. Esta aberración constitucional explica muchas cosas, incluida la selección negativa de las especies a todos los niveles, los taifatos autonómicos, la extrema politización de los más altos órganos del Poder Judicial, o que dos personas con índices de rechazo que superan con mucho a sus respectivos índices de popularidad, sean las dos únicas que tengan posibilidades ciertas de alcanzar la presidencia del gobierno.

> La Cámara del Conocimiento, con igual número de miembros –al menos *a priori*– que la Cámara de Representantes, es una Cámara colegislativa aristocrática, cuyos integrantes son designados –no elegidos– por la Conferencia de Rectores de las Universidades de cada Territorio Libre. Acaso sea ésta una solución muy unidimensional para designar a la aristocracia del conocimiento; pero no se me ocurre otra mejor, por lo que es un tema en el que invito especialmente a los lectores a una reflexión profunda, que permita ofrecer alternativas mejores que la que aquí se propone.

En su momento me planteé que fueran miembros natos de la misma los Premios Nobel; pero por qué este estamento prestigioso y no otro u otros. Todo ello por no hablar de la politización presente en algunos Premios Nobel, que suele ser muy intensa y lamentablemente más en el buque insignia de todos los Premios Nobel, el de la Paz. En el mismo día en que se redactaban estas líneas, algunos premios Nobel de la Paz avalaban la negociación con terroristas. Es muy fácil entonar cánticos piadosos y hacer grandes brindis al sol, sobre todo cuando no se tiene ninguna responsabilidad en los nefastos resultados previsibles, de propuestas tan poco imbuidas de sentido común. En cualquier caso reitero que éste es un tema abierto, el de la integración de la Cámara del Conocimiento.

> Difícilmente se puede acertar con las mejores propuestas sin un amplio *brain storming*, que debe hacerse extensivo a todas, absolutamente todas, las cuestiones que se plantean en la Constitución del Ciberespacio.

Asimismo la Constitución ha de establecer garantías para asegurar que los miembros de la Cámara del Conocimiento sean de verdad aristocracia del conocimiento. Por ello se determina en el artículo 11.2 de la Constitución, de cuáles círculos de especialistas pueden proceder los miembros de la Cámara del Conocimiento. Para evitar que se designen para la Cámara del Conocimiento candidatos no aptos, se establece un sistema de control de su idoneidad por la Cámara de Control saliente, que puede vetar a un máximo del 25% de sus miembros, por esta causa. Dicho control parlamentario es, a su vez, susceptible de recurso jurídico ante el Tribunal Supremo de la Telecivitas, cuya decisión es de última instancia. De esta forma, la designación de candidatos no idóneos por alguna conferencia de rectores, tiene el riesgo de que los correspondientes candidatos sean inhabilitados, sin posibilidad de efectuar un nuevo nombramiento de los vetados, hasta la Legislatura posterior a aquélla para la que se haya producido la designación fallida.

El sistema de designación de la Cámara del Conocimiento está destinado a dar estabilidad al sistema, pues esta Cámara funciona como un auténtico Senado, en el sentido literal de la expresión, cuyos miembros sólo se renuevan por el mismo órgano que designó a los causantes, en supuestos de renuncia y jubilación, cuya edad media será a los setenta años.

Por lo que se refiere al Poder de Control Popular y más específicamente a la Cámara de Control, ya se ha dicho que el Poder Legislativo, que no en vano es un poder de gobierno –por mucho que no sea ejecutivo– y casi siempre vinculado con éste, a través de la dinámica de los partidos políticos, no puede ejercer un control auténtico del Ejecutivo. Por ello el control político hay que reservarlo a una cámara distinta, que represente al pueblo, como es la Cámara de Control. Para asegurar esta representatividad se sigue el sistema electivo en circunscripciones uninominales, de forma idéntica a lo que sucede con la Cámara de Representantes.

Se trata de la única Cámara de control de la actividad política, que no sólo se ejerce sobre el Ejecutivo, sino sobre todos los órganos y poderes de la Telecivitas. Por lo que se refiere al Poder Ejecutivo, la Cámara de Control puede deponer ministros por mayoría cualificada de tres quintos y, por mayoría de dos tercios, al propio Presidente de la Telecivitas.

En general se puede calificar como una Cámara que asume todas las potestades de control inherentes a los parlamentos y no sólo sobre el Poder Ejecutivo. Para evitar que se establezcan connivencias indeseadas entre la Cámara de Control y otros Poderes de la Telecivitas, el artículo 15 de la Constitución establece un sistema de inelegibilidad e incompatibilidad, no sólo en cuanto que sus integrantes, al igual que los miembros del Poder Judicial de la Telecivitas, no puedan pertenecer a partido político alguno, ni someterse a su disciplina, mientras dure su mandato, sino también por la incompatibilidad absoluta, compartida con los magistrados del Tribunal Supremo, de desempeñar, no sólo durante su mandato, sino en ningún momento, cargo alguno en la Telecivitas, lo que es una manera de evitar *pagos por servicios prestados*. Además, tampoco se puede pasar de la Cámara de Control o del Tribunal Supremo a la Cámara de Representantes o al Gabinete, ni viceversa.

La corrupción extrema no admite blindajes definitivos. Como bien dijo Nietzsche:[12] *Hay jueces absolutamente incorruptibles. Nadie puede inducirles... a hacer Justicia.* En todo caso, se ha intentado proteger la honestidad institucional en todo aquello que es razonablemente posible y, además, hacerlo de forma compatible con la operatividad

[12] Nietzsche, Friederich Wilhelm (2003), *Así habló Zaratustra*, Madrid, Alianza.

de la Telecivitas, porque en ningún caso sería bueno establecer un sistema de control tan radical, que se alejase de lo positivo y constructivo, para entrar en lo impeditivo y destructivo.

IV. Otros poderes de la Telecivitas: Ejecutivo, Judicial y Federativo

El Poder Ejecutivo se halla alrededor del Presidente de la Telecivitas. No oculto que pensé en una configuración más presidencialista de la Telecivitas, a través de mecanismos de elección directa de la Presidencia, por los ciudadanos de la Telecivitas; pero ello era complejo, porque primero había que pensar en un sistema de propuesta de un número limitado de candidatos, lo que a su vez complicaba el proceso electoral, que a mi juicio es preferible resolver en una sola elección, la de la Cámara de Representantes y la Cámara de Control. El sistema de elección ciudadana de la Presidencia implicaría establecer otro periodo electoral distinto –y además a dos vueltas– entre candidatos a la Presidencia propuestos plausiblemente por las cámaras colegislativas, que no se ha estimado oportuno introducir.

Los sistemas de elección directa del Presidente, normalmente presidencialistas o semipresidencialistas, tienen la ventaja de que la Prerrogativa del Presidente, unida a su legitimidad directamente democrática, hace que la separación de poderes con el Parlamento funcione en general mejor que en los sistemas parlamentarios, donde Gabinete y mayoría parlamentaria han de ir casi forzosamente de la mano; pero puesto que el gran punto débil de los sistemas parlamentarios está, en general, en la imposibilidad de una separación de poderes efectiva entre Ejecutivo y Legislativo; aquí se propugna una solución basada en la separación de las funciones Legislativa y de Control, en Cámaras distintas. En tales esquemas garantistas estimo que el sistema presidencialista pasaría a tener más inconvenientes que ventajas, máxime en una Telecivitas cuyo carácter global no aconseja una acumulación ingente de poder y hasta de legitimidad democrática, en una sola persona.

Por todas estas razones se ha optado por un Ejecutivo muy centrado en el Presidente; pero con muy escasa prerrogativa y con propuesta y elección del Presidente por las cámaras colegislativas, cuyo poder efectivo en la elección seguramente estará muy equilibrado, pues

aun cuando en la cohesión de la Cámara de Representantes jugarán las vinculaciones de partido político, la Cámara del Conocimiento tendrá a su favor la mayor estabilidad institucional, puesto que cada cuatro años, solamente se renuevan los escaños vacantes en la misma, en el momento de la elección (en este caso designación) de sus miembros.

El Gabinete es un gobierno de un tamaño reducido, muy dependiente del Presidente, coherente con las cámaras colegislativas, por la extracción de dos terceras partes de sus miembros, pero no dependiente de éstas, puesto que la censura del Presidente y de los ministros depende de la Cámara de Control, por una mayoría muy cualificada, en el caso del Presidente (dos tercios) y menos cualificada en el caso de los ministros (tres quintos). Se trata de un Gabinete del que depende una administración muy profesionalizada, porque, salvo en el escalón inmediatamente inferior al de ministro, es imperativo que los cargos sean ocupados por funcionarios de carrera. Asimismo se procura, en el marco de lo que, pese a la predominancia democrática, es una forma mixta de gobierno, que los principios de mérito y capacidad sean los relevantes tanto en la selección de funcionarios, como en la provisión de destinos.

Por lo demás, si bien se acepta la existencia de la potestad reglamentaria del Gabinete, ésta se reduce a un solo escalón, a fin de evitar la profusa maraña reglamentista característica de los Estados actuales. En el fondo se trata de restringir la heterorregulación a términos racionales y razonables, para hacer posible la autorregulación y el protagonismo de la sociedad civil.

Existen las disposiciones del Ejecutivo con fuerza de ley, cuya emanación se produciría en caso de urgente necesidad; pero en ningún caso es posible sustraerse a la posterior tramitación parlamentaria de las mismas, como proyecto de Ley, por lo que las cámaras colegislativas siempre tendrán la última palabra, en cuanto a lo que haya de ser la Ley del Ciberespacio.

El Poder Judicial, que culmina en el Tribunal Supremo, superior en todos los órdenes, incluido el de garantías constitucionales, tiene todas las garantías de independencia e inamovilidad de sus miembros, al igual que las tienen el resto de los órganos que integran el Poder Judicial de la Telecivitas. No se recurre en ningún caso a la hiperburocracia de crear un Consejo Superior de la Magistratura, puesto

que este papel lo asume, en lo esencial, el propio Tribunal Supremo, sin olvidar las funciones generales de control de los poderes de la Telecivitas, que corresponden a la Cámara de Control y al hecho de que ésta depende la Inspección de Juzgados y Tribunales.

Por lo que se refiere al Poder Federativo, se trata más de una función constitucional, que de un poder orgánico. El Poder Federativo, a tenor del artículo 33 de la Constitución, lo tienen las cámaras colegislativas, auxiliadas por el Presidente, quien asume la representación de la Telecivitas.

A diferencia del Poder Federativo del que nos hablaba Locke,[13] que más bien era un poder corsario, que partía del estado de naturaleza de las relaciones entre entes soberanos –en su época Estados–, aquí nos hallamos ante un Poder Federativo en sentido propio, de naturaleza cooperativa, que se puede plasmar tanto en tratados con sujetos de derecho internacional, como en convenios con entes no soberanos, lo que confiere gran flexibilidad a las relaciones de la Telecivitas con entidades de distinta naturaleza, públicas o privadas, a las que incluso se les puede llegar a otorgar un estatus de observador en las actividades de la Telecivitas, que los puede acercar a la relación que tiene la Telecivitas con los Territorios Libres.

El Poder Federativo culmina en una auténtica vertiente federal de dicho poder, desde el punto y hora que permite la federación propiamente dicha de la Telecivitas con otros entes soberanos o sujetos de derecho internacional, poder que eventualmente podría resultar muy útil si eventualmente se constituyera la *Sociedad de Naciones* a la que aspiraba Kant, en la versión poscontemporánea que se apunta en la obra de Xavier Díez de Urdanivia, siendo ésta una Federación Constituyente a establecer, en su caso, mediante los mecanismos de reforma constitucional.

V. El Poder de Control Popular y la cuestión del Poder y la Autoridad constituyentes

Faltaba decir que la Cámara de Control forma parte de un poder más amplio, el Poder de Control Popular, que en una Constitución de base popular, por mucho que se haya orientado como Constitución

[13] Locke, John (1990), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza.

de una forma mixta de gobierno, no deja de ser de vital importancia. La forma de gobierno es mixta, porque en el poder constituido se combinan de forma equilibrada los elementos democrático y aristocrático y en el ámbito constituyente participan, de forma original e innovadora, un poder constituyente esencialmente democrático y una legitimidad constituyente esencialmente aristocrática. No es que en la constitución de una forma mixta de gobierno, ambos elementos, aristocrático y democrático, dejen de estar presentes tanto en el poder constituyente como en la legitimidad del sistema; pero mientras que en el poder constituyente el elemento democrático es predominante, en cambio, en la legitimidad del sistema prima el elemento aristocrático sobre el popular, a fin de evitar que la democracia, convertida en un estricto sistema de poder, degenere inmediatamente en demagogia, de idéntica forma que el poder del pueblo ha de impedir que la aristocracia –aunque sea la del conocimiento– degenere en oligarquía. En síntesis, *se trata de un sistema constitucional basado en el poder del pueblo y la autoridad de los que saben*, que a mi juicio es el sistema más adecuado para la sociedad de la información y del conocimiento, que sólo se halla en sus inicios.

El autor de estas líneas es consciente de que poder constituyente y legitimidad se suelen ver como dos caras de la misma moneda, una basada en la *potestas* y otra en la *auctoritas*; pero no olvidemos que el poder constituyente establece un orden y la legitimidad es el fundamento de dicho orden. Sin duda es la fortaleza del pueblo, la potestad del pueblo, la que mejor puede establecer el orden que nos resulta a todos aplicable; pero también un orden virtuoso, un orden justo, debe estar fundamentado sobre la prudencia y la templanza, que sólo pueden surgir del conocimiento, en el más socrático de los sentidos.

Un orden popular con auténtico fundamento, sólo puede erigirse sobre la potestad del pueblo, cuando ésta se auxilia de la autoridad de los que saben, en la acepción aludida, pues son ellos quienes pueden impregnar la república de virtud cívica, hasta convertirla en *politeia*. Por lo tanto, la aristocracia del conocimiento no alcanzará a serlo en sentido propio, si no sabe ser, en consonancia auténtica con lo anterior, aristocracia de la virtud, y no me refiero a una virtud característica de santos de pedestal, sino –y lo reitero– a la virtud cívica.

Ninguna Constitución política, por depurada técnicamente que ésta sea, triunfará por sí sola en la lucha contra la corrupción. Por ello, a lo que realmente hay que aspirar es a tener una constitución social, no tanto un estricto artificio jurídico, como una auténtica *politeia* que se cimente sobre la virtud cívica que sólo puede surgir del conocimiento en el más profundo de los sentidos, o lo que es lo mismo, de la *paideia*, que a su vez nunca existirá si se hurta la dirección y guía de la convivencia a los mejores. De ahí que en la Constitución del Ciberespacio se insista más en el *sistema constituyente* que en la más limitada cuestión del poder constituyente.

Frente a la obsesión por el poder constituyente y a fin de cuentas por el poder, en la más ruda de sus acepciones, que lamentablemente ha caracterizado siempre el constitucionalismo de los Estados, hasta el punto de entenderse la legitimidad como un predicado en términos de *auctoritas*, de la *potestas* que está en el fondo del sistema, lo que no deja de ser una cobertura ideológica de la misma, en el más marxiano de los sentidos; aquí se propone un *sistema constituyente original*, que se basa en la *combinación equilibrada entre un poder, que es esencialmente del pueblo y la legitimidad aportada sustancialmente por los que más saben*. *Potestas* y *auctoritas* pasarían de ser una cuestión de *perspectiva* acerca del mismo fenómeno, a cuestiones con bastante más riqueza de matices y en buena medida complementarias. No se niega que los elementos democrático y aristocrático, están presentes tanto en el poder constituyente como en la legitimidad del sistema; pero si bien el elemento democrático es el núcleo del poder constituyente, en cambio la aristocracia del conocimiento está en el centro de la legitimidad del sistema. Así se evitaría, a mi juicio, tanto la deriva demagógica inherente a los sistemas basados exclusivamente en el poder del pueblo, como la deriva oligárquica de sistemas puramente aristocráticos, sin mecanismos apropiados de control popular.

La democracia, que a través de las oligarquías, vanguardias y caudillajes, degenera tan fácilmente en demagogia, cuando no en puro y simple despotismo y hasta tiranía, ha de ser preservada, no sólo por la autoridad del conocimiento, sino también por la autenticidad de la propia democracia, que impida que alguien más, al estilo de Bonaparte, pueda decir: *Je suis le pouvoir constituent*. Para ello es básico establecer un auténtico control popular del poder político, una representación creíble y dar las máximas oportunidades a la participa-

ción ciudadana, siempre de forma compatible con la gobernabilidad y la evitación de la demagogia.

Esto es lo que se ha intentado hacer en esta Constitución del Ciberespacio y en estos términos y no otros debe ser interpretada y no se olvide que sus grandes líneas estructurales, aunque han sido diseñadas para la Telecivitas, son perfectamente aplicables a los Estados y muy señaladamente dos de ellas, la separación entre la potestad legislativa y la potestad de control y la instauración de una forma mixta de gobierno adaptada a nuestros tiempos, que ponga coto a la deriva demagógica que ha asolado a la práctica integridad de las democracias de nuestros días, haciendo posible así una regeneración propiamente democrática de las instancias políticas estatales.

Sin más prolegómenos y con la esperanza de que estas ideas y su plasmación jurídica sean objeto de una amplia y constructiva deliberación se adjunta un documento base, que contiene una propuesta de texto articulado de Constitución del Ciberespacio que, previas las enmiendas oportunas, sería deseable poder ver, algún día, aprobada y puesta en vigor.

VI. Texto articulado de la Constitución del Ciberespacio

CONSTITUCIÓN DEL CIBERESPACIO

PREÁMBULO

Nosotros, habitantes de este metaespacio que es el ciberespacio, en el que no puede existir soberanía territorial alguna, proclamamos la necesidad de establecer un orden de convivencia justo, que impida el tan infrahumano e inmoral, como constante, predominio de los fuertes sobre los débiles.

A partir de nuestro poder constituyente originario y apoyados en la autoridad de la aristocracia del conocimiento, establecemos una entidad política ciberespacial, denominada Telecivitas, soberana en todas aquellas materias, presentes o futuras, que sean característicamente ciberespaciales y legítima por el cumplimiento del propósito de dar la más plena eficacia jurídica a los Derechos Humanos en el Ciberespacio, expresados en la Declaración de Derechos del Ciberespacio y avanzar hacia una sociedad del conocimiento con rostro humano, que eleve no sólo el bienestar material, sino también y sobre todo, la dignidad moral de la persona humana.

Por todo lo anterior, estatuimos un orden de convivencia ciberespacial justo, a través de la Declaración de Derechos del Ciberespacio y la presente,

CONSTITUCIÓN DEL CIBERESPACIO

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. Constitución del Ciberespacio.

El ciberespacio, como metaespacio que es, se constituye en una entidad aterritorial, denominada Telecivitas, cuya población somos todos los habitantes de la Tierra y cuya soberanía se extiende a todas aquellas materias que sean característicamente ciberespaciales.

Artículo 2. Declaración de Derechos del Ciberespacio.

Todos los habitantes del ciberespacio gozan de los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de Derechos del Ciberespacio, de 6 de octubre de 2008, que se incorpora como Anexo a la presente Constitución del Ciberespacio y participa del rango normativo supremo de esta Constitución.

TÍTULO I: DE LA TELECIVITAS

Artículo 3. Constitución de la Telecivitas.

1. La población de la Telecivitas son todos los habitantes de la Tierra, si bien la ciudadanía ciberespacial y el consiguiente ejercicio de los derechos políticos, se reserva a las personas que residan habitualmente, con carácter legal, en Territorios Libres y, en consecuencia, estén en condiciones de ejercer su ciudadanía ciberespacial, sin interferencias de poderes territoriales no comprometidos con la libertad en el ciberespacio.

2. Son Territorios Libres aquellos Estados democráticos de Derecho, respetuosos con los Derechos Humanos, con plena subjetividad internacional, que acepten formalmente la supremacía de la Constitución del Ciberespacio y de la Declaración de Derechos del Ciberespacio, con respecto a su propia Constitución política territorial, Tratados y cualesquiera otros instrumentos jurídicos constituyentes o derivados y que cumplan de forma efectiva con lo dispuesto en la Constitución y Declaración de Derechos del Ciberespacio.
3. La soberanía de la Telecivitas es característicamente ciberespacial, por lo que ejercerá sus potestades soberanas en dicho ámbito, sin aceptar como legítimas las injerencias de jurisdicción territorial alguna, incluso en el caso de que tal jurisdicción territorial no haya sido reconocida como Territorio Libre, ni solicitado serlo.

Artículo 4. Integración de Territorios Libres en la Telecivitas.

1. Los Estados o territorios soberanos que se postulen para ser reconocidos como Territorios Libres, presentarán su solicitud a la Presidencia de la Telecivitas. La Cámara de Control, por mayoría, decidirá sobre dicha solicitud, previo informe del Consejo Jurídico Asesor del Ciberespacio. En caso de producirse una resolución denegatoria, ésta deberá atenerse a lo dispuesto en la Constitución del Ciberespacio y expresar de forma concreta las causas de la denegación. El territorio soberano cuyo reconocimiento haya sido denegado, podrá recurrir la constitucionalidad de la decisión ante el Tribunal Supremo de la Telecivitas. Asimismo podrá solicitar de nuevo el reconocimiento, una vez haya solventado de forma efectiva las causas de la denegación.
2. Para que el reconocimiento de un Territorio Libre sea efectivo, a los efectos de su integración en la Telecivitas, deberá celebrarse y votarse afirmativamente, en el seno del correspondiente Estado o territorio soberano, un referéndum en el que podrán participar todas las personas que tengan la residencia habitual, reconocida legalmente, en dicho territorio. Para que un Territorio Libre pueda desvincularse de la Telecivitas, será igualmente

requisito previo que se convoque y vote afirmativamente un referéndum a estos efectos.

Artículo 5. Sede de la Telecivitas.

La Telecivitas, como entidad aterritorial que es, tiene su sede en el ciberespacio y sus órganos podrán constituirse y actuar en dicha sede ciberespacial, a través de las redes globales de telecomunicaciones. No obstante, los órganos de la Telecivitas asimismo podrán constituirse y actuar en un Estado territorial medial, que eventualmente pueda constituirse para mejor salvaguardar la autonomía e independencia de la Telecivitas y también en los Territorios Libres a que se refiere el artículo 3.2, siempre que esté garantizada su absoluta autonomía e independencia de funcionamiento.

Artículo 6. Competencias soberanas de la Telecivitas.

1. La Telecivitas tiene competencias soberanas en las siguientes materias:
   a) Salvaguarda de los Derechos Humanos en el Ciberespacio.
   b) Redes globales de telecomunicaciones y singularmente Internet.
   c) Protección de datos personales y del secreto de las comunicaciones.
   d) Comercio electrónico y régimen de las obligaciones, singularmente civiles, mercantiles y laborales en el ciberespacio.
   e) Fiscalidad de las transacciones económicas en el ciberespacio.
   f) Economía financiera en su máxima amplitud. Entidades y transacciones financieras, dinero y títulos-valor.
   g) Delito global y delitos cometidos en el ciberespacio.
   h) Propiedades incorporales en el ciberespacio.
2. La Telecivitas es asimismo soberana en todas aquellas otras materias que sean característicamente ciberespaciales y se incorporen en lo sucesivo a la presente Constitución, por los mecanismos establecidos en la misma.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Artículo 7. Idiomas oficiales de la Telecivitas.

1. Serán idiomas oficiales de la Telecivitas, aquellos idiomas oficiales de los Territorios Libres que la constituyan inicialmente y de aquellos otros integrados en la misma, que sean lengua vehicular de más de trescientos millones de personas.
2. Las Cámaras colegislativas procurarán ampliar los idiomas oficiales de la Telecivitas a los de otros Territorios Libres, que sean lengua vehicular de más de cien millones de personas.
3. La Telecivitas considera la diversidad lingüística y cultural como uno de los mayores patrimonios de la Humanidad, por lo que, siempre con criterios racionales, fomentará el uso del mayor número de lenguas en su seno, aunque no tengan la consideración de idioma oficial de la Telecivitas.

Artículo 8. Organización telemática de la Telecivitas.

Los mecanismos ordinarios de funcionamiento de la Telecivitas serán teleinformáticos, a cuyo efecto se implementarán, con la máxima profusión, sistemas de teleconferencia, telerreunión, procedimientos y procesos llevados a cabo en entornos digitales seguros y demás mecanismos de esta naturaleza. Todo ello sin perjuicio de poder utilizar sistemas y procedimientos no telemáticos, cuando se estime oportuno.

TÍTULO II: ÓRGANOS DE LA TELECIVITAS

Artículo 9. Órganos de soberanía de la Telecivitas.

1. Son órganos de soberanía de la Telecivitas:
   a) La Cámara de Representantes.
   b) La Cámara del Conocimiento.
   c) La Cámara de Control.
   d) El Tribunal Supremo.
   e) La Presidencia.
   f) El Gabinete.

2. El Poder Legislativo ordinario se encomienda a dos cámaras colegislativas, la Cámara de Representantes y la Cámara del Conocimiento. La Cámara de Control ejerce dicha función sobre el Poder Ejecutivo y los demás poderes de la Telecivitas. El Poder Judicial, que culmina en el Tribunal Supremo, es un poder difuso que reside en los Juzgados y Tribunales y el Poder Ejecutivo se ejerce por la Presidencia, con asistencia del Gabinete.

Artículo 10. Elección de las Cámaras de Representantes y de Control.

1. Las Cámaras de Representantes y de Control, que responden al principio democrático, serán elegidas por un periodo de cuatro años, por todas las personas mayores de dieciocho años con residencia habitual y legal en los Territorios Libres, mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, expresado telemáticamente desde el lugar donde los teleciudadanos decidan emitir su voto.
2. Los miembros de las Cámaras de Representantes y de Control se elegirán en circunscripciones uninominales, configuradas por los Territorios Libres donde se produzca la elección de los correspondientes miembros, en el marco de lo que disponga la Ley del Ciberespacio.
3. Mientras los Territorios Libres que integren la Telecivitas no sumen más de quinientos millones de habitantes, cada una de las Cámaras tendrá cincuenta miembros, que se repartirán en proporción al número de habitantes de cada Territorio Libre, en los términos establecidos por la Ley del Ciberespacio. Cuando los Territorios Libres superen la mencionada cifra de habitantes, los miembros de las Cámaras Legislativa y de Control, pasarán a ser uno por cada diez millones de habitantes o fracción. En cada Territorio Libre que tenga más de un millón de habitantes se elegirá, como mínimo, un miembro de la Cámara de Representantes y otro de la Cámara de Control. En los demás casos, su población se integrará en el censo de otro Territorio Libre, en los términos que disponga la Cámara de Control.

Artículo 11. Cámara del Conocimiento.

1. La Cámara del Conocimiento, que responde al principio aristocrático característico de la sociedad del conocimiento, tendrá el mismo número de miembros que la Cámara de Representantes y la Cámara de Control y se asignará asimismo idéntico número de ellos a cada Territorio Libre. No obstante, en caso de que se produzca el veto a que se refiere el número 4 de este artículo, los nuevos nombramientos no se producirán hasta la siguiente renovación de la Cámara.
2. Sus miembros serán designados entre especialistas de reconocido prestigio en sociedad y tecnologías de la información y del conocimiento, científicos, emprendedores, inventores y personas que hayan destacado en el desarrollo de artes útiles para el progreso material o espiritual de la humanidad. Su mandato durará hasta su renuncia o jubilación, que se producirá a los sesenta y ocho años, prorrogándose su mandato hasta el final de la legislatura.
3. La designación será efectuada, en el seno de cada Territorio Libre, por una Conferencia de Rectores, en la que se integrarán los rectores de las universidades existentes en el correspondiente Territorio, en los términos que en su caso establezca la Ley del Ciberespacio, atendiendo a criterios de excelencia. La designación de los miembros de la Cámara del Conocimiento se efectuará quince días antes de las elecciones a la Cámara de Representantes y la Cámara de Control entrantes.
4. La Cámara de Control saliente, el día previo a dichas elecciones, a más tardar, efectuará un control preventivo sobre la idoneidad de los designados. A tal efecto, a la propuesta de cada uno de los miembros de la Cámara del Conocimiento, se acompañará un breve curriculum vitae de entre mil y cuatro mil quinientas palabras. La Cámara de Control saliente podrá vetar a un máximo del veinte por ciento de los designados, por notorio incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo dos del presente artículo, vetos que se comunicarán el día siguiente a los afectados, de forma motivada.
5. Los candidatos vetados podrán recurrir el veto ante el Tribunal Supremo de la Telecivitas, en el plazo de cuatro días naturales y el Tribunal Supremo decidirá de forma preferente, sumarísima e inapelable, al menos tres días naturales antes de la fecha establecida para la constitución de las Cámaras.

Artículo 12. El Tribunal Supremo de la Telecivitas.

1. El Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, incluido el de garantías constitucionales. Nadie podrá plantear conflicto de jurisdicción ni cuestión de competencia al Tribunal Supremo de la Telecivitas, que será siempre la última instancia, salvo en lo establecido en el artículo 27.3 de esta Constitución.
2. El Tribunal Supremo se integra por doce miembros, todos ellos juristas de acreditada competencia, que permanecerán en su función hasta cumplir la edad de jubilación, que se establece a los setenta años. Seis de ellos serán designados por la Cámara de Control, dos por la Cámara del Conocimiento, dos por la Cámara de Representantes y dos por el Gabinete. Las vacantes que se produzcan se cubrirán por el órgano que designó al causante.
3. El Tribunal Supremo asumirá la función del Tribunal de Garantías de los Derechos del Ciberespacio, establecido en el artículo 20 de la Declaración de Derechos del Ciberespacio, en única o última instancia, según disponga la Ley del Ciberespacio.

Artículo 13. Presidente de la Telecivitas.

1. La propuesta de candidatos a la Presidencia de la Telecivitas podrá ser efectuada por una quinta parte de los miembros de la Cámara de Representantes, o por idéntica proporción de los miembros de la Cámara del Conocimiento, en sesión extraordinaria que se celebrará entre veinticinco y treinta días naturales, a contar desde la sesión constitutiva de ambas Cámaras y entre aspirantes que se autopostularán para el cargo en la propia sesión constitutiva. Los proponentes de un candidato a Presidente quedarán automáticamente inhabilitados para proponer a otro candidato para la misma elección.

2. El Presidente de la Telecivitas se elegirá en sesión conjunta de ambas Cámaras colegislativas, que se celebrará entre cinco y diez días después de la sesión en que se efectúe la propuesta. Los candidatos propuestos expondrán su programa de Gobierno en el tiempo máximo de una hora y media y deberán responder a las preguntas que les formulen los demás candidatos, en turnos de pregunta-respuesta, con un máximo de tres preguntas por candidato y de cinco minutos por cada respuesta. Acto seguido se procederá a la primera votación y pasarán a una segunda votación los dos candidatos más votados. En caso de empate se celebrarán nuevas votaciones, hasta resolverlo.
3. Con la designación de un nuevo Presidente, cesará el anterior Presidente y todo su Gabinete. Ningún Presidente de la Telecivitas podrá acumular más de dos mandatos de forma sucesiva, ni de tres de forma discontinua.

Artículo 14. El Gabinete.

El Gabinete estará integrado por el Presidente y doce ministros designados por el mismo, de forma que la tercera parte de los ministros tengan la condición de miembros de la Cámara de Representantes, otra tercera parte de miembros de la Cámara del Conocimiento y la tercera parte restante será de libre designación de la Presidencia.

Artículo 15. Inelegibilidad e incompatibilidad.

1. Ninguna persona que haya sido miembro de la Cámara de Control o del Tribunal Supremo, podrá ser miembro de la Cámara de Representantes o del Gabinete, ni viceversa. Los miembros de la Cámara de Control y del Tribunal Supremo tampoco podrán desempeñar en ningún momento cargo alguno en cualesquiera otros organismos que dependan directa o indirectamente de la Telecivitas, ni pertenecer o someterse a la disciplina de partido político alguno, mientras dure su mandato, prohibición, esta última, que igualmente se aplicará a los miembros del Poder Judicial.
2. La contravención de estas normas dará lugar a la destitución de sus cargos por el Tribunal Supremo de la Telecivitas, sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudieran haber incurrido.

TÍTULO III: DEL PODER LEGISLATIVO

Artículo 16. De las Cámaras colegislativas y su función en la Telecivitas.

El poder legislativo es bicameral y corresponde a la Cámara de Representantes, que encarna el principio democrático y a la Cámara del Conocimiento, que responde al principio aristocrático característico de la sociedad de la información y del conocimiento.

Artículo 17. Iniciativa Legislativa.

La iniciativa legislativa corresponderá:

1. A una quinta parte de los miembros de la Cámara de Representantes.
2. A una quinta parte de los miembros de la Cámara del Conocimiento.
3. Al dos por ciento del Cuerpo Electoral de cada Territorio Libre. Se facilitará el ejercicio telemático de la iniciativa legislativa popular.
4. Al Gabinete.

Artículo 18. Trámite legislativo ordinario.

1. El texto articulado en que plasme la iniciativa legislativa se remitirá a la Cámara de Control, para que verifique la regularidad de la iniciativa y lo someta a información pública por el periodo de tres meses, que podrá ejercerse por mecanismos telemáticos. En el supuesto de que exista urgencia debidamente motivada en la tramitación, el periodo abierto a la partición ciudadana se reducirá a un mes. La Cámara de Control, a través de la Comisión de Transparencia y Participación Ciudadana, se ocupará de que las propuestas ciudadanas sean públicas y fácilmente accesibles. Los proponentes elaborarán el texto definitivo del Proyecto, a partir de las aportaciones ciudadanas, y las modificaciones que a partir de las mismas proponga el

Consejo Jurídico Asesor, junto con sus propias observaciones legísticas.

2. El Proyecto de Ley comenzará a tramitarse en la Cámara de Representantes, donde se someterá a proceso de enmienda y votación, por el procedimiento establecido en el Reglamento de la Cámara. El texto resultante seguirá idéntica tramitación en la Cámara del Conocimiento, también de conformidad con lo dispuesto en su Reglamento. Las modificaciones aprobadas por esta última Cámara se someterán a una deliberación y votación final, que se llevará a cabo en sesión conjunta del Pleno del Poder Legislativo, integrado por todos los miembros de ambas Cámaras colegislativas.
3. El trámite legislativo seguirá el procedimiento previsto en el presente artículo, con la única salvedad de los trámites legislativos especiales expresamente previstos en la Constitución del Ciberespacio.

Artículo 19. Trámite legislativo especial de las leyes constitucionales.

La presente Constitución puede ser modificada por leyes constitucionales, cuya tramitación tendrá las siguientes excepciones con respecto al procedimiento legislativo general: La mayoría requerida para la aprobación de las leyes constitucionales será de tres quintos en todas las votaciones y el texto aprobado por las Cámaras colegislativas se someterá a referéndum decisorio del Cuerpo Electoral, que se resolverá por mayoría. Todos los Territorios Libres integrados en la Telecivitas resultarán vinculados, incluso en el caso de que en alguno de ellos no se hubiera alcanzado dicha mayoría.

Artículo 20. Trámite de la Ley anual de Presupuestos.

La iniciativa legislativa de la Ley anual de Presupuestos corresponderá exclusivamente al Gabinete, se ceñirá a su ámbito específico, sin poder entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, ni siquiera de carácter tributario y su aprobación será tricameral, de forma que una vez producido el trámite del artículo 18.2, el proyecto de Ley seguirá su curso en la Cámara de Control. Las enmiendas aprobadas por esta última Cámara se debatirán y votarán en sesión conjunta de las tres Cámaras.

TÍTULO IV: DEL PODER EJECUTIVO

Artículo 21. Titulares del Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo lo ejercerá el Presidente, asistido por el Gabinete, a cuyos miembros, denominados ministros, asignará el presidente la Jefatura de un Departamento concreto.

Artículo 22. Funciones del Presidente de la Telecivitas.

El Presidente de la Telecivitas tiene las siguientes funciones:

a) Nombrar y separar a los miembros del Gabinete, así como dirigir y coordinar la actuación del mismo, con la única limitación de lo dispuesto en la Constitución y en la Ley del Ciberespacio, que en ningún caso podrá perjudicar el principio de separación de poderes.
b) Sancionar y promulgar las leyes y ordenar su publicación oficial. El Presidente puede proponer a las Cámaras colegislativas, por una sola vez, la reconsideración de todo aquello que considere oportuno. Las Cámaras deliberarán y resolverán inapelablemente sobre dicha propuesta en sesión conjunta. Las leyes se publicarán oficialmente una vez transcurridos quince días sin que el Presidente las haya sancionado o promulgado.
c) Suprema representación de la Telecivitas y firma de Convenios con otros Entes Soberanos.
d) Todas las potestades ejecutivas que no hayan sido atribuidas al Gabinete o a sus miembros.
e) Todas las demás funciones que le atribuya la Ley del Ciberespacio.
f) Dos meses antes de la terminación del mandato de las Cámaras de Representantes, de Control y del Conocimiento, el Presidente convocará elecciones para las dos primeras, que deberán celebrarse simultáneamente, quince días antes del agotamiento de dicho mandato, que se producirá el día que transcurran cuatro años desde su sesión constitutiva, que siempre será simultánea. Asimismo abrirá el plazo para que las Conferencias de Rectores procedan a completar la composición de la Cámara del Conocimiento. El mandato de las antiguas Cámaras expirará en el mismo momento en que las nuevas inicien su constitución.

Artículo 23. Funciones del Gabinete.
El Gabinete tendrá las siguientes funciones:

a) Deliberar sobre todas aquellas cuestiones que el Presidente le proponga y apoyarle en todas las decisiones de su competencia.
b) Promulgar y ordenar la publicación de Reglamentos ejecutivos de las Leyes del Ciberespacio, que agotarán la jerarquía normativa, sin que puedan existir disposiciones de rango inferior a los mismos.
c) El Gabinete podrá asimismo promulgar Reglamentos Legislativos, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, que tendrán rango de Ley del Ciberespacio. Su validez será provisional y se tramitarán como Proyecto de Ley del Ciberespacio, por el trámite ordinario.
d) El Gabinete también tendrá todas aquellas funciones que le atribuya la Ley del Ciberespacio.

Artículo 24. De la Administración del Ciberespacio y la Función Pública.

1. La Administración del Ciberespacio dependerá del Poder Ejecutivo, a cuyo efecto por Ley del Ciberespacio se determinará tanto su organización y funcionamiento, como el Estatuto de la Función Pública ciberespacial, con base en el principio de simplificación administrativa y de Escalas de la Función Pública.
2. La Función Pública será una y con Estatuto homogéneo para toda la Telecivitas; pero los funcionarios que presten sus servicios en el Poder Judicial o en otros Órganos y Poderes de la Telecivitas, distintos del Ejecutivo, tendrán dependencia funcional exclusiva de los mismos, sin que en ningún caso pueda perjudicarse el principio de separación de poderes, ni la independencia e inamovilidad de los miembros del poder judicial.
3. La Función pública, en todos los órdenes, se regirá por el principio aristocrático de mérito y capacidad, tanto en los procesos selectivos, como de provisión de puestos de trabajo. En los Órganos Constitucionales de la Telecivitas existirá un cupo de cargos de libre designación, en calidad de asesores de sus presidentes y de los ministros del Gabinete y estos últimos podrán designar también libremente un segundo nivel de altos cargos, todo ello en los términos que establezca, con carácter restrictivo, la Ley del Ciberespacio. Todos los demás cargos serán ocupados por funcionarios profesionales.

TÍTULO V: DEL PODER JUDICIAL

Artículo 25. Órganos del Poder Judicial.
El Poder Judicial, que culminará en el Tribunal Supremo, se ejercerá por los siguientes órganos jurisdiccionales:

a) Tribunal Central de la Telecivitas, que estará integrado por magistrados agrupados en Salas especializadas en cada una de las competencias soberanas de la Telecivitas, definidas en el artículo 5 de la presente Constitución, actualmente en número de ocho.
b) Juzgados de la Telecivitas, especializados asimismo en cada una de las competencias soberanas de la Telecivitas.
c) Juzgados del Ciberespacio de los Territorios Libres, con funciones de auxilio judicial y aquellas otras que les encomiende la Ley Procesal del Ciberespacio.

Artículo 26. Jurisdicción y competencia de los Órganos del Poder Judicial.

1. La Jurisdicción y competencia de los órganos del Poder Judicial se determinará por la Ley Procesal del Ciberespacio, mediante un procedimiento que se desarrollará, en la medida de lo posible, por medios telemáticos y en entornos multimedia.
2. La Ley Procesal del Ciberespacio atribuirá competencias de Instancia a los Juzgados de la Telecivitas y sólo cuando sea estrictamente necesario a los Juzgados Territoriales del Ciberespacio. Las competencias de Instancia corresponderán al Tribunal Central de la Telecivitas en aquellos asuntos que la Ley del Ciberespacio considere que requieren, por su trascendencia, de una decisión colegiada.

3. El Tribunal Central de la Telecivitas tendrá funciones de apelación, en relación con las decisiones de los Juzgados, tanto de la Telecivitas como, en su caso, de los Territoriales.

Artículo 27. Jurisdicción y competencia del Tribunal Supremo de la Telecivitas.

1. El Tribunal Supremo tendrá todas aquellas competencias que le atribuyan la presente Constitución y la Ley del Ciberespacio.
2. Es misión fundamental del Tribunal Supremo generar Jurisprudencia, sobre todo en cuestiones de orden constitucional.
3. El Tribunal Supremo será asimismo órgano gubernativo supremo del Poder Judicial, con excepción de la función inspectora de Juzgados y Tribunales, que corresponderá a la Cámara de Control, a través de la Comisión de Control de los Poderes Legislativo, Judicial y Federativo. El Tribunal Supremo, en el ejercicio de sus competencias gubernativas, está sometido al control de última instancia del Consejo Jurídico Asesor del Ciberespacio, que actuará en funciones jurisdiccionales de única instancia.

Artículo 28. Normativa aplicable a la Jurisdicción del Ciberespacio.

A la Jurisdicción del Ciberespacio le serán aplicables, por orden jerárquico, las siguientes normas:

1. Constitución y Declaración de Derechos del Ciberespacio.
2. Ley del Ciberespacio.
3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Telecivitas y reglamentos que dicte en ejercicio de sus funciones gubernativas.
4. Decisiones reglamentarias del Gabinete.
5. Ordenamiento procesal del Territorio Libre en que el Tribunal de Instancia radique.
6. Los principios generales del derecho se aplicarán directamente en defecto de las anteriores normas, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico ciberespacial y de lógica estructural del mismo, relevante para su integración, interpretación y aplicación.

Artículo 29. Tribunales Arbitrales del Ciberespacio.

1. La Ley del Ciberespacio facilitará la constitución y funcionamiento de los Tribunales Arbitrales del Ciberespacio, que en virtud de los principios de autorregulación en un marco de heterorregulación, característico de la Declaración de Derechos del Ciberespacio y del principio de participación ciudadana, inherente a la presente Constitución, serán los que se encarguen de resolver, con carácter preferente, tanto las controversias entre particulares en materias competencia de la Telecivitas, e incluso cuestiones de orden administrativo, con la única salvedad de las materias penales y aquellas otras que se consideren de orden público.
2. Los laudos arbitrales tendrán presunción de validez, con el consiguiente carácter ejecutivo y ejecutorio. Se encargará de su ejecución el Juzgado competente en el territorio en que el laudo hubiese de ser llevado a efecto. Las impugnaciones de los laudos sólo se admitirán a trámite, por decisión unánime de la Sala, o en su caso Sección de la misma competente, del Tribunal Central de la Telecivitas, que resolverá sobre las mismas.
3. Los Procedimientos arbitrales, al igual que los de los órganos jurisdiccionales, se desarrollarán, en la medida de lo posible, por medios telemáticos y en entornos multimedia.

TÍTULO VI: DEL PODER DE CONTROL POPULAR

Artículo 30. Principio fundamental de participación ciudadana.

1. El poder constituyente del ciberespacio pertenece a todos los habitantes de la Tierra y el protagonismo que la presente Constitución otorga a los ciudadanos de los Territorios Libres, entendidos como residentes habituales legales en los mismos, se debe exclusivamente a la necesidad de evitar interferencias en el ejercicio de la soberanía ciberespacial, procedentes de territorios no libres.
2. El ideal de ciberciudadanía universal, presente tanto en esta Constitución, como en la Declaración de Derechos del Ciberespacio, así como la idea de autorregulación en un marco de

heterorregulación, asimismo presente en ambos instrumentos, impone la necesidad de dar la máxima relevancia a la participación ciudadana, sin veleidades demagógicas y compatible con una acción política coherente, que deberá ser impulsada por todas las instancias de la Telecivitas, y muy especialmente por la Cámara de Control.

Artículo 31. Ejercicio ordinario del poder de control popular.

1. El ejercicio ordinario del poder de control popular, se ejercerá a través de la Cámara de Control, que aprobará su Reglamento de funcionamiento, de forma autónoma. A esta Cámara corresponderán todas las funciones de control parlamentario del Poder Ejecutivo y de los demás Poderes de la Telecivitas, que deberán responder ante ella de forma coherente con su finalidad institucional. La función de la Cámara de Representantes y de la Cámara del Conocimiento es estrictamente legislativa, sin que puedan inmiscuirse en la actividad de control.
2. La Cámara de Control, por mayoría de tres quintos, podrá destituir Ministros, que quedarán inhabilitados para dicho cargo mientras dure la Legislatura. Por mayoría de dos tercios podrá destituir al Presidente de la Telecivitas, que será sustituido, por lo que reste de mandato, por las Cámaras colegislativas, que se reunirán de urgencia para aplicar de forma extraordinaria el procedimiento previsto en el artículo 13 de esta Constitución.

Artículo 32. De las comisiones plenipotenciarias y ordinarias de la Cámara de Control.

1. La Cámara de control se organizará en comisiones, que podrán ser plenipotenciarias y ordinarias. Las comisiones plenipotenciarias tendrán las competencias que les atribuya el Reglamento de la Cámara y sus decisiones serán ejecutivas, salvo que un interesado legítimo las impugne ante la Mesa de la Cámara, la cual resolverá sobre su suspensión y admisión a trámite ante el Pleno, que decidirá por mayoría de tres quintos. Las comisiones ordinarias elevarán sus propuestas al Pleno, que decidirá por mayoría, si bien podrán tener potestad decisoria autónoma, en los términos establecidos por el Reglamento de la Cámara.
2. La Cámara de Control tendrá las siguientes comisiones plenipotenciarias:
   a) El Ombudsman del Ciberespacio.
   b) La Contraloría del Ciberespacio, cuyos miembros habrán de ser graduados en economía o auditoría de cuentas.
   c) El Consejo Jurídico Asesor del Ciberespacio, cuyos miembros serán necesariamente juristas.
3. La Cámara de Control tendrá asimismo las siguientes comisiones ordinarias:
   a) Comisión de Control del Poder Ejecutivo.
   b) Comisión de Control de los Poderes Legislativo, Judicial y Federativo.
   c) Comisión de Transparencia y Participación Ciudadana.
   d) Aquellas otras comisiones ordinarias que se establezcan por el Reglamento de la Cámara, en un número máximo de diez.

Artículo 33. Adscripción a comisiones de los miembros de la Cámara de Control.

1. Todos los miembros de la Cámara de Control estarán adscritos a una y sólo una de las comisiones. En la sesión constitutiva de la Cámara, todos sus miembros estarán obligados a solicitar la adscripción a una y sólo una de las comisiones. Cuando los solicitantes lo sean en un número igual o inferior al número mínimo de miembros de la comisión, que será el entero resultado de dividir el número de miembros de la Cámara por el número de comisiones, quedarán adscritos a la misma de forma automática y cuando lo superen se resolverá por votación del Pleno.
2. Los miembros de la Cámara de Control que no resultaren adscritos a la comisión seleccionada, solicitarán su adscripción a una de las comisiones con plazas vacantes y se seguirá el

procedimiento establecido en el numeral anterior, hasta que se complete la composición de todas las comisiones. Si quedase un resto de miembros de la Cámara no adscritos, el Pleno resolverá sobre la comisión en que se integren, procurando una composición equilibrada entre las mismas.

3. Todos los extremos no previstos por la presente Constitución del Ciberespacio, en cuanto a la integración y funciones de las Comisiones Plenipotenciarias, se resolverán por el Reglamento de la Cámara de Control.

TÍTULO VII: DEL PODER FEDERATIVO

Artículo 34. De las relaciones de la Telecivitas con sujetos de derecho internacional y otras entidades.

1. La Telecivitas tiene personalidad jurídica propia, por lo que puede celebrar todo tipo de tratados con los Estados y demás sujetos de derecho internacional, que deberán ser ratificados en sesión conjunta de las Cámaras colegislativas y en votación de totalidad. Tales tratados tendrán rango de Ley del Ciberespacio, a los efectos internos de la Telecivitas.
2. La Telecivitas podrá asimismo establecer otros convenios con entes que no tengan la consideración de sujetos de derecho internacional, que tendrán, a los efectos internos de la Telecivitas idéntico rango de Ley del Ciberespacio. Tales convenios seguirán idéntico procedimiento de aprobación que los tratados, si bien se requerirá la autorización previa y la ratificación final de la Cámara de Control.
3. Cuando los tratados o convenios se establezcan con Entes que no puedan tener la consideración constitucional de Territorios Libres, se podrá dar a dichos entes la condición de Observador, con los efectos previstos en el propio tratado o convenio y sin contravenir en ningún caso la presente Constitución.
4. Cuando los tratados den lugar a la federación de la Telecivitas con entidades soberanas u otros sujetos de derecho internacional, el procedimiento para su ratificación será el especial de las leyes constitucionales.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Única. Incorporación de Territorios Libres a la Telecivitas.

Cuando un Territorio Libre se incorpore a la Telecivitas previamente constituida, y reste más de un año para un nuevo proceso electoral, el Parlamento de dicho Territorio enviará observadores a las Cámaras de Representantes y Cámara de Control, en número de uno por cada diez millones de habitantes o fracción del correspondiente Territorio y lo mismo hará la Conferencia de Rectores de dicho país, con respecto a la Cámara del Conocimiento. Tales observadores tendrán voz, pero no voto, en el seno de la correspondiente Cámara y se les dará, por lo demás, el mismo Estatuto que a sus miembros, sin que les afecte la inelegibilidad e incompatibilidades de los mismos.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Organización provisional de la Telecivitas.

Durante el proceso constituyente de la Telecivitas, se crearán órganos, dentro de la Convención Internacional de Derecho Informático, a través del Centro Internacional de Informática y Derecho, que serán homónimos de los órganos de soberanía de la Telecivitas y ejercerán las competencias establecidas en la Constitución del Ciberespacio para los mismos, con carácter provisional y en la medida indispensable para garantizar la constitución y puesta en funcionamiento de los órganos de los que son homónimos, en cuyo momento cesarán en su actividad, para que éstos desempeñen las funciones que tienen constitucionalmente atribuidas.

Segunda. Financiación de la Telecivitas.

Los Territorios Libres garantizarán la autonomía financiera de la Telecivitas, hasta que ésta pueda hacer efectivos sus propios mecanismos de financiación, inicialmente derivados de su potestad tributaria sobre las transacciones económicas en el ciberespacio.

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Entrada en vigor de la Constitución del Ciberespacio.

La Constitución del Ciberespacio y su Anexo, la Declaración de Derechos del Ciberespacio, entrarán en vigor cuando al menos dos Estados soliciten a la Convención Internacional de Derecho Informático, a través del Centro Internacional de Informática y Derecho, su reconocimiento como Territorios Libres. Una vez otorgado dicho reconocimiento y votados afirmativamente los correspondientes referenda, comenzará a funcionar la Telecivitas, iniciándose el procedimiento de elección y designación de sus Cámaras a la mayor brevedad. En el mismo momento de su reconocimiento como Territorio Libre, el correspondiente Estado quedará desapoderado de las competencias soberanas que pertenecen constitucionalmente a la Telecivitas.

LOS EXÁMENES DE ABOGADOS EN EL ESTADO DE MÉXICO DEL SIGLO XIX

Mario TÉLLEZ G.

SUMARIO: I. *Los abogados en el Estado de México durante el siglo XIX*. II. *Los exámenes para obtener el título*. III. *Casuismo* vs. *codificación: ¿fin del arbitrio?* IV. *Comentarios finales*.

Hablar de estos abogados en el Estado de México en el siglo XIX representa la oportunidad de recordar la especificidad de una profesión muy relevante y al mismo tiempo de un grupo de profesionales muy influyentes en un espacio político de gran importancia en la historia del país. En una ocasión anterior se hizo un acercamiento al tema legislativo de este gremio.[1] Ahora, aprovechando ese avance, se da otro paso para saber algo más sobre ellos. Seguramente algunos de los resultados aquí obtenidos podrán servir, al menos, como punto de partida para comparar con lo sucedido en el Distrito Federal y otras entidades del país. Hace falta seguir pensando sobre un gremio que cargó sobre sus hombros buena parte de los avances y retrocesos de la política nacional y de la administración pública en todos los órdenes.

[1] Mario Téllez, "La legislación sobre los abogados en el Estado de México del siglo XIX", Jaime del Arenal y Elisa Speckman (coords.), *El mundo del derecho. Aproximaciones a la cultura jurídica novohispana y mexicana (siglos XIX y XX)*, México, UNAM, IIJ, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 2009, pp. 241-270.

I. Los abogados en el Estado de México durante el siglo XIX

Antes de entrar al fondo del asunto conviene puntualizar algunas de las diferencias entre los términos "letrado", "abogado" y "licenciado", porque a ellos se refieren con frecuencia las fuentes consultadas. "Letrado" era quien tenía conocimientos jurídicos, pero que no había presentado el examen ante la autoridad correspondiente para ejercer como "abogado" y el "licenciado" era quien, después de haberlo aprobado, pagaba los derechos de la "media anata" ante la autoridad para recibirse como tal y en consecuencia obtener la licencia correspondiente.[2] Digamos que se trataba de una trayectoria que podía recorrerse en tres tiempos: hacer los estudios en derecho para ser "letrado", pasar el examen o exámenes establecidos por la autoridad para demostrar los conocimientos adquiridos y cumplir con los demás requisitos administrativos para obtener la licencia y entonces ejercer como "abogado". Esto último explica en parte por qué las fuentes se refieren indistintamente a "abogados" y "licenciados" como sinónimos, una era la profesión propiamente y la otra la autorización de la autoridad para ejercerla, como hasta la actualidad.

Por otra parte, ya se tienen los elementos para trazar las líneas generales que siguió esta profesión en la entidad durante el siglo XIX.[3] Desde el punto de vista formal y del discurso, personajes como José Ma. Luis Mora señalaban:

> Uno de los grandes bienes de los gobiernos libres es la libertad que tiene todo ciudadano para cultivar su entendimiento. En el sistema republicano, más que en los otros, es de necesidad absoluta proteger y fomentar la educación. La mano protectora de un gobierno debe penetrarse de que para hacer la felicidad de todos es indispensable esparcir hasta la más pequeña choza los rayos de luz que vivifican el espíritu.[4]

[2] *Ibidem*, pp. 242-244. Desde mi punto de vista, en el presente hay que diferenciar al "abogado" del "licenciado en derecho"; éste puede ser abogado pero también desempeñarse, amparado en la licencia obtenida, en la administración pública o privada y en la docencia e investigación donde los conocimientos jurídicos son indispensables pero que no se utilizan para representar a un tercero o para comparecer en los tribunales.

[3] *Ibidem*, pp. 241-270. Alejandro Mayagoitia, "Los abogados y el Estado mexicano: desde la Independencia hasta las grandes codificaciones", *Historia de la justicia en México, siglos XIX y XX*, t. I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 263-406.

Este ánimo era generalizado y por ello, desde el inicio de la vida independiente, el gobierno del Estado de México intentó asumir el control y la planeación no sólo de la formación de los abogados sino de toda la educación desde la que se daba en los primeros años hasta la que se impartía en la Universidad, aun cuando las cosas en la realidad, lamentablemente, transitaron por otro camino bastante más complicado.

En el caso particular de los abogados, se conservaron prácticamente intactos los requisitos establecidos desde la Colonia para obtener el título profesional.[5] Era obligatorio ser bachiller en artes o en leyes, tener un cierto periodo de práctica en algún despacho de abogado reconocido, presentar un examen de conocimientos jurídicos frente a la autoridad facultada para ello y pertenecer al Colegio de Abogados. Los tres primeros permanecieron durante todo el siglo XIX y el último apareció intermitentemente en los primeros años para desaparecer definitivamente en la segunda mitad.

Con el tiempo fueron aumentando las materias que tenían que cursar los aspirantes, primero en el *Instituto Literario* y luego en el *Instituto Científico y Literario*; las prácticas se extendieron de los estudios –despachos privados– a los tribunales locales; y del examen de conocimientos del inicio, al final, se les exigieron tres. Aunado a esto, el proceso de codificación[6] y el positivismo, en la segunda mitad

[4] José Ma. Luis Mora, "Pensamientos sueltos sobre la educación pública", *José María Luis Mora. Obras completas. Política*, t. I, México, Instituto Mora, SEP, 1986, p. 58.

[5] Manuel de la Peña y Peña hace una descripción pormenorizada de los trámites que tenía que hacer un aspirante de abogado en los años treinta; los cuales permanecieron muy similares hasta los primeros años del siguiente siglo; *Lecciones de práctica forense mejicana* (facsimilar de la 1a. ed. de 1835), t. I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 285-288. Para la época contemporánea diversos autores han abordado la prolongación de ciertas instituciones coloniales o, al menos su funcionamiento, a la época independiente. En el ámbito jurídico véase, a manera de ejemplo, el ya clásico estudio de María del Refugio González, *El derecho civil en México 1821-1871 (apuntes para su estudio)*, México, UNAM, 1988.

[6] "La codificación es una nueva forma particular de recoger la legislación sistematizándola y elaborándola científicamente. La codificación, como uno de los resultados de la escuela racionalista del derecho natural, es la 'consumación lógica de la concepción de la obra llevada a cabo durante siglos por las universidades', bajo el signo de la razón que gobernaba

del siglo, fueron dos corrientes que influyeron de manera importante en la formación de los abogados, las cuales se reflejaron, por ejemplo, con la incorporación de nuevas materias a los planes de estudio. Y aun cuando el primero había comenzado algunas décadas atrás, fue en la segunda mitad del siglo XIX cuando finalmente se consolidó y entroncó perfectamente con el positivismo, formando las dos caras de una misma moneda.

Sin embargo, el control y planeación intentados por los gobiernos del estado no fueron lineales, en la realidad no funcionaron como lo esperaban. La constante inestabilidad política, sobre todo en las primeras décadas, y la falta crónica de recursos económicos hasta muy avanzado el siglo fueron dos elementos que reiteradamente afectaron sus intenciones. Además, si bien es cierto que había la intención de aumentar el rigor en la formación de los abogados también lo es que se tomaban otras decisiones que iban en sentido contrario, lo cual era una muestra de las inconsistencias provocadas por la inestabilidad. Basta recordar dos ejemplos, el decreto por el que se cerró de forma inesperada el Instituto Literario en los años treinta al iniciarse el periodo de los gobiernos centralistas y la disposición por la que se interrumpió en la segunda mitad del siglo la carrera de abogado, también de forma repentina, porque el gobierno suspendió las becas económicas para mantener a los alumnos en el internado del Instituto. Estos acontecimientos, entre otros muchos, cancelaron, o al menos retrasaron, los planes y avances de la profesión y de quienes aspiraban a ella.[7]

Así, al observar en perspectiva los resultados entre lo que se planeaba y lo que sucedía se aprecia, por un lado, la incorporación de las corrientes de pensamiento más influyentes de la época en la legislación y en los sistemas educativos y, por el otro, la imposibilidad de aplicarlos consistentemente a lo largo del tiempo. Los problemas y contradicciones provocaron la continuación de los problemas de antaño, una falta endémica de profesionales del derecho que si bien se fue atenuando con los años no se resolvió en definitiva para cubrir las necesidades crecientes de la administración pública que intentaba

al mundo. La codificación tuvo por objeto acabar con la fragmentación del derecho y la multiplicidad de las costumbres", González, *El derecho civil*, p. 64.

[7] Téllez, "La legislación sobre los abogados", pp. 248 y ss.

ser más eficiente y de la sociedad que reclamaba litigantes para dirimir sus conflictos en los tribunales. Finalmente esta falta de profesionales creó condiciones para el desarrollo de dos situaciones perversas: que los abogados frecuentemente se dedicaran de forma simultánea a las tareas de gobierno y al ejercicio libre de la profesión, con los vicios y corrupción que ello generaba, pero también que proliferaran los "papelistas", "tinterillos" y "huizacheros" que sin título y sin estudios actuaban impunemente en el ámbito jurisdiccional; era común que los abogados atendieran a quienes podían pagar sus honorarios, litigando asuntos de implicaciones económicas y sociales relevantes y los otros atendieran a personas con menos recursos y con problemas que económicamente valían menos, aunque, en todo caso, lo que sí quedaba claro era la necesidad que había de profesionales del derecho que actuaran en los tribunales para intentar resolver los problemas de una sociedad que los demandaba. Esta problemática fue paliada tímidamente por las autoridades, sobre todo en las primeras décadas, a través de "dispensas", "permisos", "habilitaciones" y "validaciones" para que quienes, a pesar de no cumplir con todos los requisitos establecidos, teniendo los conocimientos y habilidades desde la perspectiva de la autoridad, pudieran titularse como abogados y ejercer honestamente su profesión.[8] Más tarde, esperaron pacientemente a que el Instituto Científico y Literario pudiera formar a los abogados que demandaba la entidad. Pero el elemento que les resulta común a todos, a los del principio y a los del final, es que sobre ellos recayó la responsabilidad de incorporar o difundir en el foro, en la administración pública o en la docencia los conocimientos y cambios que se venían dando desde el siglo XVIII y que se continuarían hasta la última parte del XIX. Y en particular, en el ámbito de la administración de justicia, como una de las actividades fundamentales del Estado, les tocó sustituir a los jueces legos –proceso que se completaría hasta muy entrado el siglo XX– y profesionalizarla.

Pero, ¿quiénes fueron esos abogados? Para el caso del Estado de México, poco se sabe de ellos, salvo los casos excepcionales de personajes de gran relevancia en la política, apenas se comienza a trabajar en la recuperación de sus nombres y en alguna otra infor-

[8] *Ibidem*, pp. 252 y ss.

mación fragmentaria. Gracias al trabajo pionero de Aurelio Venegas[9] durante el Porfiriato y a otras pesquisas más recientes se cuenta con los nombres de buena parte de quienes se graduaron en la entidad, de los que tuvieron algún cargo en la administración pública o los que presumiblemente se dedicaron al ejercicio libre de la profesión. De acuerdo con la tabla I se tienen registrados 470 nombres de abogados para el periodo de estudio, algunos de ellos, sobre todo de la última parte, con ramificaciones familiares de abogados hasta la actualidad.

Ese universo de profesionales del derecho aparecieron en las primeras décadas encabezando algunos cargos en la administración pública, pero fue hasta la segunda mitad del siglo cuando su presencia fue más notoria, principalmente como jueces o ministros del Tribunal Superior de Justicia, seguidos de los cargos de diputados y gobernador. Y donde destacan de forma muy relevante personajes como Antonio Zimbrón que fue diputado, gobernador y magistrado en tres momentos distintos y de otros como Dionisio Villarello, José Ma. Martínez de la Concha, Celso Vicencio, Pascual González Fuentes que fueron gobernadores y altos funcionarios del Tribunal Superior de Justicia (Tabla I). Seguramente también se integraron en otros niveles de la administración pública y no sólo en la titularidad de los poderes pero todavía no se cuenta con información al respecto. En todo caso, podría destacarse la profesionalización que se fue dando en la administración pública a lo largo del tiempo y la gran influencia que fueron ganando con el tiempo pero también esto tuvo importantes costos sociales para el foro, para la sociedad que necesitaba la representación de profesionales en sus conflictos en los tribunales. Es cierto que con el tiempo fue creciendo el número de abogados, pero eso no significó la solución plena del problema por los vicios que se fueron generando.

II. Los exámenes para obtener el título

A partir de la Independencia, la práctica de presentar un examen escrito como requisito para licenciarse como abogado quedó en manos

[9] *Ibidem*, *Índice cronológico de los gobernantes del Estado y de los beneméritos y ciudadanos del mismo, formados por el C. Aurelio J. Venegas, Oficial Mayor de la Secretaría del Congreso*, Toluca, Oficina Tipográfica del Gobierno en la Escuela de Artes y Oficios, 1906.

de los tribunales locales y así continuó, sin cambios, incluso durante los años del centralismo; basta ver la continuidad que aparece en la tabla I. En el Estado de México, a finales del siglo los exámenes aumentaron de uno a tres, pero del único que se tiene evidencia documental es del último, del que presentaban en el Tribunal; los otros dos se presentaban de forma oral ante los sinodales designados *ex profeso* y de lo que allí se discutía no quedaba ningún registro, sólo se levantaba una acta en la que se señalaba que se había cumplido con las formalidades establecidas por el *Reglamento Interno del Instituto Científico y Literario*, así como el número de votos que obtenía el aspirante.

Se cuenta con un universo de 271 expedientes de aspirantes a abogados presentados en el Estado de México en un arco temporal que va de 1823 a 1905 (Tabla I). No se ha localizado alguna fuente que permita siquiera imaginar la totalidad de exámenes que se presentaron en este largo periodo, pero ciertas tendencias que se pueden desprender de la muestra con la que se cuenta si bien no podrían tomarse como definitivas, sí, al menos, podrían ser indicativas del acontecer en el Estado y, tal vez, hasta del país.

Ese examen escrito consistió básicamente en que el aspirante desarrollara algún tema relevante de la jurisprudencia[10] de la época o proyectara una sentencia de primera o segunda instancia sobre algún litigio que realmente existía en los tribunales. Lo interesante es que sólo en los primeros años se les pidió reflexionar sobre instituciones jurídicas, a partir de 1836, salvo tres excepciones posteriores, siempre tuvieron que examinarse haciendo proyectos de sentencia sobre casos prácticos. De los 271 exámenes, 62 fueron teóricos –59 de los cuales fueron presentados antes de 1836– y 209 prácticos.

Se desconoce la razón que explique ese cambio, más aun, si fue una política deliberada de la autoridad o una circunstancia casual. El hecho de que el país se hiciera centralista en ese año no parece tener ninguna relación ni tampoco la promulgación, en 1837, de la *Ley que arregló provisionalmente la administración de justicia en*

[10] En la cultura jurídica de la época la voz "jurisprudencia" era la "ciencia del derecho", como aparece en la primera entrada de Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, edición y estudio introductorio de Ma. del Refugio González [de la edición de 1837], México, UNAM, 1996.

los tribunales y juzgados del fuero común, que sería, según Alejandro Mayagoitia, la que marcaría la pauta en estas cuestiones durante el centralismo. Esta ley no hizo ninguna mención sobre los contenidos o la dirección que debían tener los exámenes y determinó, como había sido y lo sería hasta el final, que el Colegio de Abogados y la Segunda Sala del Tribunal Superior del Departamento de México examinaría respectivamente a los aspirantes;[11] actividad que fue muy intensa, como se puede observar de acuerdo con el número de expedientes que se tienen desde ese año en adelante.

Pero ese cambio podría no ser una cuestión menor si se piensa que las autoridades evaluadoras decidieron que a partir de los años treinta, en la formación de los abogados, se privilegiara más su "capacitación" para actuar en el foro que su formación integral como jurista; que importaba más hacerlo técnico que teórico del derecho. Esta circunstancia se identificaba plenamente con la transición a la codificación; aun cuando la aparición del código civil se demoró todavía varios años, el tránsito a una mentalidad codificadora había comenzado con bastante anticipación, al menos desde la segunda mitad del siglo XVIII, y este cambio podría ser interpretado en esa dirección. Pero también pudo suceder, y es lo más probable, que en el Estado de México se dieran cuenta de que los jóvenes aspirantes a abogado en realidad podían hacer pocas aportaciones al mundo del derecho, a la reflexión jurídica –como lo decía expresa y brevemente a sus sinodales ya de manera tardía el aspirante a abogado Enrique Conde, en 1905, en su examen escrito: "teneís oídos benévolos para el raquítico concepto tímidamente expresado por los que apenas si pizamos [*sic*] el primer peldaño de la escuela profesional"–[12] porque justo estaban terminando su preparación académica y las prácticas que habían tenido en algún estudio de abogado o en algún juzgado apenas podían sumar unos cuantos meses; era más importante que aprendieran a litigar, juzgando, que tratar de recrear o reflexionar sobre

[11] Artículos 62 y 63 del Decreto de 23 de mayo de 1837, Mario Téllez y José López Fontes, DVD, "La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano", *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación *et al.*, 2004, p. 398; Mayagoitia, "Los abogados y el Estado", pp. 342-344.

[12] "El C. Enrique Conde solicita examen de Abogado", Mario Téllez y José López Fontes, DVD, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense, 1803-1905*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.

principios o instituciones jurídicas en circunstancias desventajosas y frente a abogados con mucha más experiencia, en donde poco podían aportar dado el poco tiempo que llevaban en la disciplina.

Además, tampoco puede soslayarse que precisamente en 1835 Manuel de la Peña y Peña, sobresaliente jurista de la época y hacía poco rector del "Ilustre y Nacional Colegio de Abogados" y presidente de la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia publicara sus *Lecciones de Práctica Forense Mejicana*. Esta importante obra pudo influir también en esa decisión de las autoridades del Estado de México. En una breve introducción, Peña y Peña señalaba que los estudiantes "necesitan de una obra que los instruya á lo menos de los principales elementos de nuestra actual práctica forense en todos los juicios, en todas sus instancias, en todos sus recursos y en todos los juzgados y tribunales así de los generales de la federación como de los particulares de este distrito capital; pero esta obra debe ser ordenada y compuesta por una sola cabeza, y escrita toda por una sola mano. Yo, pues, me decido trabajarla".[13] Logró su cometido con creces y con ella quedaría colmada buena parte del vacío que había en el foro mexicano de una "práctica" de esas características; así, a partir de su publicación carecía de sentido seguir pidiéndoles a los aspirantes reflexionar sobre temas que allí eran abordados con rigor y erudición. El propio Peña y Peña había intentado previamente hacerla pidiéndoles a sus alumnos escribir sobre distintos tópicos, pero fracasó porque los trabajos eran muy heterogéneos, "están trabajados con estilo y método muy desiguales; unos explicaban los puntos con toda claridad, y otros sin ella,... unos contienen las citas conducentes, y otros carecen aun de las mas oportunas... en fin, emprender de todos una correccion cabal y rigurosa vendría á ser un trabajo ciertamente mas gravoso que hacer una obra de nuevo".[14]

Otra característica que sobresale en esos 271 exámenes es su continuidad a lo largo del tiempo, es decir, los cambios de régimen y las revueltas no parecen haber incidido demasiado ni por tanto tiempo en la titulación de abogados. De hecho es a partir de la década de los sesenta cuando se aprecian más saltos temporales. La necesidad de contar con abogados que le dieran certeza a la administración

[13] Peña, *Lecciones de práctica*, t. I, p. X.

[14] *Ibidem*, t. I, p. IX.

pública y a la vida en el foro era mucha. De forma paralela puede señalarse el tiempo que les tomó a los aspirantes convertirse en profesionales, es decir, desde el momento que hacían su solicitud, reunían los requisitos o pedían alguna excepción, hasta el momento que pagaban el impuesto de la "media anata" para titularse. A poco más de 230 aspirantes de los 271, los trámites les llevaron menos de dos años. Pero fueron alrededor de 210 los que demoraron menos de un año, lo que significa que el proceso estaba pensado para hacerse rápidamente. Hubo excepciones, algunos demoraron más tiempo, pero generalmente los retrasos estuvieron asociados al tiempo que les llevó lograr alguna dispensa o excepción de la autoridad por el incumplimiento de alguno de los requisitos.

Una cuestión que parece confirmarse a partir de los temas que se pedían en los exámenes y que no sorprende era el predominio que había del derecho civil y mercantil por encima del derecho penal en el ambiente de la época. Dos circunstancias podrían explicar esto. Una era la larga formación del derecho civil en el pensamiento jurídico, principalmente, desde el derecho romano y lo atractivo económicamente que podía resultar patrocinar asuntos en esta materia. Y el derecho penal, desprendido de aquel apenas desde la Baja Edad Media, había comenzado a cobrar lentamente una personalidad definitiva. La otra circunstancia pudo ser que esa recurrencia estuviera asociada a los conflictos que con mayor incidencia se registraban en los tribunales. Así, de la totalidad de los exámenes, independientemente si se trataba de un estudio dogmático o del proyecto de sentencia de un caso práctico, 43 estuvieron dedicados al ámbito penal, 181 al ámbito civil y 12 al mercantil. Otros 10 estuvieron referidos a temas más generales del derecho como "las clases de leyes", "los problemas de jurisdicción", "las acciones y excepciones", los referidos a "recursos" y "clases de juicios" y un único caso sobre "el uso de la fuerza pública". Finalmente, unos cuantos expedientes, por causas inexplicables, no contienen los exámenes y se desconoce qué sucedió con ellos.

También es interesante observar que en los expedientes que se tienen prácticamente no hubo reprobados. Hay algunos casos atípicos que se tienen registrados como el de una titulación que quedó aplazada y dos más que fueron aprobados en una votación por mayoría. En el primer expediente se dice literalmente: "Respecto a no hallarse hoy D. Pedro Diez de Bonilla con la aptitud necesaria para la Abogacía,

vuélvase a presentar dentro del término de seis meses" y así lo hizo para ser aprobado finalmente.[15] Había reticencia a hablar de "reprobado", que es finalmente lo que puede inferirse de esa frase. En los otros dos se dice que Luis Cano Rodrigz. en 1876 fue "aprobado por cinco votos contra dos" y que Enrique del Castillo en 1904 fue "aprobado por mayoría de sus votos contra uno".[16] En el resto de los exámenes los aspirantes aprobaron por unanimidad;[17] hecho que podría interpretarse precisamente en sentido contrario al aumentos del rigor en la formación de los abogados pero que, por otro lado, también explica la necesidad que había de estos profesionales en la administración pública y en la sociedad.

Algo que no tiene que ver directamente con el mundo jurídico pero que causa por lo menos duda es la escritura de los exámenes. Salvo en la última parte del siglo, donde la incorporación de la máquina de escribir comenzó a ser poco a poco una herramienta común entre los aspirantes, el resto del tiempo fueron presentados en su totalidad manuscritos. Pero lo que realmente llama la atención es que esos exámenes debieron ser elaborados en su mayoría por amanuenses que respondían al dictado del aspirante porque hay casos en donde en el

[15] "Solicitud del C. Pedro Diez de Bonilla sobre examinarse de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*. Este aspirante presentó dos exámenes escritos, uno sobre "las clases de juicios" y después sobre "el juicio de inmunidad y los recursos de fuerza". Es interesante señalar que Manuel Diez de Bonilla, como fiscal de la audiencia del Estado y futuro gobernador, certificó que Pedro asistió a su estudio a "practicar jurisprudencia".

[16] "El C. Luis Cano Rodrigz. solicita billete para recibirse de Abogado" y "El C. Enrique del Castillo aspira á obtener el título de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

[17] Ver, a manera de ejemplo, el "Expediente formado con motivo de la solicitud presentada por el C. Carlos A. Vélez en la que solicita examen recepcional de abogado". En este documento el 28 de enero de 1904 aparece una breve acta donde se señala que el aspirante presentó un examen frente a tres sinodales en virtud del billete que le expidió el Tribunal del Estado y que aprobó "por unanimidad de votos"; el 8 de febrero siguiente aparece otra casi en los mismos términos; cambia al señalar que se trata del segundo examen y que también aprobó "por unanimidad de votos". Al día siguiente se le notificó que proyectaría una sentencia en segunda instancia como tercer examen sobre "los autos seguidos por el C. Lic. Margarito García Rendón contra D. Francisco de P. Baeza sobre obscuro é inepto libelo", el cual presentaría el 11 de febrero. Enseguida aparece el proyecto, con esta misma fecha. Los siguientes ejemplos van en los mismos términos y forma: "El C. Bonifacio M. Toledo solicita examen de abogado", "El C. Enrique García solicita examen de abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

mismo documento pueden encontrarse dos caligrafías distintas,[18] lo cual puede generar suspicacias sobre su autenticidad y no hay forma de poder aseverar o rechazar por completo esa posibilidad. Si había quienes litigaban en los juzgados sin título, por qué no podía haber personas "especializadas" en escribir estos documentos a petición expresa o que fueran los propios abogados con experiencia quienes los hicieran. No hay que olvidar que los aspirantes tenían generalmente 36 horas para preparar su examen escrito a donde y con quien más les conviniera.[19] Lamentablemente no está en los alcances de este trabajo resolver esta duda pero tal vez otros trabajos, en el futuro, puedan avanzar sobre ella.

Por otro lado, es importante señalar que los exámenes guardaron a lo largo del tiempo una especie de tipología o formato, el cual es heredero del mundo colonial y permaneció así hasta los primeros años del siglo XX. Y si bien es cierto que algunos podían presentar variantes, generalmente se integraban de dos partes, las cuales es importante ver con detenimiento. Podía haber o no una tercera parte pero en el caso de aparecer, solía hacer una última referencia a la primera para conmover y convencer; realmente ya no tenía relevancia en el ámbito jurídico. En el fondo, estos exámenes debieron responder a la transformación lenta y paulatina del casuismo frente a la codificación; transformación que inició en los albores del Renacimiento, se consolidó en la última parte del siglo XIX y es todavía vigente, con sus matices, hasta el presente. Por supuesto que este amplio periodo desborda, con mucho, los años que aquí se estudian, sin embargo, lo relevante es que fue allí cuando llegaron a su fin las viejas formas y lograron imponerse las nuevas.

Describir aquí esta transformación demandaría un importante esfuerzo. Por fortuna, Víctor Tau, apoyado en el pensamiento de Helmut Coing, lo ha explicado de forma puntual al referirse a los ordenamientos jurídicos.

[18] Ver como ejemplos: "Solicitud del C. Pedro Diez de Bonilla sobre examinarse de Abogado", "El C. Benigno Hernandez sobre que se le admita á exame de abogado", "El C. Luis Cano Rodrigz. solicita billete para recibirse de Abogado", "Sobre recepción de abogado del C. Trinidad González", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

[19] Durante la Colonia fueron 24 horas, Víctor Tau, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 253.

> Los *sistemáticos* consideran al derecho como un conjunto estructurado de normas jurídicas, racionalmente elaborado que, además de un orden externo, tiene una conexión interna conceptual y encierra en sí mismo todas las soluciones a los posibles problemas que se plantean en la vida social. La decisión adecuada y justa es, pues, el resultado de la aplicación estricta de aquellas normas. Los *casuistas*, en cambio, sostienen que el derecho, aunque apoyado en normas, sólo se realiza en la decisión de los casos, tal como se van presentando, de modo que la búsqueda de la solución reposa en la percepción del problema concreto, examinando las circunstancias de tiempo, lugar y calidad de las personas.[20]

En efecto, la sustitución del casuismo y del arbitrio judicial por el racionalismo y la aplicación del texto puntual de la ley se aprecia en México con la aparición de los códigos hacia los años setenta del siglo XIX, aunque desde décadas atrás se venía discutiendo en el pensamiento jurídico la necesidad de esa transformación. En el Estado de México las cosas no fueron distintas pero es oportuno observar cómo se fueron concretando a lo largo del tiempo esos cambios, cómo se fue imponiendo poco a poco un ordenamiento sobre otro; cómo, en palabras de Tau, los *sistemáticos* se fueron imponiendo a los *casuistas*.

En seguida se hace la exposición de los exámenes de algunos aspirantes destacando las dos partes que formalmente contenían con la intención de apreciar sus particularidades.

1. La parte introductoria

Estos documentos iniciaban casi siempre haciendo una introducción, expresando la enorme cantidad de conocimientos que hacía falta poseer para alcanzar la condición de jurisconsulto, las limitaciones y penalidades sufridas por el aspirante, así como la falta de méritos para desarrollar satisfactoriamente el tópico que les correspondía. Y aunque en muchos casos podría parecer que el discurso era excesivamente romántico, no hay que olvidar que efectivamente buena parte de los aspirantes se vieron influenciados por esta corriente literaria, pero además, en el fondo, los aspirantes tenían razón para ser muy respetuosos con el grupo de experimentados juristas que tenían que

[20] *Ibidem*, pp. 30-31

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

enfrentar en su examen porque de su evaluación dependía su futuro profesional, no sólo por la votación que pudieran recibir en esos momentos sino porque en el futuro seguramente tendrían alguna relación con ellos y porque subsistía la idea de que virtudes como la templanza, la modestia y la mesura, entre otras, debían caracterizar al buen abogado y al buen juzgador.[21]

Dependiendo si les tocaba un examen teórico o práctico podían destacar la importancia del tópico jurídico o hacían una descripción pormenorizada del caso concreto del cual debían proyectar una sentencia. Por supuesto que la personalidad de cada aspirante imponía un toque particular a cada exposición, pero en casi un siglo, con más o menos retórica, con más o menos elegancia, hay distintos elementos que permanecen constantes y apenas se aprecian diferencias en el uso de términos y fraseos a lo largo del periodo; en el fondo, es común que la parte introductoria estuviera orientada principalmente a conmover o sensibilizar a los evaluadores para hacerles patente sus limitaciones de conocimiento y manifestarles respeto a su experiencia.

José Antonio Alvarado,[22] a quien le fue encomendado exponer en 1828 "los modos de adquirir y los interdictos con sus juicios", fue puntual y conciso en esta parte.

> Exmo. Señor.
> Si para presentarse á la censura de este supremo Tribunal en el bastisimo campo de la Jurisprudencia, huviera de aguardarse á poser los conocimientos en que abundan sus dignos Ministros, sería necesario presindir de la empresa á cambio de que no se notara de atrevida y temeraria. Con mas propiedad que la Medicina podrían recomendarse la inmensidad y vacilaciones del foro con el mote de *ars longa vita brevis* [sic].
>
> Porque si los escritores mas Ilustrados, teniendo las Leyes á la vista, suelen estar con presencia y cotejo de las doctrinas que sirven de norte para decidir: y si vemos divididos en opiniones á Jurisconsultos célebres del mejor sequito, ¿Qué puede responder hoy á V. E. satisfactoriamente un joven pasante, cuya carrera interrumpida con adversidades de fortuna y tristes acontecimientos

[21] En las *Partidas*, por ejemplo, se hablaba de que los abogados debían ser hombres "buenos" y "leales". P. 3, 6, introducción al título, Juan N. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-megicanas* (facsimilar de la edición de 1852), Estudio introductorio de María del Refugio González, ts. I-III, México, UNAM, 1991.

[22] "Solicitud del ciud. José Antonio Alvarado pª ser examinado de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

> de familia, le han causado distintas interrupciones en el constante estudio de su dedicacion, mucho mas hallandose poseido del temor que naturalmente debe infundirle la primera concurrencia ante un Tribunal á la par de sabio circunspecto?

Agregó un par de ideas más y entró a la discusión del tópico que le correspondió. Por supuesto que también influía la relevancia o tema que les tocara examinar porque de ello dependía también la posibilidad de lucimiento del aspirante. Esa fue la suerte de Antonio de la Pascua,[23] que en 1831 le tocó abordar una "sinopsis de matrimonios y sus clases y diferencias".

> Exmo. Sor.
> La sola imposibilidad de satisfacer una necesidad inunda de amargura al hombre, aun cuando tenga las demas enteramente satisfechas y se halle colmado de delicias. Esta verdad manifestada por la observación del corazón humano en la historia de todos los tiempos y lugares y de que no deja duda la propia experiencia, nos da una idea, lo poco que aprovecharia el primero de los hombres el señorio absoluto del universo entero, si le faltaba una compañera que satisficiere asi su amor á la sociedad, como la inclinación innata a la multiplicacion de su especie. En tales circunstancias, queriendo Dios que no se acibarasen [sic] los placeres que hacian gozar al mas perfecto de los seres creados, le dio una prueba de su predilección, formando una criatura de su misma especie y de diferente sexo, con la que tuviese sociedad, se reprodujera y con la que dividiese finalmente los cuidados y afanes, que le demandaría la debilidad e inexperiencia de los individuos que le debieron el ser, cuando estuviesen en su primera edad. Colocada a lado del hombre esta mera obra de las manos del supremo artifice, comprendio aquel al momento de la union que lo ligaba a ella y terminantemente la apellido "hueso de mis huesos y carne de mi carne", [sic] le dá su mismo nombre y declara que la antepondra al padre y á la madre. He aqui ya instituida, como reconoce el sabio Autor de las partidas, la sociedad entre el hombre y la mujer, que llamamos matrimonio de las palabras latinas "*munus*"[24] oficio y "*matris*" de la madre, por ser esta á quien pertenece principalmente el desempeño de lo mas interesante de sus obligaciones.

[23] "Solicitud de don Anastasio de la Pascua, sobre examinarse de abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

[24] No se sabe qué edición pudo consultar De la Pascua. Ver las *Partidas*, Rodríguez, *Pandectas*.

En este estado, como aun disfrutaba el hombre de aquella lus de entendimiento, propia de su especie en la epoca de la creacion, conoce perfectamente todo lo razonable acerca de instituto tan sagrado; [...]. Era, pues, forzoso que aumentado de dia en dia el numero de sus semejantes, para provecho suyo, se establecieran las sociedades civiles y con ellas una autoridad que le recordase los deberes cuyo cumplimiento le dictaba la razon natural, y de los que dependia el bien estar de la sociedad formada, acomodandolas siempre a sus circunstancias. El matrimonio sin duda tiene mucho influjo en la felicidad de las naciones, y por tal reflexion se considero desde entonces uno de los objetos de aquellas leyes, mas no bastando la vigilancia de ellas para contener los desordenes que las pasiones ocasionaba, sobre este punto, y no habiendo remedio humano que las enfrentase para que no fuese funesto a los hombres un establecimiento que Dios mismo había formado, añadio Jesucristo al que antes era un puro contrato, la calidad del sacramento de gracia santificante, resultando que el matrimonio en otro tiempo sujeto únicamente a las reglas que deducia la razon natural, atendiendo el fin de su institucion, debia arreglarse tambien por las leyes civiles y canonicas.

Disimule V. E. esta ligera digresion sobre los diversos estados de la naturaleza humana, opuesta ciertamente á la brevedad que me há recomendado, porque debiendo hacer un sinopsis acerca del matrimonio, jurídicamente considerado, era indispensable que manifestara la clase de leyes de que deducía mis decisiones, pues aquellos principios, son pues el fundamento de la ciencia del derecho.

Varios años más tarde, Doroteo Barba en 1868[25], por su parte, también fue bastante elocuente.

C. C. Presidente y Magistrados

En este acto cuya solemnidad abruma mi espiritu y comprime fuertemente mi corazon, una luz divina que se refleja en la frente severa de la justicia viene a alentar mis esperanzas.

En la indulgencia ese cetro vivificador quien reanima mis fuerzas, yo la invoco y con toda la fe del desgraciado, y con toda la veneración del que abrumado de indefinibles emociones ve en ella una tabla, como el naufrago en medio de los mares.

Este culto me lo inspira, no sólo la conciencia de mi pobreza, sino el presentimiento de vuestras bondades a que apelo, porque os lo digo con sinceridad, me siento delante de vosotros muy pequeño, y no podéis ser de

[25] "El C. D. Doroteo Barba solicitando billete para recibirse de abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

otra manera, cuando ya vuestra capacidad, vuestro estudio y la práctica de muchos años han puesto de vosotros a mí una distancia inmensa, santificada por la Magistratura que os enaltece dignamente.

Apelo también a vuestra justicia porque no se os oculta que la profesión que solicito tiene dificultades desde su principio al fin y que para un estudiante desvalido se aumentan en número incalculable y que no es posible borrarlos de la memoria, ni que dejen de verse desde cualquier eminencia.

Me daréis razón si me presento con la timidez consiguiente al que se permita delante de sus dichos jueces para decidir de su porvenir.

Finalmente en 1905, con igual elocuencia aunque más deshilvanado escribió Ernesto González y González:[26]

Señores Magistrados

Acaso la tendencia del medio actual, lógicamente representada por el lógico impulso de las profundas experiencias, cuya revelación se hace ver lo mismo en la selecta prensa que en la tribuna y en la cátedra, haya pasado ante vosotros, como llevadas por la mano, á las generaciones ávidas de porvenir. Sin embargo, no obstante vuestra alta personalidad, demasiado distinguida por la benevolencia, tan de suyo propia de las raras ilustraciones, natural es que me sienta turbado ante éste el más solemne de mi vida, ahora porque se alza en mi memoria la para mi respetada figura de mis padres, ahora porque vengo á depositar en vuestro criterio, de una vez para siempre, mis anhelos en los cuales han fructificado todas mis esperanzas.

Señores, quien como vosotros, en cuyo presente podeis bordar vuestro pasado, fuera mejor irreprochablemente justo, tratándose de mi humildisimo trabajo, quien como vosotros, que podeís iluminar con el santo recuerdo la senda estudiantil mas extraña cuanto mas dificil?.... [*sic*]

Permitidme que á ella vuelva los ojos cariñosamente, ya que en el icono de mis pasados años surge mi fijura [*sic*] materna ante la cual, declino respetuosamente mis últimos esfuerzos [...].

Aqui, donde la palabra ha sido, sino siempre símbolo de la verdad, si la aspiracion genuina de los desheredados que claman justicia; aqui, donde vosotros habeis mirado, como un diorema, los vicios y las virtudes, todos los dolores y todos los sentimientos, sólo debiera [¿de?] cirse la filosofica cuando aplicable doctrina que há el hombre conquistado como riquísimo botin, en las eternas luchas del derecho.

[26] "El C. Ernesto González y González pide examen de abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

> Señores, antes de presentar el estudio jurídico que me fuera designado, seame á bien tenida la libertad que me tomo en consagrar mi cinsera como expontanea gratitud, á los respetables maestros que tan desinteresadamente, derramaron sobre mi senda como un derroche primaveral, asi los conejos de su experiencia como las enseñanzas de su saber. Ojala siempre fueran un torrente de luz sobre mi vida.

Los anteriores ejemplos son apenas una pequeña muestra de la consistencia de las mismas ideas a lo largo del tiempo; en los setenta años que separan al primer examen del último no parece haber muchas diferencias en la esencia de la parte introductoria, salvo una especie de "modernización" del lenguaje, pero en donde básicamente se trataba de conmover a los examinadores para tenerlos "emocionalmente" de su parte y para convencerlos sobre las necesidades económicas que padecían –en su mayoría– y del reconocimiento que hacían sobre los escasos conocimientos que hasta ese momento habían adquirido, nada comparado con la sabiduría que sus examinadores poseían; el argumento de autoridad y la experiencia eran determinantes.

2. La parte expositiva

La parte expositiva era la parte más extensa del examen escrito y como su nombre lo denota, allí se hacía propiamente la exposición del tema jurisprudencial o del proyecto de sentencia en primera o segunda instancia del caso concreto que les habían asignado. Por ello, es la parte donde los aspirantes intentaban hacer sus aportaciones y discusiones jurídicas; allí buscaron, sin conseguirlo la mayoría de las veces, lucir y mostrar a los sinodales los conocimientos adquiridos a lo largo de sus años de estudio en distintas instituciones educativas y, al final del periodo, en el Instituto Científico y Literario y, por lo tanto, donde podría esperarse encontrar las continuidades y transformaciones sufridas en el derecho de la época.

En los primeros años del periodo de estudio se aprecia de forma evidente la herencia de las viejas formas coloniales, donde el predominio del arbitrio judicial, principalmente en materia penal, es indiscutible y la referencia descuidada a las leyes y a los autores es evidente pero tratando de dejar, al mismo tiempo, la impresión de conocimiento, de una amplia cultura jurídica; aludiendo con abundancia pero sin precisar la mayoría de las veces o incluso haciéndolo erróneamente a las *Partidas*, a las recopilaciones de Castilla e Indias así como a distintos autores u obras prestigiadas en el foro.[27] Esta forma de concebir al derecho, se entroncaba de manera remota –hasta los inicios del Renacimiento– con el "*mos italicus*", donde, como lo explica Tomás y Valiente, refiriéndose a los cultivadores de esta tradición "...no era el originario sentido de texto romano lo que tenía interés para un jurista práctico... la fidelidad al texto era secundaria; lo primordial era hallar soluciones justas a problemas prácticos". Se trataba de una época donde el abogado seguía formado dentro de la más pura tradición del casuismo, donde el derecho, como lo explica Víctor Tau para el mundo colonial pero perfectamente válido para los años que aquí se tratan, todavía no alcanzaba a formular soluciones rígidas y omnicomprensivas para todos los casos similares que ocurriesen. "La presentación de argumentaciones variadas, de opiniones contrapuestas y de plurales fuentes jurídicas contribuía al conocimiento y reflexión del jurista o del ministro que enfrentaba los casos reales".[28] Aunque también se estaba en la práctica del foro, de acuerdo con lo señalado por José Sánchez-Arcilla, frente a la vulgarización del derecho.[29]

Por supuesto que con la promulgación de los códigos en los años setenta se pensó que se lograría lo que desde finales de siglo XVIII se pedía en el mundo del derecho, el predominio de la legislación del Estado en la vida del foro y su aplicación de forma literal para abandonar los amplios márgenes y abusos que antaño había dejado el arbitrio judicial. Hacia el final del periodo, a pesar de hacer ocasionalmente referencia a aquellas viejas fuentes y formas, se logró parcialmente esa aspiración porque se sentenciaba señalando puntualmente los artículos de los códigos pero no se pudo evitar –ni se podría– que el juzgador siguiera utilizando su arbitrio en la interpretación de la ley.

Una situación que no se puede dejar de lado y que acompaña de forma lateral al proceso de codificación es el del acceso a las fuentes. Es indudable que en los inicios del siglo XIX había mayor dificultad

[27] Francisco Tomas y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 117.

[28] Tau, *Casuismo y sistema*, p. 449.

[29] José Sánchez-Arcilla, "En torno al derecho indiano vulgar", *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 1, Ed. Complutense, Madrid, 1994, pp. 14 y ss.

para tener acceso a las obras jurídicas originales, seguramente la mayoría de los estudiantes de derecho apenas podían consultar alguna práctica criminal y otras obras como el *Diccionario de Legislación* de Joaquín Escriche, las *Lecciones de Práctica Forense Mejicana*, la *Curia Philípica* de Juan de Hevia Bolaños, las *Pandectas Hispano-Megicanas* de Juan N. Rodríguez de San Miguel entre otros, si no tenían la ventaja de conocer algún jurista prestigiado que los dejara consultar su biblioteca pero hacia principios del siglo XX la situación había cambiado sustancialmente no sólo por la multiplicación de las imprentas y la creación de la biblioteca en el Instituto Literario sino por la irrupción de la máquina de escribir que permitía disminuir costos y acelerar la elaboración y duplicación de ciertas obras. Hacia la última parte resultaba indispensable –y más fácil– tener acceso a un código para poder citar puntualmente los artículos.

En 1826 acudió a solicitar su examen de abogado José Ma. Aguirre.[30] Se le pidió que abordara el tema de "los testamentos", pero además, como si no fuera suficiente por sí solo, se le preguntó si las solemnidades establecidas hasta ese momento para otorgarlos eran suficientes.

Su exposición[31] fue bastante extensa, pero lejana la precisión de sus fuentes. En una forma que casi podía recordar el viejo estilo del "*mos italicus*" del siglo XV, en el sentido de que para el juzgador era más importante aplicar la justicia que buscar la exactitud de sus citas, equivocó rotundamente la referencia que hizo de las *Siete Partidas* y no precisó la recopilación a la que aludía, pero que tampoco era la de Castilla ni la de Indias; menos inexacta, por vaga, resultó su alusión al penalista práctico y docto[32] Antonio Gómez del siglo XVI.

> Quales sean las solemnidades substanciales del Testamento: quales los fundamtos. y utilidad de cada una de ellas; es lo primero q debe resolverse. Por testmto. según la ley 2ª, tit 1°, p. 6, entendemos *la voluntad ordenada en q uno establece su heredero ó reparte lo suyo en aquella manera q quiere*

[30] "Solicitud del Br. D. Jose Ma. de Aguirre para ser examinado y recibido de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

[31] Con el ánimo de no hacer largas transcripciones de los ejemplos que se presentan, se busca únicamente destacar la parte en la que exponían sus principales argumentaciones jurídicas.

[32] Así lo califica Tomás y Valiente, *El derecho penal*, p. 125.

> *quede después de su muerte*. El hacer testamto. y disponer cada uno de sus bienes para después de su muerte es de dro publico segun sustancia comun mas su forma y solemnidad es de dro civil: al estenderse los testamtos. se debe obrar sin duda con la mayor cordura ninguna cosa pide mas cuidado, mas sabiduria y claridad que la disposicion de las ultimas voluntades. El hombre mientras vive puede corregir sus hierros, mas dejando de existir no puede volver para evitar las contiendas y efectos funestos q pueden causar la obscuridad ó confusion de sus testamtos.; para evitar pues estas fatales consecuencias no solo deben tenerse presentes las solemnidades establecidas en varias leyes de la recopilacion principalmte. la primera y 2ª del Tit. 4°, lib. 5°, sino q tambien se deben abstener de insertar en el, lo q pueda de algun modo anularlo ó volverlo contencioso, [...] las especies mas frequentes de testamtos. son escritos ó serrados y nuncupativos ó abiertos, ambos requieren sus solemnidades [...] las del testamto. cerrado son q intervengan en el con sus firmas siete testigos á lo menos y escribano, [...]. En el testamto. abierto ó nuncupativo se necesita la intervencion del Esno [escribano], y q se hallen presentes a verlo otorgar tres testigos á lo menos, q tengan las circunstancias ya referidas y que ademas sean vecinos del lugar en q el testamto. se otorga; si no interviniese Esmo publico deberán hallarse presentes cinco testigos, y si este numero no pudiese ser habido ni tampoco Esno, seran suficientes tres en la inteligencia de q. spreq. intervengan menos de siete testigos deben ser de necesidad vecinos, pero si llegaron á este numero no hay necesidad ni de Esno ni de la circunstancia de vecindad pr. ser de forma y substa. del acto como prueba Ant Gom.
>
> Las solemnidades hasta ahora indicadas son tan esenciales q si alguna de ellas faltase el testamto. seria nulo [...].
>
> Vistas ya las solemnidades [...], veamos cuales sean sus fundamentos y utilidad publica. Se exije q á los testamentos escritos concurran siete testigos con sus firmas, [...], q en un mismo acto y á todos reunidos les haga saber el Testador su ultima voluntad; [...] Las leyes al establecer estas solemnidades no han tenido otro objeto: se sabe el interes q spre se versa en estas causas et é aqui el motivo para q sean excluidos de servir como testigos los herederos y sus parientes, hasta el cuarto grado pues en estos hay grave presuncion de falsedad, la frajilidad de las mugeres el poco juicio de los impuberos, son causas mas q suficientes para q no los admita el dro á testiguar en causas de tantas gravedad en q se versa como he dho los actos ultimos de los hombres. Asi es q no son estraños tantas precauciones como han tomado los legisladores.
>
> ¿Seran suficientes las establecds. hasta ahora? ¿Aunq. pa. dar una resolucn. firme y segura sobre esta question se necesita segn. entiendo tener un conocimto. exacto sobre el derecho q arregla los tests., [...] son sin duda

> suficientes las solemnids. hasta ahora establecs. – su objeto no ha sido otro, sino hacer q las ultimas voluntads. permanezcan ilesas, q. conste de ellas con tal segurids. q. nadie se atreva á ponerlas en duda y q. se deje á los Testads. en entera libertad pa. disponer de sus bienes, [...] ¿Quién podra dudar q la voluntad del testador es la q. aseguran ser siete testigos contestes, de buena fama y opinion como deben ser los del testamto, si en las causas mas graves hacen plena prueba el testimto. conforme de 2 testigs?

Parece incuestionable que este aspirante conocía las formalidades que se requerían para otorgar un testamento y, además, ninguno de los sinodales que lo examinó le reclamó sus imprecisiones; más bien hacerlo así era una práctica común, como decía Víctor Tau, acorde a las antiguas formas del casuismo. Y a la pregunta expresa que le habían formulado sobre la suficiencia de las formalidades que hasta entonces había para otorgar dichos testamentos, decidió, con habilidad, responder que sí porque aunado a que tenía razón en la esencia de su argumentación, que el testador tuviera "entera libertad para disponer de sus bienes", haber tomado la postura contraria le habría significado posiblemente una mayor y mejor argumentación, que lo habría puesto en una posición de debilidad argumentativa frente a sus experimentados evaluadores; significaba ir en contra, de alguna manera, del derecho que ellos estudiaban y aplicaban y eso podía traducirse en un riesgo que tal vez hubiera podido ser costoso en esos momentos.

Varios años más tarde, en 1849, compareció su homónimo José María de Aguirre para examinarse como abogado. La información disponible no permite saber si había parentesco entre ellos, incluso pudo haber sido su hijo, pero en todo caso a éste le tocó preparar un proyecto de sentencia en segunda instancia sobre un conflicto particular; la posibilidad de abordar alguno de los tópicos del derecho de la época había sido cancelada hacía tiempo.[33] El caso que le correspondió analizar trató sobre el recurso de nulidad que habían interpuesto unos indios en 1835 sobre un juicio verbal a fin de que se les restituyera como "parcioneros" de un terreno por no haber sido citados todos en el juicio. Aguirre hizo a lo largo de varias fojas una prolija y acuciosa descripción de la secuela procesal del caso, la cual consumió una parte

[33] "Solicitud de D. Eugenio Ma. de Aguirre para recivirse de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

importante de su exposición y que contrasta claramente con su resolución que fue simplemente lacónica. Sin embargo, se dio tiempo de mencionar los problemas que enfrentaban en el foro los abogados de su época con los cambios de régimen; problemas del que se hicieron eco permanentemente aquellos que estaban vinculados al mundo del derecho, sobre todo los que vivieron en el interregno del periodo de estudio.[34] Esto también le dio a Aguirre la oportunidad de "lucir" sus conocimientos y ampliar su exposición.

> Antes de dictar la resolucion que creo conveniente en el caso me parece oportuno hacer presente que el juicio de nulidad que me ocupa se versó en 1835 fecha en que aun regia el sistema federal en su antigua epoca y que pr lo mismo segun las leyes del Estado se tubo que fallar en el recurso que se habia entablado. De entonces aca hemos variado sistema hasta volver al que rejia en 835. por consiguiente varias han sido las leyes que nos han rejido; pero ni en estas ni en las antiguas q. nos rijen he podido encontrar una sola que conceda el remedio de nulidad en los juicios verbales; antes por el contrario se encuentra de mil maneras escluido semejante recurso pues la de 23 de Mayo espresamte. dice en uno de sus articulos que de las determinaciones de los juicios verbales no se admitirá recurso alguno mas q. el de responsabilidad. Al asentar esta opinion no me atengo á la mia propia sino á la del sabio autor de la practica forense mejicana que al tratar de los juicios verbales y de la ley de Tribunales que rejia en la epoca que escribió se espresa en estos terminos: "Finalmte. es tal la fuerza de las determinaciones de los juicios verbales, que deben sin escusa alguna obedecerse y ejecutarse. La ley de Tribunales dispone, que de ellas no haya apelacion, ni otra formalidad que la de sentarse en el libro respectivo. Su texto literal no escluye el recurso de nulidad, pero combinando el espiritu de esta nueva ley con el tenor de las anteriores que quedan mencionadas, debera decirse que no tienen lugar en tales casos la apelacion, nulidad, ni otro recurso dirigido á revocarlas ó invalidarlas. Además, la misma ley de Tribunales en otra parte indica suficientemente que el recurso de nulidad solo tiene lugar en los juicios por escrito. Solo sí lo tendra el juicio de responsabilidad contra el Alcalde ó Juez por la transgrecion de sus obligaciones esenciales ["] con arreglo al decreto de responsabilidades. De suerte que, en mi concepto al admitir el supremo Tribl. de Justicia el recurso entablado, fué mas bien para examinar

[34] Un jurista destacado, como Juan N. Rodríguez de San Miguel, señalaba: "La nuestra, despues de casi treinta años de revolucion, no solamente de armas, sino de costumbres, gobierno y estado, lamenta y resiente mas que otra alguna la compilacion, diversidad é insertidumbre de las leyes...", *Pandectas*, t. I, p. XI.

si habia ó no responsabilidad en el juez que habia dictado su fallo en un juicio verbal; en cuyo supuesto yo diria que no habiendo lugar á la nulidad tampoco encontraba meritos para que al Juez se le ecsijiera la responsabilidad. [...]. *Por manera que si yo hubiera de decidir en la presente el recurso de nulidad que se entabló en 1835 con arreglo á las leyes vijentes diria que tampoco tenia lugar* [cursivas nuestras].

Una cuestión jurídica muy importante a tener en cuenta para estos años está relacionada con la vieja Real Cédula emitida por Carlos III el 23 de junio de 1768, en la que determinó que los jueces no tenían ninguna obligación de fundamentar sus decisiones al momento de juzgar; la intención era básicamente acabar con los repetitivos, extensos y agobiantes discursos que los juzgadores habían acostumbrado incluir en sus sentencias. Esta decisión indudablemente incidió en la forma de las sentencias y su impacto se prologó hasta muy entrado el siglo XIX. Se desconoce si alguna reacción en los inicios de la independencia pero, de acuerdo con María del Refugio González, fue hasta 1841, durante uno de los gobiernos de Santa Anna, cuando se determinó por ley que todos los tribunales "están obligados a expresar la ley, canon o doctrina en que funden sus sentencias definitivas...".[35] En el ámbito local, al menos por lo escrito por José Ma. Aguirre en 1849, particularmente en su sentencia, pareciera que dicha disposición seguía vigente. Y por ello, sus argumentaciones se inscribían, hay que insistir, más bien en el ámbito de mostrar y lucir sus conocimientos de derecho.

Por su parte, un afortunado Felipe Villarello solicitó presentar su examen de abogado en 1876. Varias cuestiones se dieron en su entorno para calificarlo de esta manera. La primera, y que podría explicar todas las demás, es su posible parentesco –tal vez hijo– con Dionisio Villarello que el año anterior había dejado de ser gobernador del Estado. También fueron importantes sus relaciones personales. El certificado de estudios expedido en 1876 por el Instituto Literario del Estado de México ¡incluía su fotografía! Práctica que comenzaría a generalizarse veinte años más tarde, lo que supuso entonces, por lo menos, un importante desembolso de recursos con los que sí contó Villarello; circunstancia distinta de lo que cuentan muchos de sus

[35] González, *El derecho civil*, pp. 127-130.

colegas de esos años. Tal vez por ello, en la breve parte introductoria de su examen no hizo ningún comentario alguno sobre privaciones o cuestiones económicas, como lo hicieron incluso los aspirantes que le acompañaron en el decreto que los dispensó para examinarse antes del tiempo previsto y eximirlos de concluir con algunas materias.[36] También le favorecieron las relaciones que mantenía con juristas de la talla de Pedro Ruano que le extendió dos certificados, uno de estudios y otro de asistencia a su estudio para practicar en la ciencia del derecho; personaje que a la postre sería el presidente del segundo de los jurados que evaluó sus aptitudes. Situación que explica en cierta forma que este sinodal, de forma poco usual, fuera tan elogioso en el desempeño del examen de Villarello. El sínodo acordó "sin discucion alguna" [*sic*] recomendarlo al Tribunal del Estado "por lo brillante de su examen en que manifestó una instruccion no comun y notable y que revela la asiduidad y empeño con que ha consagrado al estudio su clara inteligencia"; juicios que no eran en absoluto frecuentes en las actas de evaluación de esos años. Pero el asunto se tornó más atípico, por no decir extraño, porque el examen escrito no fue de ninguna manera sobresaliente si se le compara con otros de la misma época; podría decirse, incluso, que apenas cumplió con las formalidades pero nada más. Pudo suceder que el jurado se refiriera a la exposición oral que hizo, sólo así podrían justificarse tales elogios o, en última instancia, que por conocerlo de tiempo atrás y sabiendo de sus capacidades, Pedro Ruano interviniera para hacerlas constar. Aunque esto último es menos probable porque la evaluación "debía limitarse al examen escrito y a su réplica oral. Así, lamentablemente para el prestigio de Villarello y de su exposición o de lo que pudo

[36] Junto con Felipe Villarello estuvieron en el decreto Guadalupe R. Inclán, Federico Inclán, Trinidad González, Carlos A. Martínez, Enrique Morales, Luis Cano y Rodríguez, Trinidad M. Murguía y Carlos Legorreta. Y con excepción de los últimos dos se tienen los exámenes de los demás y en todos ellos aparece su fotografía, hecho que no se dio en otros exámenes del mismo año ni de años posteriores sino hasta entrado el siglo XX cuando se convirtió en práctica común. Seguramente se hubiera visto mal que sus otros compañeros no aparecieran fotografiados igual que él. A Villarello se le dispensó concluir "segundo año de Inglés, Alemán, Elementos de Historia Natural, Historia de México y Elementos de la General, Geografía, Cronología y Música vocal e instrumental"; Decreto núm. 118 del Congreso del Estado de México, *La ley. Periodico Oficial del Estado Libre y Soberano de México*, t. IV, núm. 112, viernes 17 de septiembre de 1875; "El C. Felipe Villarello solicitando recibirse de abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

decir en su favor el propio Ruano no se levantó ningún registro; ahora sólo queda interpretar las evidencias que se conservaron, las cuales, lamentablemente, no pueden ser muy favorables.

Para su examen escrito a Felipe Villarello le pidieron que formulara un proyecto de sentencia sobre un caso de infanticidio, sucedido en el pueblo de Tlachaloya. En este documento aparecen cambios evidentes en el discurso si se le compara con los exámenes ya expuestos pero que no fueron privativos en él sino que formaban parte de las transformaciones que ya se estaban viviendo en esos años. Se trata de una redacción puntual, hasta cierto punto parca y apegada completamente a lo establecido en el código penal y aun cuando siguió refiriendo a las viejas disposiciones como las partidas y el fuero juzgo, parece que lo hacía más bien con el ánimo de contrastar y de dejar evidencia que los conocía porque finalmente es conforme a los artículos del código penal que emitió su sentencia.

> [...].
>
> Hecha ya esta ligera reseña de la causa, paso á la sentencia, la que es mi humilde concepto debe ser la siguiente:
>
> Almoloya, febrero 18 de 1876
>
> Vista esta causa seguida de oficio contra M. Catarina por infanticidio, y haciendo, y teniendo presente: 1o. que la existencia del cuerpo del delito esta plenamente probada por la inspeccion judicial del cadaver de la criatura, y por la declaracion pericial de dos medicos que declararon que la muerte le fue producida por la asfixia que le causó la extrangulación: 2o. que aunque Maria Catarina intentó escepcionarse del delito, diciendo que su hija habia muerto á consecuencia de un golpe que al nacer habia recibido, no pudo sostener tal aserto, y al fin confesó que ella extranguló á la criatura una hora despues de su nacimiento: 3o. que la confesión de la reo está adminiculada con diversas constancias del proceso que indican claramente la criminalidad de M. Catarina, por lo que la confecion debe reputarse como una prueba perfecta y bastante para imponer la pena ordinaria del delito: según lo dispone la ley 5ª, tít. 13, part. 3ª, vers. "Pero si algun home y lo enseña la generalidad de los tratadistas: Considerando: que el artículo 127 del código penal, permite que se aplique al hecho criminoso una ley posterior á su comicion siempre que la pena q. esta imponga sea menos severa que la establecida por la ley vigente al tiempo de perpetrase el delito: que en este supuesto debe aplicarse al caso la pena que determina el Código Penal, y no la establecida por la ley 7ª, tít. 3º, lib. 6º, del fuero Juzgo, que es la de muerte. Considerando que el delito de que se trata en esta causa, debe considerarse cometido sin circunstancias agravantes ni atenuantes: no con las primeras, porque nada hay que autorice para creer que M. Catarina tuvo premeditación de cometer el delito: que tampoco debe tomarse en cuenta la alevosía y la ventaja, porque tales circunstancias son *inherentes* al delito de infanticidio, según lo dispone el art. 903 del Código Penal, y que por lo mismo ellas no deben tomarse en cuenta para reagravar la PENA, por decirlo así el art. 25 del propio Código: que tampoco hubo circunstancias atenuantes generales ni particulares del delito porque aunque la reo dice haberlo cometido por temor de que su padre la castigara si hubiera visto al niño; no es de creerse que tal temor existiera en efecto, puesto que no era misterio para el padre el embarazo de su hija, según resulta comprobado con la declaración de ambos: Considerando que el art. 906 del Código Penal establece la pena de cuatro años de prisión para la madre que consta el delito de infanticidio, y que, según lo dispuesto en el art. 907 del propio codigo, esa pena debe aumentarse en el caso con dos años más de prisión por faltar dos de los circunstancias que exige el referido art. 906 porque ni podía tener buena fama la muger que sin haber sido casada, se encontraba públicamente en estado de embarazo, ni ocultó este. Por los fundamentos de hecho y de derecho que quedan expresados, fallo. 1. Se condena á Maria Catarina á seis años de prisión, contados desde el día 20 de enero de 1874, en que se le declaró bien presa. 2o. Hágase saber, y previa citación remítase esta causa al Tribunal. Superior para su revisión. Yo el C. N.N. juez de 1ª instancia de este Distrito, por este auto, definitivamente juzgado, así lo decreté, mandé y firmé. Doy fé.

Para 1883 solicitó su examen de abogado Amado Crotte y Camacho.[37] Poco se sabe de este personaje, pero, para su época y al menos para la capital del Estado de México, fue un personaje importante. Con el tiempo se convirtió en miembro constante del selecto cuerpo de sinodales que aplicaba exámenes a los aspirantes de abogado y sólo ese hecho significaba que perteneció a la elite no sólo de su gremio sino de la política en la entidad. El hecho de que por las manos de ese cuerpo colegiado hubieran pasado quienes tarde o temprano formaron parte de la vida en el foro y en la política de la entidad, varios de ellos en los puestos más destacados y de que Crotte lo presidiera en distintas ocasiones, así lo demuestran.

A Crotte se le pidió que resolviera en primera instancia un asunto penal. Una causa instruida contra "Silviano y Martiniano Jaymes" por

[37] "Sobre que se admita á examen de Abogado al C. Amado Crotte y Camacho", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

homicidio en la persona de Rafael Arce que fue encontrado herido en un paraje del Distrito de Sultepec y que posteriormente murió como consecuencia de ello.

Al menos en un punto, el examen de este aspirante tiene una importante significación en el largo plazo. Introdujo una palabra que puede interpretarse como uno de los antecedentes de lo que fue hasta hace pocos años la forma dominante para titularse en las escuelas y facultades de derecho. Sin descuidar los acostumbrados usos y formas establecidas para esta clase de documentos, al inicio redactó una cuidadosa "parte introductoria" donde narraba las ya sabidas dificultades que había experimentado para lograr sus estudios así como lo limitado de sus conocimientos. Enseguida señaló literalmente: "Entro pues en materia; y para ello dividiré mi *tesis* en dos partes. Primero. Haré el extracto de la causa.... Segundo. Formularé la sentencia que á mi juicio debe pronunciarse..." (cursivas nuestras). Esta exposición, en una época donde el positivismo dominaba el discurso no podía ser accidental, tenía que referirse a la búsqueda de la aportación racional y científica. Pero además, hay que reiterarlo, constituye una de las evidencias más lejanas que se hayan localizado hasta ahora sobre la acostumbrada y desde hace tiempo anacrónica forma de titular –todavía en la actualidad– a los licenciados en derecho en la universidad del Estado; práctica también extendida a otras disciplinas y a buena parte de las universidades públicas del país.

La descripción del aspirante Crotte fue muy similar a la de Villarello, en lo que se refiere al discurso puntual, y apegado a las disposiciones penales vigentes, principalmente del código penal y de procedimientos correspondiente pero a diferencia de aquel, Crotte fue prolijo y cuidadoso en lo que llamó contradictoriamente el "extracto" de la causa. Tal vez en esos momentos no contaba con la suerte o ventajas que tuvo Villarello y se empleó a fondo para causar buena impresión. Amén de que los estilos personales de los aspirantes influyeran en estos aspectos.

> Sentencia Sultepec, diciembre primero de mil ochocientos ochenta y tres. [...] contra Martiniano y Silviano Jaimes [...] por el homicidio perpetrado en la persona de Rafael Arce [...]: vistas las diversas constancias que forman el sumario, lo alegado y probado por el defensor de los acusados, c. Cayetano Gomez con la citacion para sentencia y todo lo demas que sostuvo

> presente y ver convino [...]. Resultando 3°: que lograda la aprehension de Martiniano Jaimes declaró en su preparatoria que nada habia visto respecto de las heridas de Arce ni sabia quien las hubiera causado, [...] Resultando 4°: que en trece de febrero se presentó voluntariamente Silviano Jaimes el que declaró [...] que se presentaba espontáneamente para que se le juzgase por las heridas que había inferido á Rafael Arce, la noche del treinta de Enero: [...]. Considerando: [...] el certificado de autopsia practicada por el Médico [...] en el que Clasifica las lesiones de mortales y con cuya clasificación estuvieron conformes los facultativos [...] y que [...] el Juez da fe de cuerpo muerto con lo que ha quedado comprobado plenamente el cuerpo del delito, [...]. Considerando 2°: que Silviano Jaimes ha hecho la confesión [...]: que esta confesión hace prueba plena según lo prevenido en el art. 385 del cód. de proc. en mat. crim., [...], se ha hecho, por persona mayor de diez y ocho años como es el reo, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, que es de hecho propio y ánte juez competente viniendo además acompañada de presunciones bastantes para hacerla verosímil, [...]. Considerando 3°: que apreciendo fundado por las razones espuestas, que Silviano Jaimes es el responsable del homicidio no hay motivo bastante para inculpar á Matiniano Jaimes del mismo hecho, [...]. Considerando 4°: que conforme al art. 876 del Cod. pen. todo homicidio que no sea casual es punible cuando se ejecuta sin derecho y que el que nos ocupa en el presente caso debe considerarse además con ventaja, supuesto que por el art. 881 frac. 4ª del mismo Código la hay cuando el adversario se halla caído y el agresor en pié: [...] y siendo de advertir que las lesiones en general han tenido la clasificación de mortales –fs 55– Considerando 5°: que clasificado el delito es necesario atender á las circunstancias que atenuan la responsabilidad del hecho y que estas son: la ebriedad incompleta de quinta clase art. 36, frac. 5ª, Código Penal; la confesión con presentación voluntaria del reo de tercera clase artículo 2° Dec. No. 14 de 2 de Mayo de 1877 y el perdon de sesta clase art 37, frac. 3ª, Considerando 6°: [...]; y que habiendo confesado que el homicidio lo perpetró en riña á esta circunstancia se debe atener el Juez para aplicarle la pena señalada en el art. 896 del Código Penal en la frac. 1a. Considerando 7°: que respecto del robo de los dos pesos no se ha probado la preesistencia [...] no debe ir adelante el procedimiento sobre ese punto por falta de base conforme al art. 99 del Cód. de proc en mat. crim. Por los fundamentos legales antes espresados y juzgando definitivamente fallo: Primero se condena al reo Silviano Jaimes por el homicido de Rafael Arce [...] á sufrir la pena de tres años doscientos diez y nueve días de presidio á que queda reducida la pena media por virtud de las atenuantes y los que se comenzará a contar desde el catorce de febrero último fecha del auto de formal prision. Segundo Se absuelve del cargo á Martiniano Jaimes por el propio delito de homicidio de que era inculpado. Tercero. Se sobresee en cuanto al robo de dos pesos de

> que el occiso hizo mención imputándole á Martiniano este delito. Cuarto. se le dejan sus derechos á salvo á la viuda del occiso para que lo haga valer en cuanto á la responsabilidad civil en el tiempo que lo crea conveniente, en la forma y ante las autoridades respectivas. [...].

Finalmente, en 1905, se presentó para titularse de abogado el aspirante Sebastián Vilchis Barbabosa. A diferencia de su antecesor y por lo poco que se sabe de él no parece que después, en el mundo profesional, alcanzara las mismas luces e influencias; a pesar de su connotado apellido materno. De forma colateral al tema jurídico, vale señalar que en su expediente se aprecia claramente cómo poco a poco el uso de la máquina de escribir comenzaba a imponerse sobre los documentos manuscritos. Para la época, la introducción y generalización de esta máquina significó la segunda gran explosión documental que, por un lado, facilitó la difusión de las ideas pero, por el otro, multiplicó los problemas de la administración de los documentos.

A Sebastián Vilchis se le propuso como examen escrito proyectar una sentencia en segunda instancia sobre una "jurisdicción voluntaria, pidiendo autorización judicial para la permuta de bienes" de la menor Francisca Esquibel (*sic*). Las herederas Elena y Virginia Vilchis Valdés querían hacer un contrato de permuta con el tutor de Francisca Esquibel, Odilón Ordóñez. El problema fue que esa transacción fue rechazada por el juez en primera instancia en virtud de que las casas de las Vilchis, pertenecientes a la sucesión de su padre, no tenían un precio similar al del terreno de la tutorada. En el transcurso de la amplia y puntual descripción que hizo el aspirante de la secuela procesal, se observa que las Vilchis aceptaron pagar en dinero la diferencia que había entre los bienes a permutar, de acuerdo con lo establecido por el juez. Era bajo este contexto que debía proyectarse la resolución de la apelación.

El proyecto, en su parte expositiva, fue presentado bajo el formato de "resultandos" y "considerandos", tres y tres respectivamente, el cual que ya había alcanzado carta de naturalización en el ámbito del foro. En los "resultandos" se señalaba básicamente que las partes se habían presentado ante el juez para realizar la permuta; que el contrato beneficiaba a la menor de edad Francisca; que las hermanas Vilchis, además de entregar las casas que originalmente dieron paso a la permuta, pagarían los más de siete mil pesos que había en favor de aquella por la diferencia del valor de los bienes permutados. En los considerandos que conforme al art. 226 del Código de Procedimientos Civiles, que establecía que la sentencia debía ser congruente con la demanda, la sentencia dada en primera instancia era incongruente con lo solicitado; que de acuerdo con el artículo 1912 del mismo Código, que retomaba el viejo principio de que dos testigos que cumplieran ciertos requisitos hacía prueba plena, y que habiendo declarado tres en el sentido de la conveniencia de la permuta a la menor de edad, más la opinión del "Consejo de familia" en términos de que debía autorizarse la celebración de ese contrato. "Por los fundamentos expuestos. Primero. Se revoca la resolución... por la que el inferior negó su autorización al contrato de permuta, se declara que es procedente se autorice" la realización de la permuta.

De este proyecto pueden observarse dos cuestiones muy claras, una de forma y otra de fondo. La primera está relacionada con el hecho de que el proyecto se había alejado completamente de las viejas argumentaciones y, fiel al momento que le tocaba vivir, se apegó únicamente al código civil de procedimientos en su fundamentación jurídica. La cuestión de fondo está relacionada con un asunto de justicia. Parece que al aspirante Sebastián Vilchis le preocupaba más aparecer como un "riguroso" aplicador del derecho codificado que ser un actor determinante y equilibrador de las inequidades sociales; seguramente su argumentación jurídica, apoyada por los códigos era correcta, pero a todas luces se aprecia los beneficios injustos y tramposos que querían obtener el tutor y el representante de la sucesión. Era claro que gracias a la intervención del juez de primera instancia, en una sentencia que sí se dio en la realidad, no se había podido –todavía– concretar el despojo disfrazado de permuta. No obstante, más lamentable aun es que para el cuerpo colegiado que le tocó evaluar este último examen y la exposición oral del aspirante tampoco fuera relevante el tema de la justicia; el hecho de que lo aprobaran por unanimidad de votos así permite suponerlo.

III. Casuismo vs codificación: ¿fin del arbitrio?

Tal vez sea un poco tramposa esta pregunta porque desde hace tiempo se sabe que finalmente, después de varias décadas y muchos esfuer-

zos, la consolidación de los códigos en el país y en los estados no se tradujo en el fin del arbitrio. Sin embargo, ver un caso ejemplar que comprueba una vez más puede resultar ilustrativo.

Por una curiosa y afortunada coincidencia que se dio en 1876 se puede apreciar de cerca cómo se vivió en el mundo del foro del Estado de México el cambio entre el casuismo y la codificación. Los jóvenes Luis Cano y Rodrigz. y Trinidad González, junto con otros ocho aspirantes, fueron autorizados por el decreto 42 local de ese año para concluir sus estudios de jurisprudencia con anticipación a lo establecido por la ley y, además, se les dispensó cursar en cada caso distintas materias de sus estudios preparatorios y profesionales.

Independientemente de lo afortunados, lo interesante del caso es que a estos dos aspirantes ¡les encargaron preparar como tercer examen un proyecto de sentencia en segunda instancia sobre el mismo expediente! Muy posiblemente esto se debió al descuido e irresponsabilidad del Fiscal del Tribunal Superior del Estado; era en su ámbito de actuación donde se tenían que entregar estos documentos. Parece difícil pensar que en esa coincidencia hubiera una intención deliberada. No se conoce ninguna otra situación similar que permitiera pensar lo contrario. Pero esta circunstancia tan particular permite contrastar y comparar los planteamientos de cada uno de los aspirantes y hacer algunas aproximaciones sobre la manera de juzgar en esos años.

En efecto, el proyecto que les entregaron trataba de un caso de heridas donde Darío Luna en 1875, juez auxiliar de Coatepec, en el Distrito de Chalco, fue sentenciado: 1o. a un año de prisión, 2o. al pago de las curaciones y 3o. destituido del cargo por dar unos cintarazos con su espada a Bernardo Ayala como consecuencia de que lo desobedeció para cubrir "el servicio de ronda".

El aspirante Luis Cano, en marzo de 1876, presentó ante el Tribunal los documentos requeridos para aspirar al examen de abogado: constancia de haber estado tres meses de práctica en un juzgado civil; constancia de haber estado un año de práctica en el despacho del prestigiado catedrático del Instituto Pedro Ruano y otra de haber estudiado con él algunas materias de derecho;[38] certificado de haber

[38] Elementos de derecho constitucional, administrativo, internacional y marítimo, historia del los tres derechos, principios de legislación y legislación comparada, "El C. Luis Cano Rodrigz. Solicita billete para recibirse de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*.

presentado exámenes extraordinarios de algunas materias expedido por el Instituto Literario;[39] certificado de estudios profesionales de jurisprudencia del mismo Instituto[40] y un impreso del periódico oficial del Estado *La Ley* de septiembre del año anterior, donde constaba que él, junto con otros nueve aspirantes, eran beneficiados con algunas dispensadas para optar por su titulación como abogados.

El aspirante Trinidad González se presentó un mes después y acompañó a su solicitud documentos similares, es decir, los certificados de haber realizado sus prácticas en el juzgado y en un despacho de abogado, amén de haber cursado allí las mismas materias para la carrera, un certificado de estudios profesionales de jurisprudencia y el impreso del periódico *La Ley*. La única diferencia con Cano es que a él sólo le dispensaron algunas materias de los estudios preparatorios porque ya había aprobado algunas previamente.[41]

En otro momento habrá que detenerse a estudiar con más calma a los diez aspirantes que estuvieron incluidos en el decreto 42, porque Pedro Ruano, litigante exitoso y profesor del Instituto Literario, miembro constante de los sínodos que examinaban a los aspirantes así como Ruperto Portillo, titular del juzgado primero de lo civil en

[39] A este alumno se le dispensaron los estudios preparatorios con excepción de gramática latina de Juan de Iriarte, traducción en prosa y verso de cualquier texto, análisis y medida de los versos, y lógica, "El C. Luis Cano Rodrigz. Solicita billete para recibirse de Abogado", Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*. Esas materias correspondían a los estudios preparatorios y estaban establecidas en el artículo 2o., frac. 2a. de la *Ley Orgánica del Instituto Literario del Estado de México* de 19 de octubre de 1872, decreto 42, t. XII, Téllez, "Compilación de Decretos".

[40] Primer año de jurisprudencia: elementos de derecho natural por Heinecio, tratado de matrimonio en la obra "Instituciones de derecho canónico" de Cavalario, "Resumen de historia del derecho canónico" en la obra de Falck. Segundo año: el libro 1o. y el tít. 1o. del libro 2o. de "las Instituciones de Justiniano comentadas por Arnoldo Vinnio y comparadas con las disposiciones de derecho español y particularmente con el Código Civil del Estado" y el derecho de gentes de Vattel. Tercer año: los títulos del 21 al 28 y el título 6o. del libro 4o. "de las Instituciones de Justiniano…", las setenta primeras leyes del Digesto comentadas por Bronchorst (?) y "traducidas y comentadas con nuestro derecho patrio" por el profesor Pedro Ruano. Cuarto año: los títulos del 2o. al 16o. "de las Instituciones de Justiniano…", "El C. Luis Cano Rodrigz. Solicita billete para recibirse de Abogado", Téllez, y López Fontes, 2003. Los estudios de abogado estaban regulados por el artículo 11 de la *Ley Orgánica del Instituto Literario del Estado de México* de 19 de octubre de 1872, decreto 42, t. XII, Téllez, "Compilación de Decretos".

[41] Según el decreto núm. 42 a este alumno se le dispensó de las siguientes materias: química, geografía, historia, gramática general, inglés, alemán y raíces griegas, t. XII, Téllez, "Compilación de Decretos".

Toluca, capital del Estado, y por lo tanto también influyente en el ámbito jurisdiccional, estuvieron "coincidentemente" involucrados con varios de esos aspirantes otorgándoles las constancias que requirieron. Y como si esto no bastara, no hay que olvidar que Felipe Villarello, tal vez hijo del gobernador, y Luis Ruano –¿hijo del propio Pedro Ruano?– también estuvieron incluidos en ese decreto. ¿Estas aparentes coincidencias muestran que estamos frente a familias de abogados donde hijos y amigos se beneficiaron para alcanzar rápidamente el título? ¿Y si así era por qué no también beneficiarse en el ámbito del foro donde jueces y litigantes estaban ligados por distintos intereses? Habrá ocasión en el futuro de avanzar sobre estas cuestiones.

De regreso a la comparación entre los exámenes, Luis Cano, en la parte introductoria y conforme a los parámetros acostumbrados, intentó conmover y convencer a los sinodales de las dificultades y escaso conocimiento con los que se presentaba, pero agregó otro elemento que también se esgrimía de forma recurrente en esos años: estudiaba jurisprudencia con la intención de ascender socialmente, "con la laudable intención de instruirme y de mejorar mi estado social y de proporcionar una halagueño porvenir á mi numerosa familia", escribió emocionado. En la parte expositiva fue amplio, exhaustivo y claro, por ello, al final de esta parte expositiva señalaba, "parece que pueden plantearse las cuestiones siguientes…" ¿Estaba comprobado el delito? "…no cabe duda en que está plenamente comprobado el delito y el autor de el… y asi es conforme, con las leyes 2, tít. 12, Par. 3a., 32 tít. 16,[42] de las mismas y doctrinas del Sr. Escriche Diccionario de Legislación palabra cuerpo del delito".[43] ¿El agresor también era responsable? Lo era en lo civil y criminal. ¿Las circunstancias agravantes y atenuantes dejadas por el juez de primera instancia para que fueran valoradas por el Tribunal Superior fue una buena decisión? No, porque "están marcadas en el articulo 29, frac. 11; 30, frac. 5a.; 34, frac. 4a. y 35, frac. 2a. del Código Penal sin que tenga aplicación

[42] En *Partidas* 3, 12, 2 se señala que las preguntas que podía hacer el juzgador en un juicio debían pertenecer al hecho o a la cosa sobre la que versara el pleito; en *Partidas* 3, 16, 32 que debían ser dos los testigos ideales para probar, Rodríguez, *Pandectas*.

[43] El *Diccionario* de Escriche sí contiene la voz "cuerpo del delito" y da una larga explicación de esta figura; *idem*, 1996.

el artículo 39 del propio código en que se funda el inferior…".[44] "Por lo espuesto… el fallo inferior debe reformarse en su primera parte resolutiva, disminuyéndose en dos decimas partes la pena de un año de prisión" confirmándose la 2a. y 3a. Y para terminar agregó breve pero sentidamente: "Esta es la resolución que yo he podido dar al caso… si ella no es acertada tengo siquiera la conciencia de haber estudiado cuanto me ha sido posible y ahora a vuestra indulgencia toca, CC Magistrados, decidir sobre mi suerte y la de mi numerosa familia".

Y efectivamente la resolución que dio Cano no fue acertada o la indulgencia de los magistrados no fue tanta como la pedía, por lo menos, no lo suficiente porque al menos dos lo reprobaron, la votación fue de cinco a favor y dos en contra. Sin embargo, hay que recordar que ese convencimiento no se refería únicamente al examen sino que era la consecuencia de la evaluación de este documento y de las respuestas que el aspirante diera a los sinodales en una exposición oral. En los dos exámenes anteriores tuvo mejor suerte, fue más eficiente o sus sinodales fueron más generosos porque lo aprobaron por unanimidad. En cualquier caso, pocos años después la vida lo compensaría de este disgusto, en 1883 fue nombrado magistrado suplente en el Tribunal Superior de Justicia; [45] seguramente después sería titular.

Por su parte, Trinidad González en su examen escrito argumentó –como todos– en la parte introductoria sus escasos conocimientos y "que no tenía las luces necesarias" para aspirar al título de abogado "que me proporcione una posición social" pero que principalmente lo animaba "el porvenir de mi familia". Fue también amplia y puntual su descripción sobre el expediente, aunque se aprecia una mejor exposición porque, previa a formular propiamente su proyecto de sentencia hizo varios considerandos, de la forma que poco a poco se abría paso en la práctica de los tribunales, y no haciendo preguntas como Cano: que la comisión del delito estaba probada por la confesión "del agresor", los testigos, la fe judicial, el certificado del médico, que la lesión no puso en peligro la vida de la víctima; "considerando cuarto: que el art. 555 del Código de procedimientos judiciales en

[44] *Código Penal del Estado de México* de 1875, t. XII, Téllez, "Compilación de Decretos".

[45] Decreto 6 de 10 de abril de 1883, t. XVII, Téllez, "Compilación de Decretos".

materia criminal derogó la frac. 2a. del art. 934 del Código Penal, siendo aquella disposición aplicable al caso, no obstante que este tuvo lugar antes de la vigencia del Código de Procedimientos, atenta la frac. 3a. del art. 3o. del Código Civil.[46] Considerando quinto" que las circunstancias agravantes de tener un cargo en el juzgado "aumentarían á lo mas el doble de la pena que la ley señala, conforme al artículo 46 del Código Penal; y el reo ha sufrido con exceso más del doble de dicha pena. Con fundamento de los artículos citados y de los 200, 205, 208 y 221[47] del repetido Código Penal. Se revoca la sentencia del inferior [prisión de un año y destitución]; y se da por compurgado al propio Luna con la prisión sufrida", condenándolo a pagar los gastos de curación y dos y medio reales por cada día que tardó en sanar el agredido. Enseguida concluyó manifestando su temor por no haber acertado en su proyecto y por las preguntas que le formularían pero que lo animaban la bondad de los sinodales "y el ardiente deseo de atender con el producto del trabajo de mi profesión á las necesidades de mi desgraciada madre y pobres hermanos".

Para los sinodales que evaluaron a Trinidad González su examen escrito, su exposición oral y las respuestas que dio a sus preguntas fueron suficientes para aprobarlo por unanimidad de votos en su tercer examen; los dos exámenes previos también los aprobó en las mismas circunstancias.

Del contraste de ambos expedientes se pueden desprender por lo menos los siguientes comentarios. En la parte introductoria y final Trinidad González repitió prácticamente las mismas ideas que Luis Cano; ambas se apoyaron, en esencia, sobre la base de dejar la responsabilidad moral del sustento de sus familias a los sinodales, lo cual, además de abusivo, parecería sospechoso porque podría pensarse que los dos proyectos se construyeron sobre una especie de molde previo, cambiando solamente el orden de la redacción y añadiendo algunas frases distintas en cada caso. Sin embargo, en la parte expositiva

[46] *Ley Orgánica de los Tribunales del Estado y de Procedimientos Judiciales,* t. VI; *Código Civil del Estado de México* de 1870, t. VIII; *Código Penal del Estado de México* de 1875, t. XII, Téllez, "Compilación de Decretos".

[47] Para no hacer una transcripción literal de cada artículo sólo se menciona su contenido. El art. 200 se refería a la reparación económica que debía hacer el delincuente por los daños causados; el art. 205 a los elementos que conformaban la indemnización; el art. 208 a que era la autoridad la que determinaba la responsabilidad civil; y el art. 221 a que quien sufría heridas que le impidieran trabajar podía recibir el pago de curaciones, salarios, etc., tomo XII, Téllez, "Compilación de Decretos".

esta idea se desvanece completamente porque a pesar de tratarse de un delito menor de lesiones, acompañado de un probable abuso de autoridad, es muy revelador que ambos, a pesar de haber estudiado en los mismos años, con los mismos programas y profesores, así como apoyados por las mismas personas, únicamente coincidieron en modificar la sentencia de primera instancia pero arribaron a conclusiones distintas con argumentaciones distintas. Particular también resulta que ninguno hiciera referencia a los mismos artículos ni a la sección 49 del Código Penal que abordaba las "lesiones y heridas", las cuales iban del artículo 924 en adelante, salvo por la rápida mención de González al art. 934, frac. 2a., sólo para declararla derogada.

Cano sustentó su argumentación en una especie de compás jurídico, apoyando un pie en el derecho previo a la codificación y el otro en el código penal, como podría pensarse que correspondería a un abogado de la transición mientras que González formuló su proyecto ya instalado por completo en la otra orilla, sustentándose únicamente en los códigos. Esto último, posiblemente a los ojos de los evaluadores pudo ser mejor ponderado y pesar al final en la votación. No hay que olvidar que después de varias décadas de intenso debate, lograda la promulgación de los códigos en el país y en el Estado, el hecho de que González abandonara por completo el derecho del casuismo significaba que cumplía con la aspiración de buena parte del pensamiento jurídico de la época y además, con el argumento de que la pena de prisión había excedido ya lo que desde su punto de vista disponía la ley pero sin perder de vista la indemnización que debía otorgarse, lo ubicaban en una posición de avanzada, al privilegiar lo que después la doctrina conocería como la reparación del daño. Y por último, más allá de lo convincente o no de los argumentos, lo que revelan ambos proyectos de sentencia de forma contundente eran las diferentes interpretaciones que del propio derecho penal codificado pudieron hacer Luis Cano y Trinidad González, es decir, a partir de este ejemplo queda claro lo que ya se sabía pero que hay que seguir documentando. Si bien es cierto que con la aplicación de los códigos se pretendía reducir los márgenes del arbitrio judicial, como desde hacía varias décadas lo ambicionaron los juristas más destacados, el juzgador, en última instancia, no podía renunciar a la interpretación de la ley y eso, sin discusión, era uno de los componentes del arbitrio judicial, disminuido y acotado, en efecto, pero parte al fin. Con

ello queda otra vez evidenciado que la codificación no podía lograr, como lo deseaban sus más radicales defensores, que el juzgador se convirtiera en un simple aplicador de la ley.

IV. Comentarios finales

Al final de estas líneas se pueden apreciar algunos avances en la investigación. Ahora se conocen los nombres de un buen número de abogados que obtuvieron el título en el Estado de México y que ejercieron allí su profesión en distintos cargos; unos más destacados que otros pero finalmente licenciados en un momento y en un espacio donde hacían mucha falta para llenar los espacios de una administración pública que quería profesionalizaras en todos los órdenes y para satisfacer las necesidades de una sociedad que demandaba ser representada por abogados en los tribunales para resolver institucionalmente sus diferencias en el orden civil; en el orden político, por largo tiempo, intentaron resolverlas por la vía de las armas.

Las variadas y difíciles circunstancias que afectaron al país durante buena parte del siglo XIX repercutieron indudablemente en los esfuerzos hechos por la autoridad pero, a pesar de todo, no lograron frenarla por mucho tiempo en sus intenciones de formar a los profesionales del derecho que la entidad requería. El gobierno prácticamente desde sus inicios intentó, sin conseguirlo a plenitud en los hechos, asumir la formación de los abogados y de la educación en su totalidad como una política de Estado. Además de conservar casi intactos los requisitos establecidos desde la época colonial para licenciarlos, hizo lo posible por crear las condiciones, dentro de las dificultades propias de la época, para lograr que los aspirantes desahogaran lo antes posible los trámites y pasos para ser abogados. Los números que se tienen a la mano dan muestra clara de que estos esfuerzos dieron buenos resultados. También pudo observarse el especial interés que el derecho civil tenía para las autoridades por encima del derecho penal y del derecho mercantil; su largo desarrollo desde la época de los romanos le permitió convertirse en el tronco del cual se desprenderían las otras ramas del derecho, así que para el siglo XIX todavía se seguía pensando que quien sabía derecho civil sabía derecho.

Y si bien es cierto que al final del siglo aumentaron de uno a tres los exámenes establecidos por la autoridad para titularse, seguramente

con el afán de mejorar la preparación de los noveles juristas, también lo es que, por lo menos en una ocasión, se aprecie con facilidad cómo los lazos de amistad y muy posiblemente de familia sirvieron para allanar el camino de ciertos personajes; la construcción de redes de intereses, vinculadas por los parentescos o por la amistad no fueron una novedad –como no lo son ahora– pero sí resulta ilustrativo descubrirlas para entender mejor el funcionamiento del Estado y de la sociedad de esos años.

Otra práctica que también se observa y que fue en detrimento de la preparación de los aspirantes fue la resistencia a reprobarlos; cumplimentar los requisitos y obtener el pase para presentar el examen o exámenes prácticamente garantizaba la obtención del título. En los expedientes que se revisaron nunca hubo un reprobado; apenas un aplazado, que en una segunda oportunidad logró titularse sin mayores contratiempos, y unos cuantos aprobados por mayoría de votos. El resto de los aspirantes aprobaron por unanimidad, la cual, al menos en dos de los siete casos comentados expresamente aquí podría ser cuestionable. El favoritismo y la parcialidad en un caso y un posible acto de injusticia en otro dejan serias dudas a un lector atento y desinteresado, incluso alejado del mundo jurídico de la época.

Por supuesto que uno de los temas de mayor importancia para el periodo está relacionado con el proceso de codificación. Su consolidación en la década de los setenta de ese siglo llevó varias décadas y significó, en el fondo, el triunfo del racionalismo y el positivismo en el derecho. Además de otras circunstancias que se dieron en esos años, la suspensión prácticamente definitiva de que discutieran algún tópico de la jurisprudencia después de 1836 para limitarlos a la elaboración de proyectos de sentencia en primera o segunda instancia sobre casos reales estaba relacionado con su preparación para actuar en el foro, bien como juzgadores o como defensores de alguna de las partes, paso sustancial para hacerlos aplicadores del derecho, técnicos, uno de los reclamos más caros de la codificación.

Por su parte, la profesora María del Refugio González señalaba hace algunos años que los "abogados y juristas de la época anterior a la culminación del proceso de transición necesitan saber derecho para plantear y resolver los asuntos jurídicos, los de la época posterior sólo necesitaba saber el texto de los códigos. La Ley fue sustituyen-

do al arbitrio judicial, las sentencias debieron basarse en los textos legales".[48] Las evidencias que aquí se presentan parecieran indicar que estas afirmaciones tendrían que matizarse, sobre todo en la primera parte. Las discusiones que hicieron los aspirantes, independientemente de su juventud y del tema o asunto que tuvieran que plantear, parecían más bien trasuntos de moldes y de formas fraguadas de tiempo atrás, a golpe de repeticiones y transcripciones los aspirantes y los abogados iban aprendiendo el discurso propio del momento que les tocaba vivir; las diferencias sustanciales que había entre los exámenes previos y posteriores a la codificación no parecen estar en que había más conocimiento jurídico en unos que en otros sino únicamente en el discurso dominante. Pero lo que parece más trascendente aun es comprobar una vez más que la transición del casuismo a la codificación no alcanzó su máxima pretensión: extinguir el arbitrio judicial. La intención de limitarle al juzgador la posibilidad de interpretar la ley no se logró en toda su dimensión; sí se acotaron sus márgenes y con ello las posibilidades de la arbitrariedad pero siguió conservando márgenes de interpretación. Aquella era una tarea imposible de lograr. No obstante, no puede tampoco negarse el avance fundamental que representó la utilización de los códigos; fue el quiebre entre una forma de juzgar –y entender al derecho– gestada desde la Edad Media y sustentada básicamente en el casuismo y el arbitrio judicial que se modificó lentamente hasta la llegada del siglo XIX, cuando en los años setenta de ese siglo logró la utilización de conceptos generales, racionales y lo más cercano a su literalidad, establecidos en cuerpos legales, que le dieron un nuevo rostro a la aplicación del derecho y al derecho mismo, el cual, con sus matices, sigue vigente hasta nuestros días.

[48] González, *El derecho civil*, pp. 136-137.

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
1.	Roberto González	s/t	20.	Luis Diez Bonilla	1827	39.	Vicente Ordosgoiti	1828
2.	Donaciano Mendoza y Castañeda	1823	21.	Miguel Prudencio Sagaseta é Ilurdóz	1827	40.	Agustín Díaz	1829
3.	Alonso Fernández (1,1824, 34) (3, 1857)		22.	Pablo Martínez	1827	41.	Bernardo María del Callejo	1829
4.	Bentito José Guerra (1,1824, 34)		23.	Francisco Barrera	1828	42.	Francisco Javier Valdez Cárdenas	1829
5.	José Ma. de Jáuregui (1, 1824, 34)		24.	Joaquín de la Peña y Medina	1828	43.	Joaquín Ruiz de Olloqui	1829
6.	Mariano Tamariz (1,1824, 34)		25.	José Antonio Alvarado	1828	44.	José Antonio Valdez	1829
7.	José Ma. Luis Mora	1825	26.	José Guadalupe Arriola (3, 1850)	1828	45.	José Ignacio Boneta (3, 1850, 55)	1829
8.	Sabino María Rivera	1825	27.	José María Angulo	1828	46.	José Ignacio Márquez	1829
9.	Anastasio Saavedra	1826	28.	José Rafael de Regil	1828	47.	Manuel Mamian y Mangino	1829
10.	José María de Aguirre	1826	29.	Juan Ruiz de Olloqui	1828	48.	Manuel Taboada	1829
11.	José Ma. Heredia	1826	30.	Lorenzo de Arellano	1828	49.	Miguel Torres y Artazo	1829
12.	Juan Rodríguez	1826	31.	Manuel de la Peña y Medina	1828	50.	Patricio Pérez	1829
13.	Luis Pereda	1826	32.	Manuel José Ruiz de Castañeda	1828	51.	Rafael Baz de Guzmán	1829
14.	Antonio Madrid (3, 1850)	1827	33.	Manuel Sánchez Hidalgo	1828	52.	Félix Valon de Rojo	1830

Continúa...

...continuación

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
15.	Arcadio José Pacheco	1827	34.	Mariano Amescua	1828	53.	Francisco María Beteta	1830
16.	Francisco Suárez Iriarte	1827	35.	Mariano Macedo	1828	54.	Joaquín Muñíz	1830
17.	Josef Ildefonso Amable y Guerra	1827	36.	Pedro Pérez Mamillo	1828	55.	José Francisco Serrano	1830
18.	José Lozano Villamil	1827	37.	Tirso Vejo	1828	56.	José Ma. Cora	1830
19.	Juan Bautista Lozano	1827	38.	Vicente Botello	1828	57.	Juan Estevan Milla	1830

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
58.	Manuel Beteta	1830	73.	Juan José Rosales (3, 1833)		88.	Juan María de Mirafuentes	1834
59.	Manuel Zea	1830	74.	Juan José Zamorano (3, 1833)		89.	Mariano Sánchez Aparicio	1834
60.	Anastasio de la Pascua	1831	75.	Juan Wenceslao Barquera (3, 1833)		90.	Mariano Solórzano	1834
61.	José María Lacunza (3, 1850)	1831	76.	Luis del Castillo Negrete	1833	91.	Manuel Diez de Bonilla (2, 1834)	
62.	José Victoriano Martinez	1831	77.	Pedro Jove (3, 1833)		92.	Manuel Tejada y Bosica (3, 1857)	1834
63.	Juan Rodríguez (Tiene homónimo en 1826)	1832	78.	Agustín Flores Alatorre	1834	93.	Nicolás Aragón (1,1834)	
64.	Luis Couto	1832	79.	Agustín Pérez Gavilán	1834	94.	Pedro González de la Vega	1834
65.	Pedro Diez Bonilla	1832	80.	Alejandro Villaseñor (1, 1849)	1834	95.	Pedro Maria Conejo	1834
66.	Vicente del Piélago	1832	81.	Cástulo Barreda	1834	96.	Rafael Zavala	1834
67.	Agustín Vallarta	1833	82.	Francisco Peñaflores (3, 1855)	1834	97.	José María Urguidi	1835
68.	Francisco Ruano (3, 1833)		83.	Gabriel Sagazeta	1834	98.	Manuel Ruiz de Castañeda	1835
69.	Francisco Verde y Fernández (3, 1833)		84.	José de Zúñiga y Ontiveros	1834	99.	Luis G. Chavarri (2, centralismo)	
70.	Joaquín Rodríguez España	1833	85.	José Gabriel Gómez de la Peña (3, 1834)		100.	Mucio Barquera (2, centralismo) (3, 1850)	
71.	José Ma. Esquivel (3, 1833)		86.	José González de la Vega	1834	101.	Francisco Couto	1836
72.	José Ma. Torres Cataño (3, 1833)		87.	Juan de la Porrilla	1834	102.	José María Andonaegui	1836

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
103.	Guadalupe Perdigón	1837	119.	Manuel Orozco Colmenares	1838	135.	Manuel Bustos	1840
104.	José Mariano Cevallos	1837	120.	Teodoro Bravo	1838	136.	Manuel Demetrio de la Viga	1840
105.	José Urbano Lavín	1837	121.	Teófilo Marín	1838	137.	Manuel María de la Sierra y Arroyo	1840
106.	Antonio Florentino Mercado	1838	122.	Vicente de Bustos	1838	138.	Remigio Mateos	1840
107.	Eugenio María de Aguirre	1838	123.	Epigmenio Archavala	1839	139.	Teófilo Sánchez (3, 1861)	1840
108.	Feliciano Sierra y Rosso	1838	124.	Francisco Rodríguez	1839	140.	Antonio Orozco	1841
109.	Francisco Sánchez Ovalles	1838	125.	José Maria Delgado	1839	141.	Fabián Ortiz	1841
110.	Francisco Villaseñor	1838	126.	Luis Nieves Rivas	1839	142.	Francisco de Paula Rivero	1841
111.	Gazpar Cortázar y Cortés	1838	127.	Esteban Soto	1840	143.	Francisco de Paula Marin	1841
112.	José Inés Sandoval	1838	128.	Eulogio Barrera de Ortiz (3, 1861)	1840	144.	Joaquín Primo de Rivera	1841
113.	José María Aguilar de Medina	1838	129.	Faustino González Blanco	1840	145.	Joaquín Raz y Guzmán	1841
114.	José María de la Sancha y Céspedes	1838	130.	Francisco María de Chasari	1840	146.	José María Moncada	1841
115.	José María Romero (3, 1850)	1838	131.	José Francisco Osorno (3, 1861)	1840	147.	José Maria Nuñez	1841
116.	Manuel Antonio Morales	1838	132.	José María Guerrero	1840	148.	Juan Bautista Solares	1841
117.	Manuel Buenrostro	1838	133.	José María Oliver	1840	149.	Juan José Baz	1841
118.	Manuel Orihuela:	1838	134.	Leocadio López Espinosa (1,1861) (3, 1868)	1840	150.	Juan José de Polidura	1841

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
151.	Juan Nepomuceno Moncada	1841	167.	Amado Osio	1843	183.	Juan María Santaella	1844
152.	Laureano Muñoz	1841	168.	Francisco Olguin	1843	184.	Juan Ortiz Cariaga	1844
153.	Luis Moncada	1841	169.	Gregorio Silicia	1843	185.	Manuel O. Hora y Escudero	1844
154.	Manuel Cordero y Hoyos	1841	170.	Inocente Rubio	1843	186.	Miguel Castillo de Alatriste	1844
155.	Ramón Cano	1841	171.	José Antonio Arriaga y Rubio	1843	187.	José Joaquín Madero	1845
156.	Antonio Morales	1842	172.	José Antonio Martínez Larrieta	1843	188.	Dionisio Villarello (3, 1870, 74, 76, 86, 92) (2, 1875)	1846
157.	Antonio Zimbrón (1, 1870) (2, 1868, 1871) (3, 1868, 69)	1842	173.	José María Díaz Ordaz	1843	189.	Francisco M. de Olaguibel (2, 1846)	
158.	Francisco Guzmán	1842	174.	José María Zaldívar y Barberi	1843	190.	Miguel Auza y Fernández	1846
159.	Ignacio de la Llave	1842	175.	José Mariano Mimiaga	1843	191.	Tomás Chávez	1846
160.	José Antonio Prado	1842	176.	Manuel Lavín	1843	192.	Tomás de la Parra	1846
161.	José María Arellano y Madariaga	1842	177.	Manuel Oviedo	1843	193.	Antonio Escudero	1848
162.	José María Licea y Borja (3, 1861)	1842	178.	Mariano de Zavala	1843	194.	Florencio Ángel Velásquez	1848
163.	José María Revilla	1842	179.	Miguel María Montes de Oca	1843	195.	Javier Aguilar Bustamante	1848
164.	Manuel Y. Muñoz	1842	180.	Pedro P. Valdez y Méndez	1843	196.	José María Barbabosa	1848
165.	Patricio Barbosa	1842	181.	Evaristo Rojas	1844	197.	José Rafael González	1848
166.	Teófilo Robredo (3, 1868)	1842	182.	José María del Castillo	1844	198.	Manuel Gracida (2, 1848)	

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
199.	Mariano Ariscorreta (2, 1848, 49) (3, 1850, 55)		214.	Agustín Gómez Eguiarte (3, 1850, 1855)		229.	Andrés Dardón	1852
200.	Refugio de la Vega (1,1861)	1848	215.	Aniceto Alvarado (3, 1868)	1850	230.	Gregorio Mier y Terán (3, 1852)	
201.	Bernardo Martínez	1849	216.	Domingo Ma. Pérez Fernández (3, 1850, 55, 57, 61)	1850	231.	Ignacio Gutiérrez (3, 1852)	
202.	Domingo Rojas	1849	217.	José Trinidad Montaño (3, 1850)		232.	Joaquín Mier y Noriega (3, 1852, 1855)	
203.	Francisco de Borja Olmedo (2, 1849) (3, 1850, 1855)		218.	Manuel Arrieta (3, 1850)		233.	Joaquín Pérez Tejada (3, 1852)	
204.	José Donaciano Valdés	1849	219.	Mariano Villela (3, 1850)		234.	José Ignacio Mañón (3, 1852)	
205.	José Ma. Martínez de la Concha (3, 1857) (2, 1867)	1849	220.	Antonio Mesía (3, 1851, 55)		235.	José María de la Vega	1852
206.	José María Aguirre (homónimo en 1826)	1849	221.	Benigno Romero		236.	José Ma. Godoy (3, 1852) (2, 1857)	
207.	José Ma. Navarro (1, 1849, 51)		222.	Domingo Rodríguez	1851	237.	José Ma. González Arratia (3, 1852)	
208.	Juan María Flores y Teran (2, 1849)		223.	Francisco Clavería (3 1868)	1851	238.	Juan Fernández Renedo (3, 1852, 57)	
209.	Julio Ruano	1849	224.	Ignacio Márquez	1851	239.	Luis Madrid (2, 1852) (3, 1857)	
210.	Maríano Villanueva	1849	225.	José María Orta y Espadero	1851	240.	Manuel Zerón	1852
211.	Manuel de la Peña y Peña (2, 1849)		226.	Marcos Calderón de la Barca	1851	241.	Melchor Carrasco (3, 1852)	
212.	Nicolás Suárez	1849	227.	Mariano Riva Palacio (2, 1851, 57, 69)	1851	242.	Vicente Dardón(2)	1852
213.	Pedro Ruano	1849	228.	Prisciliano María Díaz González	1851	243.	Camilo Zamora (3, 1880, 83, 86, 88, 89, 91, 93, 95, 97, 99, 01, 03)	1853

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
244.	Carlos Suárez del Castillo	1855	260.	Manuel Terreros (3, 1857)		276.	José Luis Revilla (3, 1861)	
245.	Francisco T. Villalobos	1855	261.	Pedro Escudero y Echanove (3, 1857)		277.	José Ma. Aguirre de la Barrera (1,1861)	1861
246.	Guillermo de los Cobos (3, 1855, 61)		262.	Rafael Trejo (3, 1857, 61)		278.	José Ma. Herrera y Zavala (3, 1861)	
247.	José Montaño (3, 1855)		263.	Ruperto Medina (3, 1857)		279.	José Ma. Legorreta (3, 1861)	
248.	Luis Zeferino Monter y Otamendi (3, 1855)		264.	Joaquín García Luna	1859	280.	José Ma. Ortega	1861
249.	Manuel Díaz	1855	265.	J. Ma. Condés de la Torre	1860	281.	Julio Romero (3, 1861)	
250.	Juan Nepomuceno Carballeda	1856	266.	Pedro de los Cobos	1860	282.	Luis Velázquez (3, 1861)	
251.	Andrés Castillero (3, 1857)		267.	Atilano Razo y Cejudo	1861	283.	Manuel Alas (1,1861, 67) (2, 1861)	
252.	Antonio Inclán(3) (3, 1876, 83)	1857	268.	Cayetano Gómez Pérez (2, 1868) (3, 1861)		284.	Manuel Fernando Soto	1861
253.	Antonio Mañón (3, 1857)		269.	Celso Vicencio (2, 1873) (3, 1868, 69, 70, 72, 76, 92, 94, 00, 05)	1861	285.	Manuel Saavedra (3, 1861)	
254.	Benito Gómez Lamadrid (3, 1857)		270.	Domingo Romero (3, 1861)		286.	Manuel Veytia (3, 1861, 75)	
255.	Gerónimo Villamil (3, 1857)		271.	Estéban Paez (3, 1861)		287.	Nicolás Pizarro Suárez (1,1861)	
256.	Ignacio Pliego (3, 1857)		272.	Fernando García Caballero (3, 1861)		288.	Pablo Téllez (3, 1861)	
257.	Juan Goríbar (3, 1857)		273.	Ignacio Hidalgo (1,1861)	1861	289.	Pascual Carbajal (1,1861)	
258.	Luis Flores (3, 1857)		274.	Isidro A. Montiel (3, 1861)		290.	Sabás Iturbide (3, 1861)	
259.	Mauro F. de Córdova (3, 1887, 88, 89, 91)	1857	275.	Jesús Ceballos (3, 1861)		291.	Simón Guzmán (1, 3, 1861)	

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
292.	Vicente María Villegas (1,1861) (3, 1877, 83, 89)	1861	303.	Jacinto Aguado y Barón (1,1867, 70, 81)		316.	José Ma. San Román (3, 1868)	
291.	Felipe de J. Lechuga	1862	304.	Jesús Alberto García (1,1867) (2, 1876)		317.	Juan Benavides (3, 1868, 03, 04) (1, 1905)	
292.	J. Guadalupe Garduño	1862	305.	José Vicente Roldán	1867	318.	Juan Salce (3, 1868)	
293.	Lino M. Beltrán	1862	306.	Luis Valdés (1, 1889 suplente)	1867	319.	Luis Vilchis Gómez	1868
294.	Luis M. Cepeda	1862	307.	Manuel Reyes	1867	320.	Miguel Mejía	1868
295.	Pascual González Fuentes (2, 1862, en el Imperio) (3, 1861)		308.	Melquiades Gorostieta (3, 1903)	1867	321.	Manuel de Olaguibel (1, 1901 suplente, 03, 05 suplente) (3, 1890, 97, 00)	1868
296.	Teodoro Zúñiga (1, 1893, 95, 97, 99, 1901)	1862	309.	Petronilo Cano	1867	322.	Pedro Navarro (1,1867)	1868
297.	Valentín Hernández (1,1872)	1862	310.	Ruperto Portillo (1, 1872, 76) (3, 1876, 86, 92, 98, 02, 03, 04)	1867	323.	Remigio Téllez (3, 1868, 94)	
298.	Gregorio M. Enciso	1864	311.	Agustín G. Angulo (3, 1868, 77)		324.	Romualdo Uribe (3, 1868, 69, 70, 77, 83, 89, 90, 91)	
299.	Eduardo Villada (2, 1895) (3, 1881, 86, 89, 91, 93, 95, 97, 99, 00, 03)	1865	312.	Doroteo Barba	1868	325.	Vicente Landa	1868
300.	Arcadio Villavicencio (1,1872) (3, 1900, 03, 05)	1867	313.	Francisco Pérez (1, 1867, 74, 76)		326.	Francisco del Valle	1869
301.	Carlos Mejía (1,1867)		314.	José Porfirio López	1868	327.	Manuel de los Cobos	1869
302.	Gregorio Gutiérrez (3, 1879)	1867	315.	Francisco Mariscal (3, 1868)		328.	Miguel de los Cabos	1869

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
329.	Agustín Martínez de Castro (3, 1886, 95, 97, 98, 00, 03, 04)	1870	345.	Hilario García (1,1874, 76, 95, 97 suplente dos últ.)	1874	361.	Ramón Ortigoza (3, 1877, 83)	
330.	Carlos Alcántara (3, 1870, 76)		346.	Luis Álvarez León	1874	362.	Pascual Miranda	1878
331.	Gumesindo Enríquez (1, 1870) (2, 1875, 1876)		347.	Carlos A. Martínez	1876	363.	Carlos Cardona (1, 1879)	
332.	Joaquín Jiménez (3, 1870, 76)		348.	Domingo Sánchez Solís	1876	364.	Pedro Martínez López	1879
333.	José Francisco Bulman (1, 1870)		349.	Enrique Morales	1876	365.	Francisco Zúñiga (3, 1880)	
334.	Luis G. Sobrino y Ortiz	1870	350.	Federico Inclán	1876	366.	José Ma. Martínez (3, 1880)	
335.	Miguel Amador (3, 1893, 99, 05)	1870	351.	Felipe N. Villarello (1, 1876, 97, 00, 04)	1876	367.	Pedro Ruano y López	1880
336.	Valentín Gómez Tagle (2, 1870) (3, 1868, 70)		352.	Guadalupe Rodrigo Inclán	1876	368.	Samuel M. Barroso	1880
337.	Urbano Lechuga (2, 1870) (3, 1868, 69, 70, 76)		353.	José Díaz Leal (1, 1876)		369.	José Zubieta (3, 1877, 79) (2, 1886)	
338.	Joaquín Alcocer	1871	354.	José Trinidad Dávalos (3, 1876, 77, 83, 85)		370.	Benigno Hernández	1881
339.	Ramón L. Alva	1871	355.	Juan Chávez Ganancia (3, 1876, 77)		371.	Cruz S. Armas	1881

Continúa...

...continuación

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
340.	Manuel Zomera y Piña (2, 1871)		356.	Luis Cano Rodríguez	1876	372.	Francisco H. Montaño	1881
341.	Manuel Tapia	1872	357.	Luis G. Ruano	1876	373.	Juan Estrada Montes de Oca	1881
342.	Mariano O. Rivera	1872	358.	Manuel Altamira Alas	1876	374.	Lauro Barrios	1881
343.	Román Martínez	1872	359.	Rodrigo Inclán	1876	375.	Manuel Pliego Pérez (1, 1881, 83)	
344.	Emilio Zúñiga (1, 1874)		360.	Trinidad González	1876	376.	Vicente Vázquez	1881

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
377.	Zacarías Velásquez	1881	391.	Margarito G. Rendón	1887	405.	Francisco Merino Ortiz	1891
378.	Bernardino Ramírez	1882	392.	Rafael Guzmán (1, 1889, 91)	1887	406.	Juan Galindo y Pimentel (1, 1891 suplente)	
379.	Luis Zamora	1882	393.	Agustín González	1888	407.	Joaquín E. Iñigo y Crespo	1891
380.	Amado Crotte y Camacho	1883	394.	Manuel F. Dela Hoz (3, 1888)		408.	Antonio de la Peña y Reyes (1, 1893 suplente)	
381.	Canuto García	1884	395.	Francisco Aguirre del Pino	1889	409.	Luis G. de la Sierra (1, 1893)	
382.	Silviano G. Sánchez	1884	396.	Guillermo Pérez Valenzuela (1, 1889, 1891, 1893, 1895, 1897, 1899, 1901)		410.	Margarito García Rendón (1, 1893, 95, 97 suplente 3 veces)	
383.	Eustolio Téllez	1885	397.	Pedro Galindo (1, 1889 suplente)		411.	Ángel Borja	1895
384.	Manuel M. Ríos	1885	398.	Constanzo J. Gonzaga Rodríguez	1890	412.	Cristóbal Solano	1895
385.	Abraham Agustín López	1886	399.	Fernando González Medina(1, 1899 suplente)	1890	413.	Fernando Arriaga	1895
386.	José M. Medrano	1886	400.	José R. del Castillo	1890	414.	Francisco Uribe	1895
387.	José María Medrano	1886	401.	Lorenzo Salazar (3, 1890, 91)		415.	Ignacio Montero (3, 1905)	1895
388.	Raymundo Nicolín y Echanove	1886	402.	Luis F. Vera	1890	416.	Joaquín Villada Cardos (1, 1899)	1895
389.	Alberto Benavides	1887	403.	Agustín Lazcano (3, 1890)		417.	Leopoldo Vicencio	1895
390.	Cecilio Vásquez	1887	404.	Francisco Calderón y Ríos	1891	418.	Manuel Ortega y Espinosa (1, 1895 suplente)	

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*	*No.*	*Nombre*	*Año Titul.*
419.	Pascual Morales Molina	1895	434.	Reynaldo Diaz	1898	449.	Enrique García	1902
420.	Teodoro R. Esparza	1895	435.	Alfredo Mateos Cardeña (1, 1899, 1901 suplente 2 veces)		450.	Francisco Carbajal	1902
421.	Alberto García Chaix (1, 1897, 1899, 1903 suplente 3 veces)	1896	436.	Carlos Gorostieta	1899	451.	Francisco Javier Pacheco	1902
422.	Eduardo García (1, 1897 suplente)	1896	437.	Enrique González	1899	452.	Raymundo García	1902
423.	Gustavo Vicencio	1896	438.	Francisco A. de Nova	1899	453.	Aurelio Canales (1, 1903)	
424.	José Siles	1896	439.	Isidoro Arriaga	1899	454.	Alberto Loa	1903
425.	Leopoldo Portillo	1896	440.	José María Zendejas	1899	455.	Bonifacio M Toledo	1903
426.	Mariano F. de Córdova	1896	441.	Miguel V. Avalos (1, 1899, 1901)		456.	Héctor Díaz Mercado (1, 1903 suplente)	
427.	Octavio F. Contreras	1896	442.	Vicente Villada Cardoso (1, 1901, 1903)	1899	457.	Ricardo Guzmán (1, 1903)	
428.	Raúl Lalanne	1896	443.	Joaquín García Luna Vilchis (¿hijo de Joaquín García 1859?)	1900	458.	Roberto Esteva Ruiz (1, 1903 suplente)	
429.	Carlos Castillo (3 1904, 05)	1897	444.	Andrés Molina Enríquez	1901	459.	Carlos A. Vélez	1904
430.	Manuel Garrido (1, 1897)		445.	Alfredo Garrido (1, 1901, 03 suplente 2 veces)		460.	Carlos Zendejas	1904
431.	Manuel Piña y Cuevas (1, 1901, 1903, 1905 suplente 2 veces)	1897	446.	Ernesto Enríquez (1, 1901, 1903 suplente 2 veces)		461.	Enrique del Castillo	1904
432.	Carlos Villada (1, 1899 suplente)	1898	447.	Francisco Javier Gaxiola (1, 1901 suplente, 1903, 1905)		462.	Joaquín Ortega	1904
433.	Enrique Patiño	1898	448.	Justo San Pedro y Sotomayor	1901	463.	Leopoldo Rebollar	1904

Tabla I

No.	*Nombre*	*Año Titul.*
464.	Luis Garduño Zepeda	1904
465.	Manuel López Fuentes.	1904
466.	José de Jesús Anaya (1, 1905)	
467.	Enrique Conde	1905
468.	Ernesto González y González	1905
469.	Sebastián Vilchis	1905
470.	Silviano García	1905

Fuentes:
En esta Tabla aparecen –subrayados– los nombres de 271 abogados graduados en el Estado y de los que trabajaron en alguno de los poderes de la entidad durante el siglo XIX. Los 271 expedientes de los exámenes para abogado están en Téllez, y López Fontes, *Escribanos y abogados*. Véase también Téllez, "La Legislación sobre los abogados" y *La Gaceta del Gobierno. Periódico oficial del Estado de México*, t. X, núm. 11, 7 de agosto de 1897, pp. 2-3.

Aparecen sombreados los nombres de abogados que fueron diputados, gobernadores o miembros sobresalientes del Tribunal Superior de Justicia de la entidad, según corresponda con los numerales siguientes:

(1) Diputado en el año correspondiente, Venegas, *Índice cronológico* (a partir de la legislatura de 1879 se crean listas de diputados suplentes).
(2) Gobernador, *ídem*.
(3) Fiscal, juez, ministro o magistrado del Tribunal Superior de Justicia, *ídem*.

Tabla I

No.	*Nombre del abogado*	*Año titulación*
1.	Roberto González(3)	sin título
2.	Donaciano Mendoza y Castañeda	1823
3.	Alonso Fernández (1,1824, 34) (3, 1857)	
4.	Bentito José Guerra (1,1824, 34)	
5.	José Ma. de Jáuregui (1, 1824, 34)	
6.	Mariano Tamaríz (1,1824, 34)	
7.	José Ma. Luis Mora(2)	1825
8.	Sabino María Rivera	1825
9.	Anastasio Saavedra	1826
10.	José María de Aguirre	1826
11.	José Ma. Heredia(2)	1826
12.	Juan Rodríguez*	1826
13.	Luis Pereda	1826
14.	Antonio Madrid (6*, 1850)	1827
15.	Arcadio José Pacheco	1827
16.	Francisco Suárez Iriarte	1827
17.	Josef Ildefonso Amable y Guerra	1827
17.	José Lozano Villamil	1827
18.	Juan Bautista Lozano	1827
19.	Luis Diez Bonilla	1827
20.	Miguel Prudencio Sagaseta é Ilurdóz	1827
21.	Pablo Martínez	1827
22.	Francisco Barrera	1828
23.	Joaquín de la Peña y Medina	1828
24.	José Antonio Alvarado	1828
25.	José Guadalupe Arriola (6*, 1850)	1828

26.	José María Angulo	1828
27.	José Rafael de Regil	1828
28.	Juan Ruiz de Olloqui(2)	1828
29.	Lorenzo de Arellano	1828
30.	Manuel de la Peña y Medina	1828
31.	Manuel José Ruiz de Castañeda	1828
32.	Manuel Sánchez Hidalgo	1828
33.	Mariano Amescua	1828
34.	Mariano Macedo	1828
35.	Pedro Pérez Mamillo	1828
36.	Tirso Vejo	1828
37.	Vicente Botello	1828
38.	Vicente Ordosgoiti	1828
39.	Agustín Díaz	1829
40.	Bernardo María del Callejo	1829
41.	Francisco Javier Valdez Cárdenas	1829
42.	Joaquín Ruiz de Olloqui	1829
43.	José Antonio Valdez	1829
44.	José Ignacio Boneta (6*, 1850, 55)	1829
45.	José Ignacio Márquez	1829
46.	Manuel Mamian y Mangino	1829
47.	Manuel Taboada	1829
48.	Miguel Torres y Artazo	1829
293.	Patricio Pérez	1829
294.	Rafael Baz de Guzmán	1829
295.	Félix Valon de Rojo	1830
296.	Francisco María Beteta(2)	1830
297.	Joaquín Muñíz	1830

298.	José Francisco Serrano	1830
299.	José Ma. Cora	1830
300.	Juan Estevan Milla(2)	1830
301.	Manuel Beteta(2)	1830
302.	Manuel Zea(2)	1830
303.	Anastasio de la Pascua	1831
304.	José María Lacunza (6*, 1850)	1831
305.	José Victoriano Martinez	1831
306.	Juan Rodríguez (Tiene homónimo en 1826*)	1832
307.	Luis Couto	1832
308.	Pedro Diez Bonilla	1832

65.	Vicente del Piélago(2)	1832
66.	Agustín Vallarta(2)	1833
67.	Francisco Ruano (3, 1833)	
68.	Francisco Verde y Fernández (3, 1833)	
69.	Joaquín Rodríguez España(2)	1833
70.	José Ma. Esquivel (3, 1833)	
71.	José Ma. Torres Cataño (3, 1833)	
72.	Juan José Rosales (3, 1833)	
73.	Juan José Zamorano (3, 1833)	
74.	Juan Wenceslao Barquera (3, 1833)	
75.	Luis del Cadtillo Negrete(2)	1833
76.	Pedro Jove (3, 1833)	
77.	Agustín Florez Alatorre(2)	1834
78.	Agustín Pérez Gavilán	1834
79.	Alejandro Villaseñor (4*, 1849)	1834
80.	Cástulo Barreda	1834
81.	Francisco Peñaflores (6*, 1855)	1834
82.	Gabriel Sagazeta	1834

83.	José de Zúñiga y Ontiveros	1834
84.	José Gabriel Gómez de la Peña (3, 1834)	
85.	José González de la Vega(2)	1834
86.	Juan de la Porrilla	1834
87.	Juan María de Mirafuentes	1834
88.	Mariano Sánchez Aparicio	1834

81.	Mariano Solórzano	1834
82.	Manuel Diez de Bonilla (2, 1834)	
83.	Manuel Tejada y Bosica(2*) (3, 1857)	1834
84.	Nicolás Aragón (1,1834)	
85.	Pedro González de la Vega(2)	1834
86.	Pedro Maria Conejo	1834
87.	Rafael Zavala	1834
88.	José María Urguidi	1835
89.	Manuel Ruiz de Castañeda	1835
90.	Luis G. Chavarri (2, centralismo)	
91.	Mucio Barquera (2, centralismo) (3, 1850)	
92.	Francisco Couto	1836
93.	José María Andonaegui	1836
94.	Guadalupe Perdigón	1837
95.	José Mariano Cevallos	1837
96.	José Urbano Lavín	1837
97.	Antonio Florentino Mercado	1838
98.	Eugenio María de Aguirre	1838
99.	Feliciano Sierra y Rosso	1838
100.	Francisco Sánchez Ovalles	1838

97.	Francisco Villaseñor	1838

98.	Gazpar Cortazar y Cortés	1838
99.	José Inés Sandoval	1838
100.	José María Aguilar de Medina	1838
101.	José María de la Sancha y Céspedes	1838
102.	José María Romero (6*, 1850)	1838
103.	Manuel Antonio Morales	1838
104.	Manuel Buenrostro	1838
105.	Manuel Orihuela:	1838
106.	Manuel Orozco Colmenares	1838
107.	Teodoro Bravo	1838
108.	Teófilo Marín	1838
109.	Vicente de Bustos	1838
110.	Epigmenio Archavala	1839
111.	Francisco Rodríguez	1839
112.	José Maria Delgado	1839

113.	Luis Nieves Rivas	1839
114.	Esteban Soto	1840
115.	Eulogio Barrera de Ortiz (6*, 1861)	1840
116.	Faustino González Blanco	1840
117.	Francisco María de Chasari	1840
118.	José Francisco Osorno (6*, 1861)	1840
119.	José María Guerrero	1840
120.	José María Oliver	1840
121.	Leocadio López Espinosa (1,1861) (3, 1868)	1840
122.	Manuel Bustos	1840
123.	Manuel Demetrio de la Viga	1840
124.	Manuel María de la Sierra y Arroyo	1840
125.	Remigio Mateos	1840
126.	Teófilo Sánchez (6*, 1861)	1840

127.	Antonio Orozco	1841
128.	Fabián Ortiz	1841

129.	Francisco de Paula Rivero	1841
130.	Francisco de Paula Marin	1841
131.	Joaquín Primo de Rivera	1841
132.	Joaquín Raz y Guzmán	1841
133.	José Macia Nuñez	1841
134.	José María Moncada	1841
135.	Juan Bautista Solares	1841
136.	Juan José Baz	1841
137.	Juan José de Polidura	1841
138.	Juan Nepomuceno Moncada	1841
139.	Laureano Muñoz	1841
140.	Luis Moncada	1841
141.	Manuel Cordero y Hoyos	1841
142.	Ramón Cano	1841
143.	Antonio Morales	1842
144.	Antonio Zimbrón (4*, 1870) (2, 1868, 1871) (3, 1868, 69)	1842

145.	Francisco Guzmán	1842
146.	Ignacio de la Llave	1842
147.	José Antonio Prado	1842
148.	José María Arellano y Madariaga	1842
149.	José María Licea y Borja (6* 1861)	1842
150.	José María Revilla	1842
151.	Manuel Y. Muñoz	1842
152.	Patricio Barbosa	1842
153.	Teófilo Robredo (6*, 1868)	1842

154.	Amado Osio	1843
155.	Francisco Olguin	1843
156.	Gregorio Silicia	1843
157.	Inocente Rubio	1843
158.	José Antonio Arriaga y Rubio	1843
159.	José Antonio Martínez Larrieta	1843
160.	José María Díaz Ordaz	1843

161.	José María Zaldívar y Barberi	1843
162.	José Mariano Mimiaga	1843
163.	Manuel Lavín	1843
164.	Manuel Oviedo	1843
165.	Mariano de Zavala	1843
166.	Miguel María Montes de Oca	1843
167.	Pedro P. Valdez y Méndez	1843
168.	Evaristo Rojas	1844
169.	José María del Castillo	1844
170.	Juan María Santaella	1844
171.	Juan Ortiz Cariaga	1844
172.	Manuel O. Hora y Escudero	1844
173.	Miguel Castillo de Alatriste	1844
174.	José Joaquín Madero	1845
175.	Dionisio Villarello(3) (3, 1870, 74, 76, 86, 92) (2, 1875)	1846
176.	Francisco M. de Olaguibel(2, 1846)	
177.	Miguel Auza y Fernández	1846

1.	Tomás Chávez	1846
2.	Tomás de la Parra	1846
3.	Antonio Escudero(2)	1848

4.	Florencio Ángel Velásquez	1848
5.	Javier Aguilar Bustamante(2)	1848
6.	José María Barbabosa	1848
7.	José Rafael González(2)	1848
8.	Manuel Gracida (2, 1848)	
9.	Mariano Ariscorreta (2, 1848, 49) (3, 1850, 55)	
10.	Refugio de la Vega (4*,1861)	1848
11.	Bernardo Martínez	1849
12.	Domingo Rojas	1849
13.	Francisco de Borja Olmedo (2, 1849) (3, 1850, 1855)	
14.	José Donaciano Valdés	1849
15.	José Ma. Martínez de la Concha (3*) (3, 1857) (2, 1867)	1849
16.	José María Aguirre (homónimo en 1826)	1849
17.	José Ma. Navarro (1, 1849, 51)	
18.	Juan María Flores y Teran (2, 1849)	
19.	Julio Ruano	1849
20.	María Villanueva	1849
21.	Manuel de la Peña y Peña (2, 1849)	

1.	Nicolás Suárez	1849
2.	Pedro Ruano*	1849
3.	Agustín Gómez Eguiarte (3, 1850, 1855)	
4.	Aniceto Alvarado(2) (3, 1868)	1850
5.	Domingo Ma. Pérez Fernández (3, 1850, 55, 57, 61)	
6.	José Trinidad Montaño (3, 1850)	
7.	Manuel Arrieta (3, 1850)	
8.	Mariano Villela (3, 1850)	
9.	Antonio Mesía (3, 1851, 55)	

10.	Benigno Romero(3)	1851
11.	Domíngo Rodríguez(2)	1851
12.	Francisco Clavería (6* 1868)	1851
13.	Ignacio Márquez(2)	1851
14.	José María Orta y Espadero	1851
15.	Marcos Calderón de la Barca	1851
16.	Mariano Riva Palacio (2, 1851, 57, 69)	
17.	Prisciliano María Díaz González	1851
18.	Andrés Dardón(2)	1852
19.	Gregorio Mier y Terán (3, 1852)	
20.	Ignacio Gutiérrez (3, 1852)	
21.	Joaquín Mier y Noriega (3, 1852, 1855)	
22.	Joaquín Pérez Tejada (3, 1852)	
23.	José Ignacio Mañón (3, 1852)	
24.	José María de la Vega	1852
25.	José Ma. Godoy (3, 1852) (2, 1857)	
26.	José Ma. González Arratia (3, 1852)	
27.	Juan Fernández Renedo (3, 1852, 57)	
28.	Luis Madrid (2, 1852) (3, 1857)	
29.	Manuel Zerón(2)	1852
30.	Melchor Carrasco (3, 1852)	
31.	Vicente Dardón(2)	1852
32.	Camilo Zamora(3) (3, 1880, 83, 86, 88, 89, 91, 93, 95, 97, 99, 01, 03)	1853
33.	Carlos Suárez del Castillo(3*)	1855

1.	Francisco T. Villalobos	1855
2.	Guillermo de los Cobos (3, 1855, 61)	
3.	José Montaño (3, 1855)	
4.	Luis Zeferino Monter y Otamendi (3, 1855)	

5.	Manuel Díaz	1855
6.	Juan Nepomuceno Carballeda	1856
7.	Andrés Castillero (3, 1857)	
8.	Antonio Inclán(3) (3, 1876, 83)	1857
9.	Antonio Mañón (3, 1857)	
10.	Benito Gómez Lamadrid (3, 1857)	
11.	Gerónimo Villamil (3, 1857)	
12.	Ignacio Pliego (3, 1857)	
13.	Juan Goríbar (3, 1857)	
14.	Luis Flores (3, 1857)	
15.	Mauro F. de Córdova (3) (3, 1887, 88, 89, 91)	1857
16.	Manuel Terreros (3, 1857)	
17.	Pedro Escudero y Echanove (3, 1857)	
18.	Rafael Trejo (3, 1857, 61)	
19.	Ruperto Medina (3, 1857)	
20.	Joaquín García Luna(3)	1859
21.	J. Ma. Condés de la Torre(3)	1860
22.	Pedro de los Cobos	1860
23.	Atilano Razo y Cejudo	1861
24.	Cayetano Gómez Pérez (2, 1868) (3, 1861)	
25.	Celso Vicencio(3) (2, 1873) (3, 1868, 69, 70, 72, 76, 92, 94, 00, 05)	1861
26.	Domingo Romero (3, 1861)	
27.	Estéban Paez (3, 1861)	
28.	Fernando García Caballero (3, 1861)	
29.	Ignacio Hidalgo (1,1861)	1861
30.	Isidro A. Montiel (3, 1861)	
31.	Jesús Ceballos (3, 1861)	
	José Luis Revilla (3, 1861)	
32.	José Ma. Aguirre de la Barrera (1,1861)	1861

33.	José Ma. Herrera y Zavala (3, 1861)	
34.	José Ma. Legorreta (3, 1861)	
35.	José Ma. Ortega(3)	1861
36.	Julio Romero (3, 1861)	
37.	Luis Velázquez (3, 1861)	
38.	Manuel Alas (1,1861, 67) (2, 1861)	
39.	Manuel Fernando Soto(2)	1861
40.	Manuel Saavedra (3, 1861)	
41.	Manuel Veytia (3, 1861, 75)	
42.	Nicolás Pizarro Suárez (1,1861)	
43.	Pablo Téllez (3, 1861)	
44.	Pascual Carbajal (1,1861)	
45.	Sabás Iturbide (3, 1861)	
46.	Simón Guzmán (1, 3, 1861)	
47.	Vicente Maria Villegas (4*,1861) (3, 1877, 83, 89)	1861
48.	Felipe de J. Lechuga(3)	1862
49.	J. Guadalupe Garduño(3)	1862
50.	Lino M. Beltrán(3)	1862

295.	Luis M. Cepeda(3)	1862
296.	Pascual González Fuentes (2, 1862, en el Imperio) (3, 1861)	
297.	Teodoro Zúñiga(3*) (1, 1893, 95, 97, 99, 1901)	1862
298.	Valentín Hernández(3) (1,1872)	1862
299.	Gregorio M. Enciso(3)	1864
300.	Eduardo Villada(3) (2, 1895) (3, 1881, 86, 89, 91, 93, 95, 97, 99, 00, 03)	1865
301.	Arcadio Villavicencio(3) (1,1872) (3, 1900, 03, 05)	1867

302.	Carlos Mejía (1,1867)	
303.	Gregorio Gutiérrez(3) (3, 1879)	1867
304.	Jacinto Aguado y Barón (1,1867, 70, 81)	
305.	Jesús Alberto García (1,1867) (2, 1876)	
306.	José Vicente Roldán(3)	1867
307.	Luis Valdés (3) (1, 1889 suplente)	1867
308.	Manuel Reyes(3)	1867
309.	Melquiades Gorostieta(3) (3, 1903)	1867
310.	Petronilo Cano	1867
311.	Ruperto Portillo(3) (1, 1872, 76) (3, 1876, 86, 92, 98, 02, 03, 04)	1867
312.	Agustín G. Angulo (3, 1868, 77)	
313.	Doroteo Barba	1868
314.	Francisco Pérez (1, 1867, 74, 76)	
315.	José Porfirio López(3)	1868

241.	Francisco Mariscal (3, 1868)	
242.	José Ma. San Román (3, 1868)	
243.	Juan Benavides (3, 1868, 03, 04) (1, 1905)	
244.	Juan Salce (3, 1868)	
245.	Luis Vilchis Gómez(3)	1868
246.	Manuel de Olaguibel (3) (1, 1901 suplente, 03, 05 suplente) (3, 1890, 97, 00)	1868
247.	Miguel Mejía	1868
248.	Pedro Navarro(3*) (1,1867)	1868
249.	Remigio Téllez (3, 1868, 94)	
250.	Romualdo Uribe (3, 1868, 69, 70, 77, 83, 89, 90, 91)	
251.	Vicente Landa	1868
252.	Francisco del Valle	1869
253.	Manuel de los Cobos	1869

254.	Miguel de los Cabos	1869
255.	Agustín Martínez de Castro(3*) (3, 1886, 95, 97, 98, 00, 03, 04)	1870
256.	Carlos Alcántara (3, 1870, 76)	
257.	Gumesindo Enríquez (1, 1870) (2, 1875, 1876)	
258.	Joaquín Jiménez (3, 1870, 76)	
259.	José Francisco Bulman (1, 1870)	
260.	Luis G. Sobrino y Ortiz	1870
261.	Miguel Amador (3, 1893, 99, 05)	1870
262.	Valentín Gómez Tagle (2, 1870) (3, 1868, 70)	
263.	Urbano Lechuga (2, 1870) (3, 1868, 69, 70, 76)	
264.	Joaquín Alcocer(3*)	1871
265.	Ramón L. Alva	1871
266.	Manuel Zomera y Piña (2, 1871)	
267.	Manuel Tapia(3*)	1872
268.	Mariano O. Rivera(2)	1872

257.	Román Martínez(3)	1872
258.	Emilio Zúñiga (1, 1874)	
259.	Hilario García(3) (1,1874, 76, 95, 97 suplente dos últ.)	1874
260.	Luis Álvarez León(3)	1874
261.	Carlos A. Martínez(3)	1876
262.	Domingo Sánchez Solís	1876
263.	Enrique Morales	1876
264.	Federico Inclán	1876
265.	Felipe N. Villarello(3*) (1, 1876, 97, 00, 04)	1876
266.	Guadalupe Rodrigo Inclán	1876
267.	José Díaz Leal (1, 1876)	
268.	José Trinidad Dávalos (3, 1876, 77, 83, 85)	

269.	Juan Chávez Ganancia (3, 1876, 77)	
270.	Luis Cano Rodríguez(3*)	1876
271.	Luis G. Ruano	1876
272.	Manuel Altamira Alas	1876
273.	Rodrigo Inclán(3)	1876
274.	Trinidad González	1876
275.	Ramón Ortigoza (3, 1877, 83)	
276.	Pascual Miranda	1878
277.	Carlos Cardona (1, 1879)	
278.	Pedro Martínez López	1879

273.	Francisco Zúñiga (3, 1880)	
274.	José Ma. Martínez (3, 1880)	
275.	Pedro Ruano y López(2*)	1880
276.	Samuel M. Barroso(3)	1880
277.	José Zubieta (3, 1877, 79) (2, 1886)	
278.	Benigno Hernández(3)	1881
279.	Cruz S. Armas(2)	1881
280.	Francisco H. Montaño(3*)	1881
281.	Juan Estrada Montes de Oca (3)	1881
282.	Lauro Barrios	1881
283.	Manuel Pliego Pérez (1, 1881, 83)	
284.	Vicente Vázquez (3*)	1881
285.	Zacarías Velásquez	1881
286.	Bernardino Ramírez(3)	1882
287.	Luis Zamora(3)	1882
288.	Amado Crotte y Camacho(3)	1883
289.	Canuto García	1884
290.	Silviano G. Sánchez(3*)	1884
291.	Eustolio Téllez(3)	1885

292.	Manuel M. Ríos(3)	1885

289.	Abraham Agustín López	1886
290.	José M. Medrano(3)	1886
291.	José María Medrano	1886
292.	Raymundo Nicolín y Echanove	1886
293.	Alberto Benavides(3)	1887
294.	Cecilio Vasquez	1887
295.	Margarito G. Rendón(3)	1887
296.	Rafael Guzmán(3) (1, 1889, 91)	1887
297.	Agustín González(3)	1888
298.	Manuel F. Dela Hoz (3, 1888)	
299.	Francisco Aguirre del Pino	1889
300.	Guillermo Pérez Valenzuela (1, 1889, 1891, 1893, 1895, 1897, 1899, 1901)	
301.	Pedro Galindo (1, 1889 suplente)	
302.	Constanzo J. Gonzaga Rodríguez (2)(3)	1890
303.	Fernando González Medina(3) (1, 1899 suplente)	1890
304.	José R. del Castillo	1890
305.	Lorenzo Salazar (3, 1890, 91)	
306.	Luis F. Vera	1890
307.	Agustín Lazcano (3, 1890)	
308.	Francisco Calderón y Ríos(3)	1891

305.	Francisco Merino Ortiz	1891
306.	Juan Galindo y Pimentel (1, 1891 suplente)	
307.	Joaquín E. Iñigo y Crespo (3)	1891
308.	Antonio de la Peña y Reyes (1, 1893 suplente)	
309.	Luis G. de la Sierra (1, 1893)	

310.	Margarito García Rendón (1, 1893, 95, 97 suplente 3 veces)	
311.	Ángel Borja(2)	1895
312.	Cristóbal Solano(3)	1895
313.	Fernando Arriaga(3*)	1895
314.	Francisco Uribe(3*)	1895
315.	Ignacio Montero(3*) (3, 1905)	1895
316.	Joaquín Villada Cardoso(3) (1, 1899)	1895
317.	Leopoldo Vicencio(3)	1895
318.	Manuel Ortega y Espinosa (1, 1895 suplente)	
319.	Pascual Morales Molina	1895
320.	Teodoro R. Esparza(3*)	1895
321.	Alberto García Chaix(3) (1, 1897, 1899, 1903 suplente 3 veces)	1896
322.	Eduardo García(3*) (1, 1897 suplente)	1896
323.	Gustavo Vicencio(3)	1896
324.	José Siles(3)	1896
325.	Leopoldo Portillo(3)	1896

321.	Mariano F. de Córdova	1896
322.	Octavio F. Contreras	1896
323.	Raúl Lalanne	1896
324.	Carlos Castillo (6* 1904, 05)	1897
325.	Manuel Garrido (1, 1897)	
326.	Manuel Piña y Cuevas (4*, 1901, 1903, 1905 suplente 2 veces)	1897
327.	Carlos Villada (4*, 1899 suplente)	1898
328.	Enrique Patiño	1898
329.	Reynaldo Diaz	1898
330.	Alfredo Mateos Cardeña (1, 1899, 1901 suplente 2 veces)	

331.	Carlos Gorostieta	1899
332.	Enrique González	1899
333.	Francisco A. de Nova	1899
334.	Isidoro Arriaga	1899
335.	José María Zendejas	1899
336.	Miguel V. Avalos (1, 1899, 1901)	
337.	Vicente Villada Cardoso (4*, 1901, 1903)	1899
338.	Joaquín García Luna Vilchis (¿hijo de Joaquín García 1859?)	1900
339.	Andrés Molina Enríquez(2*)	1901

337.	Alfredo Garrido (1, 1901, 03 suplente 2 veces)	
338.	Ernesto Enríquez (1, 1901, 1903 suplente 2 veces)	
339.	Francisco Javier Gaxiola (1, 1901 suplente, 1903, 1905)	
340.	Justo San Pedro y Sotomayor	1901
341.	Enrique García	1902
342.	Francisco Carbajal	1902
343.	Francisco Javier Pacheco	1902
344.	Raymundo García	1902
345.	Aurelio Canales (1, 1903)	
346.	Alberto Loa	1903
347.	Bonifacio M Toledo	1903
348.	Héctor Díaz Mercado (1, 1903 suplente)	
349.	Ricardo Guzmán (1, 1903)	
350.	Roberto Esteva Ruiz (1, 1903 suplente)	
351.	Carlos A. Vélez	1904
352.	Carlos Zendejas	1904
353.	Enrique del Castillo	1904
354.	Joaquín Ortega	1904

355.	Leopoldo Rebollar	1904
356.	Luis Garduño Zepeda	1904
357.	Manuel López Fuentes.	1904
358.	José de Jesús Anaya (1, 1905)	
359.	Enrique Conde	1905
360.	Ernesto González y González	1905
353.	Sebastián Vilchis	1905
354.	Silviano García(2)	1905

LITERATURA, MORAL Y DERECHO EN *EL EXTRANJERO* DE ALBERT CAMUS

Fernando Villaseñor Rodríguez

Sumario: I. *Introducción*. II. *Derecho y Literatura*. III. *El texto literario como herramienta de reflexión*. IV. *El hombre rebelde y el juez penitente: el pensamiento moral de Camus*. V. *De tolerancia y justicia: análisis de* El extranjero. VI. *Conclusiones*.

I. Introducción

Si bien a partir de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen hubo una tendencia a separar el ámbito jurídico de otras disciplinas intelectuales, en la posmodernidad hay un reencuentro que nutre cada vez más activamente al discurso de derecho con los conceptos y procedimientos de éstas. Así, dentro de la filosofía del derecho y más específicamente, tratándose de la teoría de la justicia, la segunda mitad del siglo XX contó con diversas propuestas para enriquecer la reflexión jurídica siendo una de ellas la del movimiento denominado "Derecho y Literatura". Este movimiento busca un diálogo que permita beneficios tanto para la filosofía del derecho como para la interpretación literaria.

El objetivo principal de este artículo es difundir este enfoque, que puede resultar provechoso en al menos dos sentidos prácticos:

1. En primer lugar, para la formación de abogados a partir de asignaturas formativas y reflexivas como Moral, Axiología y Deontología jurídica, por un lado, y Filosofía del derecho, Argumentación jurídica y Teoría de la justicia, por el otro.

2. En segundo lugar, el uso de esta aproximación interdisciplinaria puede beneficiar asignaturas sustantivas que impliquen la resolución de casos prácticos tanto en el ámbito del derecho público como el privado.

En este sentido comenzaremos por dar una visión panorámica del movimiento "Derecho y Literatura". En segundo término, explicaremos la importancia del texto literario como un producto cultural susceptible de utilización jurídica. En tercer lugar intentaremos explicar la teoría moral de Albert Camus a partir de dos de sus figuras emblemáticas, el hombre rebelde y el juez-penitente, para, por último, y a partir *El extranjero*, ejemplificar el tipo de análisis y las herramientas conceptuales del enfoque interdisciplinario entre Derecho y Literatura.

Nuestra comunidad académica puede aportar mucho a este enfoque. La excesiva especialización de las profesiones modernas y de entre estas, la jurídica, nos ha llevado a separar el conocimiento integral del abogado. Esperemos que este modesto intento pueda promover una serie de proyectos aprovechando nuestra ilustre tradición humanista, así como el creciente interés que hay en las nuevas generaciones de alumnos y egresados por ver y pensar el derecho desde otros ángulos.

II. Derecho y Literatura

El movimiento interdisciplinario denominado "Derecho y Literatura" es un fenómeno relativamente reciente que tiene como principal antecedente la obra *The Legal Imagination*, de James Boyd White,[1] publicada en 1973. No obstante, es hasta 1986 que cobra importancia internacional gracias a la publicación del ensayo "How Law is like Literature", del afamado Ronald Dworkin.[2] El planteamiento principal de este movimiento es encontrar los paralelismos (como experiencia, como lenguaje y como interpretación), que sean provechosos para ambas disciplinas.

[1] Boyd White, James, *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, Chicago, 1973.

[2] Dworkin, Donald, "How law is like literature", en Posner, Richard, *A matter of principle*, Massachussets, Harvard University Press, 1985, pp. 45-86.

Dentro de este movimiento ha habido dos corrientes principales: a) Derecho en la literatura[3] y b) Derecho como literatura.[4]

1. Derecho en la literatura

Hasta la publicación de la obra de Dworkin, el enfoque principal había sido el de "Derecho en la literatura". Conforme a esta perspectiva, y dado que la literatura abreva en la realidad humana y social, se aprovecha la descripción de distintos conflictos entre moral, costumbre y derecho. La literatura funciona así como testimonio y expresión de la realidad social y del propio sentido y uso del derecho.

El "Derecho en la literatura", en palabras de Richard Posner, tiene su explicación en el hecho de que "la ley es un fenómeno humano tan invariable, tan permanente, como la muerte, el amor, la traición, etc."[5] Así, por un lado, la literatura se vuelve una denuncia que "acusa la violencia y la injusticia de la ley; el error judicial –con su *pathos* de denuncia, piedad, intriga policiaca y oscura fascinación de la destructiva máquina inquisitoria– es uno de los temas predilectos de la novela".[6] Por otro lado, empero, "la literatura también es, abogada de la vida contra la persecutoria violencia justiciera que a menudo se comete injustamente contra acusados carentes de garantías de defensa".[7]

De acuerdo con Luis Gómez Romero,[8] la finalidad de esta primera variante es la "humanización" de los operadores jurídicos (y por vía de éstos, del derecho mismo) mediante la lectura sistemática de textos literarios. De esta manera pretende superar el "cientificismo" predominante de los estudios jurídicos en forma que resulte posible restituir al derecho en su antigua posición de disciplina humanística. Su finalidad última consiste en restituir al derecho como experiencia y expresión humana y no como abstracción de la realidad. Algunos

[3] Law in Literature.

[4] Law as Literature.

[5] Posner, Richard A., *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 2.

[6] Magris, Claudio, *Literatura y derecho ante la ley*, Ed. Sexto Piso, Madrid, España, 2010. p. 66.

[7] *Idem*.

[8] Gómez Romero, Luis, *El tiempo de los débiles: garantismo y literatura*, Porrúa, Universidad Carlos III, México, 2008. p. 8.

de los notables beneficios de este enfoque son la redimensión tópica, la sensibilidad cultural y el énfasis en la particularidad del conflicto humano frente a la generalidad de la ley.

2. Derecho como literatura

Esta segunda variante implica utilizar los métodos de interpretación literaria para beneficio de la comprensión e interpretación jurídica. Concretamente, y a partir de las teorías de la argumentación jurídica como la de Robert Alexy[9] y Joseph Raz,[10] el derecho es un lenguaje que expresa mandatos pero también valores comunitarios. Así, la dualidad entre textualidad y lenguaje es lo que permite "la realización de prácticas interpretativas y creativas por parte de profesionales que en una disciplina se llaman jueces, legisladores o profesionales del derecho…y en la otra escritores y críticos literarios".[11]

Esta variante reconoce el carácter argumentativo, descriptivo y, aunque muchas veces lo olvidemos, emocional del derecho. Asimismo, reconoce el valor de la obra literaria para reconocer el procedimiento discursivo que emplean los diferentes operadores jurídicos para razonar el derecho. En este sentido, Dworkin agrega: "los abogados harían bien en estudiar la interpretación literaria… aunque los críticos están divididos a fondo en cuanto a lo que ésta es, precisamente por eso deberían conocer esos debates toda vez que se han defendido muchas más teorías de la interpretación en la literatura que en el derecho".[12] Dicho de manera más sencilla, la pluralidad de teorías de interpretación en la literatura nos previene sobre el peligro de detener la reflexión en una sola teoría de interpretación jurídica.

Otro aspecto fundamental es que esta segunda vertiente del movimiento cuestiona los alcances de la autoridad que un texto es capaz de ejercer sobre sus lectores y, en este orden de ideas, el alcance real que puede tener una norma jurídica en sus intérpretes y destinatarios. Todas las teorías que establecen la validez de la norma jurídica, aun

[9] *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

[10] *Cfr.* Raz, J., "¿Por qué interpretar?", en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2001.

[11] Pérez, Carlos, "Derecho y literatura", en *Isonomía*, núm. 24, abril de 2006, p. 137.

[12] Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 146.

las que niegan todo valor más allá de su creación y estructura formal, reconocen la necesidad de un sometimiento consciente que puede o no reforzarse por medio de la coacción. Por ello, la norma jurídica como una novela, cuento o poema no sólo debe tener coherencia y congruencia interna, sino la nada fácil tarea de convencer al lector o destinatario de la misma, lo cual depende del talento tanto del escritor como del legislador.

III. El texto literario como herramienta de reflexión

Si bien se han llegado a estudiar distintos géneros literarios,[13] debido a la estructura principalmente narrativa que coincide en ambas disciplinas, son la dramaturgia y la novela los más comúnmente explorados. Esto se vuelve patente con múltiples ediciones críticas de obras torales para la literatura universal que a su vez recogen importantes postulados para la ciencia del derecho. Algunos ejemplos son la lucha entre las normas morales y las jurídicas en *Antígona* de Sófocles, la polémica entre la interpretación estricta y equitativa recogida en *El Mercader de Venecia* de William Shakespeare; el análisis de la administración de justicia en *El Proceso* de Franz Kafka; y la importancia de la argumentación jurídica en *Alicia a través del espejo*, de Lewis Carroll.

Para emprender este tipo de ejercicios intelectuales, Andrés Botero Bernal[14] propone una taxonomía que establece las relaciones entre los textos narrativos y jurídicos conforme a los siguientes modelos: 1) Retórico, 2) Expositivo, 3) Metodológico, 4) Analítico, 5) Jurídico y, 6) Moral. Si bien en la práctica es bastante frecuente la mezcla entre modelos, para efectos del presente artículo nos interesa destacar especialmente el modelo Expositivo, ya que la suficiencia epistemológica y procedimental de los otros nos parece un tanto cuestionable.[15]

[13] Véase sobre todo lo publicado por Cardozo Studies en *Law and Literature* de la Universidad de Berkeley.

[14] Botero Bernal, Andrés, "Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar", en Calvo González, José (coord.), *Implicación Derecho y Literatura: contribuciones a una teoría literaria del derecho*, Ed. Comares, España, 2008, pp. 29-40.

[15] *Cfr.* Díez Gargari, Rodrigo, "Dejemos en paz a la literatura", en *Isonomía*, núm. 29, octubre de 2008.

Conforme al modelo expositivo, se hace uso de la obra literaria para ejemplificar un principio o hipótesis jurídica. La literatura es por lo tanto *instrumental* para el derecho a fin de exponer una situación socialmente relevante y sostener una hipótesis para su regulación o reconducción. Se trata de una especie de laboratorio para experimentar con escenarios *imaginarios* que ayudan a probar la importancia, perdurabilidad y validez de los principios *reales* del derecho.

Si bien la posibilidad de obtener resultados reales a partir de escenarios imaginarios puede resultarnos falaz o al menos extraño, lo cierto es que este modelo se asemeja mucho a la exposición de casos hipotéticos que han servido para la formación de abogados desde la *Instituta* de Gayo, hasta la instauración de este modelo con la pandectística alemana y que persiste hasta nuestros días. Franz Wieacker lo explica de la siguiente manera:

> El candidato a jurista, preparado por cursos históricos, recibe inmediatamente en la Universidad la materia doctrinal en una sucesión sistemática y ordenada totalmente en forma estrictamente lógica; después se ensaya en la aplicación del derecho, *no en casos litigiosos vivos o al menos en los propios autos, sino en casos jurídicos imaginarios, realizables como supuestos de hecho, cuya ajustada inclusión en pretensiones jurídicas es tarea exclusiva suya*. El mismo objetivo persigue la organización del primer examen del licenciatura.[16]

De esta forma, a partir de la historia de Rodion Raskolnikóv podemos ejemplificar el delito de homicidio con su *iter criminis,* así como sus elementos atenuantes y agravantes en una forma clara y ejemplar.[17] La figura de la usura y la lesión civil pueden entenderse con especial sencillez aludiendo a las artimañas de Arpagón.[18] En las negociaciones entre Porcia y Shylock podemos abrir una rica discusión entre los principios "*pactas sunt servandae*" y "*rebus sic stantibus*" que difícilmente olvidarán los estudiosos del derecho civil.[19]

[16] Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 396. Cursivas nuestras.
[17] Dostoyevsky, Fedor, *Crimen y Castigo*, Porrúa, México, 2008.
[18] Moliere, *El avaro/las preciosas ridículas*, Ed. Andrés Bello, Chile, 2000.
[19] Shakespeare, William, *El mercader de Venecia*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1992.

Empero, es importante distinguir la modalidad expositiva de la llamada "escuela edificante",[20] que sostiene la suficiencia de las obras literarias para lograr convicción de justicia o formación moral en el abogado. La finalidad moral de la literatura será siempre una reapropiación del texto y no la develación de un significante evidente ni necesario. En otras palabras, más que una interpretación, se trata de una manipulación del texto narrativo con fines enteramente condicionados a los valores, temperamento e intención de quien lo utiliza. Aprovechar estos y otros textos como ejemplo no significa que en el discurso literario el mensaje a transmitir coincida con la atribución que se le hace desde el campo del derecho.[21] Un autor que estableció claramente esta distinción esencialmente moral, fue Albert Camus.

IV. El hombre rebelde y el juez penitente: el pensamiento moral de Camus

El absurdo, la sinrazón y su confrontación con la "moral natural" fue un tema recurrente en la obra de Camus. Albert Camus, escritor y filósofo francés nacido en Argelia el 7 de noviembre de 1913, ha sido catalogado, junto con Jean-Paul Sartre, como uno de los máximos exponentes del existencialismo.[22] No obstante, frente al pesimismo esencial de Sartre, Camus sostiene la defensa contra la sinrazón a través del arquetipo del hombre rebelde.

El hombre rebelde es un eco de la tragedia griega, y por tanto de la universal tragedia humana. Ésta se traduce en el intento por enfrentarse al destino ya sea como designio de los dioses, ya como el absurdo y el patetismo impuesto por la sociedad contemporánea. "El absurdo no tiene sentido sino cuando no se consiente",[23] es el manifiesto del hombre rebelde, "la única dignidad del hombre (es) la rebelión tenaz contra su condición, la perseverancia de un esfuerzo tenido por estéril".[24] La rebelión es la única salida posible del absurdo, de la sinrazón del sometimiento a la desesperanza.

[20] Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, p. 152.
[21] Esta aclaración cabe, dada la excesiva fe que ponemos en "desentrañar el sentido de la norma" o, peor aún, "entender al espíritu del legislador".
[22] Clasificación a la que se opuso vehementemente.
[23] Camus, Albert, *El mito de Sísifo*, Biblioteca Camus, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
[24] *Idem.*

Pero, ¿acaso el concepto de rebelión no parece tener una connotación contraria a toda ley? ¿La rebelión no es sinónimo de la negación del derecho como concepto y realidad? ¿Cómo entender al hombre rebelde conciliándolo con un respeto a la noción de orden jurídico?

Camus era consciente de esta aporía entre rebelión y derecho y la resuelve maravillosamente en su ensayo *El hombre rebelde*,[25] donde afirma: "La dominación absoluta por la ley no representa a la libertad, pero tampoco lo hace la anarquía absoluta... La libertad existe sólo en un mundo donde lo permitido se define al mismo tiempo que lo prohibido. Sin ley no hay libertad".[26] La rebelión entonces no significa buscar el rompimiento con todo vínculo social sino que, como lo explica Charles Moeller: "La verdadera rebelión supone una 'naturaleza humana' que es preciso respetar, una fraternidad terrestre que es preciso defender, un límite que no debe ser nunca traspasado".[27]

La rebelión así entendida es, como el derecho, un límite que se encuentra en la naturaleza humana. Como una reivindicación de claridad y de unidad, "la rebelión expresa...la aspiración a un orden".[28] Yo solamente añadiría, para conciliar completamente el pensamiento de Camus, entre rebelión y derecho, un *orden justo*.

Esta idea de Camus también se evidencia en su última novela *La caída*, donde, en palabras del juez-penitente, Jean-Baptiste Clamence: "Quien se adhiere a una ley no teme el juicio que le sitúa en un orden en el que cree. Pero el más alto tormento humano es ser juzgado sin ley".[29] Y agrega unas líneas después: "Privados de su freno natural, los jueces castigan al azar, golpean por partida doble".[30]

Esta última frase es la que nos permite entrar en materia: el valor moral en la administración de justicia para Camus. A través del arquetipo del juez-penitente, Camus sostiene uno de sus principales postulados: para hacer justicia es necesaria la empatía y solidaridad entre quien administra y quien está sometido por la justicia.

[25] El hombre rebelde es en sí mismo un ensayo donde a partir de la literatura y sus autores (Sade, Lucrecio, Nietzche, Blake, etc.) se busca reflexionar en torno a la moral y el derecho por lo que hace a su relación en la sociedad posmoderna.

[26] Camus, Albert, *El hombre rebelde*, Ed. Aguilar, Madrid, 1981, p. 609.

[27] Charles Moeller, *Literatura del siglo XX y cristianismo*, t. I, " El silencio de Dios", Madrid, Gredos, 1964, p. 96.

[28] Camus, Albert, *op. cit.*, pp. 607-712.

[29] Camus, Albert, *La caída*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 102.

[30] *Idem*.

El apotegma del juez-penitente es el siguiente: "La sentencia que uno aplica a los demás termina por volverse contra uno, a la cara, de frente, con bastantes desperfectos. Ya que no podemos condenar a los demás sin juzgarnos, es necesario abrumarse de culpa uno mismo para tener derecho a juzgar. Ya que todo juez se convierte algún día en penitente, habrá que recorrer el camino en sentido inverso y profesar la penitencia para poder terminar siendo juez".[31]

Una de las principales teóricas del movimiento Derecho y Literatura, Martha Nussbaum, establece precisamente esta empatía y solidaridad, asimilable en el caso de Camus al juez-penitente, como uno de los principales beneficios formativos que puede otorgar la literatura al derecho. En palabras de Nussbaum: "Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura moral que nos exige preocuparnos por el bien de otras personas cuyas vidas son distantes a las nuestras".[32]

No obstante, como critica Rodrigo Díez Gargari,[33] la empatía y la lección moral no se derivan automáticamente de la lectura. Es aquí donde reside la responsabilidad y la consciencia de que la elección de obras es necesariamente sesgada y dependerá del criterio de cada autor, profesor y crítico. La posibilidad de toda disciplina y aproximación formativa debe partir de un principio moral fundamental: el reconocimiento de nuestra necesaria parcialidad.

En este orden de ideas, el peligro de utilizar a la literatura como un fin en lugar de un medio, como un objetivo deseable en sí mismo, como una verdad transformadora y autoevidente, se puede salvar con el otro elemento necesario de la empatía: el reconocimiento del *yo* que afectará la definición del *nosotros* que se busca formar. En palabras nuevamente del juez-penitente: "Entonces, imperceptiblemente, paso en mi discurso del "yo" al "nosotros". Cuando llego al "esto es lo que somos", la suerte está echada, ya puedo cantarles sus cuatro verdades. Soy como ellos, por supuesto, estamos en la misma sopa. Sin embargo, yo tengo una superioridad, la de saberlo, lo cual me otorga el derecho a hablar".[34]

[31] *Ibidem*, p. 120.

[32] Martha Nussbaum, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, 1995, Beacon Press, p. xvi.

[33] Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, p. 5.

[34] La caída, *op. cit.*, p. 103.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

V. De tolerancia y justicia: análisis de *El extranjero*

Pues bien, esa conciencia de la igualdad humana que implica el tránsito del "yo" hacia el "nosotros" es, en nuestra opinión, uno de los temas centrales que se tratan en *El extranjero*. La novela se divide en dos partes; en la primera se hace una descripción parcial y generalizada de la vida del señor Meursault, en la segunda se describe el proceso conforme al cual se le condena a muerte por el homicidio de un árabe. Pues bien, nuestra hipótesis es la siguiente: la novela de *El extranjero* es una antítesis de los dos arquetipos morales creados por Camus.

En primer lugar, el hombre rebelde se contrapone a Meursault, quien en su vida afectada por la cotidianeidad pierde su carácter de sujeto autónomo y por tanto queda desvinculado de toda responsabilidad o culpa. Meursault es un verdadero antihéroe, no se contrapone al designio divino ni humano, no hay lucha interna que motive sus actos, su coherencia interna lo lleva a la apatía externa. No puede considerársele inmoral, sino más bien, amoral, pero esta omisión se considera sancionable dentro de la intención narrativa de la obra.

En segundo lugar, el juez-penitente se contrapone al juez que conoce del homicidio, al Procurador que lo acusa y a la sociedad que lo condena. Éstos, buscan imponer la salvación únicamente por medio de su fe; desconocen la humanidad "del árabe", víctima del delito y después le niegan esa misma calidad a Meursault por ser un "desalmado";[35] juzgan sin empatía y peor aún, criminalizan un aspecto ideológico. Es esto, y no el reproche del acto homicida, lo que motiva la sentencia que llevara a nuestro protagonista a la muerte. Los hechos descritos en la novela son los siguientes:

I. En un día de agosto al mediodía Meursault, francés de alrededor de treinta años de edad, salió a caminar por la playa de Argel junto con sus amigos Raimundo Sintes y Masson, dónde presenció el enfrentamiento entre estos últimos y dos árabes. El enfrentamiento llevó a que uno de los árabes sacara un cuchillo e hiriera a Raimundo Sintes en la boca y brazo. Después de encontrar espacio suficiente, los dos árabes escaparon y Meursault y Masson llevaron a Raimundo Sintes a una clínica cercana a la casa de playa dónde pasaban las vacaciones junto con María Cardona, amante del primero y la Sra. Masson, esposa del segundo.
II. Meursault regresó a la casa de playa con las mujeres para avisarles sobre lo ocurrido.
III. Hacia la 1:30 PM, Raimundo regresó con Masson a la casa de playa.
IV. Unos minutos más tarde, Raimundo Sientes abandonó la casa de playa a pesar de las advertencias de sus amigos preocupados por su estado de salud. Meursault lo siguió y reencontraron a los árabes del altercado en la mañana. Raimundo Sientes le preguntó a Meursault si podía dispararle con el revólver que llevaba en el bolsillo a lo cual este último le contestó que si quería vengarse debía hacerlo mano a mano. Pasados unos minutos los dos árabes se retiraron sin que se produjera un nuevo altercado.
V. Después de regresar a la cabaña con Raimundo, Meursault salió nuevamente a caminar por la playa. Tras unos minutos, Meursault se encontró nuevamente con el árabe que había atacado a Raimundo Sientes, quien se incorporó y puso su mano en el bolsillo. La distancia entre ambos sujetos era de aproximadamente doce metros. Al acercarse Meursault, el árabe sacó el cuchillo. Segundos más tarde, Meursault sacó el revólver que había tomado de Raimundo Sientes y disparó una vez contra el árabe. Unos segundos después, Meursault disparó otras cuatro balas que penetraron el cuerpo inerte del árabe.

Hasta aquí cambiamos la narración de un estilo literario, el original de la novela, a uno jurídico, una narración de hechos. Esto implica prescindir de la descripción del pensamiento del narrador-personaje principal,[36] así como de las adjetivaciones y argumentos emocionales propios de un texto literario. No obstante, como mera narrativa descriptiva, los hechos corresponden con aquellos planteados en *El extranjero*.

[35] Camus, Albert, *El extranjero*, Alianza Emecé, Madrid, 1998, p. 117.

[36] En el canon que corresponde a la narración en primera persona.

Esta manipulación del texto obedece a nuestro propósito de demostrar la falta de intención en Meursault para cometer el homicidio. Esto es relevante porque esta falta de intención, que debería ser un elemento fundamental para valorarse en la tipificación del delito y más claramente en la determinación de la pena, no se analiza por el juez que condena. Como demostraremos a continuación no es una acción dolosa, sino una omisión culposa la que se sanciona, en este caso además, una omisión de carácter social y quizás, cuando mucho, moral.

En efecto, desde un principio, el abogado que conoce de su causa, comienza preguntándole a Meursault sobre su reacción emocional frente a la muerte de su madre por ser esto muy importante y de lo cual depende el éxito de su causa. Es aquí donde comienza el *quid* de nuestro análisis: ¿el juicio de reproche que se hace a Meursault es por una razón jurídica u obedece más bien a su incapacidad para comportarse como lo dictan los meros convencionalismos sociales?

Desde la instrucción del procedimiento, se hizo una investigación que determinaba que había dado "pruebas de insensibilidad" durante el funeral de su madre. Este sería el elemento principal para la criminalización de nuestro anti-héroe. Cuando el abogado de oficio le pregunta si había sentido pena aquel día, Meursault responde: "Sin duda quería mucho a mamá, pero eso no quería decir nada. Todos los seres normales habían deseado más o menos la muerte de aquellos a quienes amaban. Aquí el abogado me interrumpió y pareció muy agitado. Me hizo prometer que no diría tal cosa en la audiencia ni ante el juez instructor".[37]

Desde este momento podemos vislumbrar que el reproche NO SE DIRIGE *hacia la conducta cometida* SINO *hacia la persona de Meursault*. Si éste hubiera mostrado dolor frente a la muerte de su madre, luego entonces sus disparos contra el árabe no habrían sido los de un *desalmado*. No obstante ello, la novela deja claro que no logra sentir aflicción alguna por ello, es más, su preocupación radica en no poder sentir la tristeza y pesadumbre que la sociedad (sea el portero de la funeraria, María Cardona, su abogado o el juez de su causa), le exige.

[37] *El extranjero*, *op. cit.*, p. 75.

Así las cosas, las pruebas que se muestran para acusar la amoralidad de Meursault son diversas:

1. Sobre su madre:

   a) La novela empieza con éste expresando: "Hoy ha muerto mamá. O quizá ayer. No lo sé. Recibí un telegrama del asilo".[38]
   b) Una vez en el asilo, se niega a ver el cuerpo de su madre y realiza reflexiones que demuestran su indiferencia. En lugar de llorarle, de expresarle su dolor, conversa con el conserje; le molesta el llanto de las mujeres, e incluso el entierro le resulta pesado, tortuoso.
   c) Al volver al trabajo, su patrón lo saluda por el luto y le pregunta por la edad de su madre. No la recuerda. Da una edad aproximada.

2. Sobre su indiferencia:

   a) Ante la propuesta de su jefe de promoverlo, enviándolo a trabajar a París, Meursault responde que nunca cambia de vida, que todas valían lo mismo.
   b) Con tal de deshacerse de su vecino Raimundo Sintes, le ayuda a escribir una carta vengativa a su novia "con patadas y al mismo tiempo cosas para hacerla arrepentir".[39] Su amistad comienza con esa carta y se consolida cuando Meursault declara a su favor después de propinarle una golpiza a aquella.
   c) Por la conversación que tuvo con Sintes, sabe que éste mató al perro de otro de sus vecinos, el viejo Salamano. No sólo se guarda esta información sino que cuando encuentra a Salamano desolado por la pérdida de su perro solamente lo acompaña para pasar las horas y su congoja lo sobrepasa, no logra captarla ni está interesado en intentarlo.

[38] *Ibidem*, p. 7.
[39] *Ibidem*, p. 40.

d) Cuando María, su amante, le pregunta si quiere casarse con ella, Meursault responde: "me da igual". Para él, el matrimonio no es cosa seria. Pero si ella desea casarse, él lo haría cuando ella lo disponga.

Las anteriores son pruebas de que Meursault es un extranjero de los convencionalismos sociales y quizás de los preceptos morales pero, más allá del homicidio del árabe, ¿es también su conducta contraria a derecho? No hay prueba en los hechos antes narrados que nos lleven a concluir la comisión dolosa del homicidio, sin embargo, su delito hubiera sido pasado por alto de aceptar su sometimiento a la moral establecida, de ser más "nosotros" y menos "otro".

La argumentación que lo llevó a la muerte decía que "en realidad no tenía alma en absoluto y que en realidad no le era accesible ni lo humano, ni uno solo de los principios morales que custodian el corazón de los hombres".[40] ¿Puede condenarse a muerte a un hombre por actuar solamente contra la moral? ¿No sería esta también una violación a la norma moral de no matar?

El Procurador parece opinar lo contrario y continúa: "No podemos quejarnos de que le falte aquello que no es capaz de adquirir. Pero cuando se trata de este Tribunal, la virtud enteramente negativa de la tolerancia debe convertirse en la menos fácil de la justicia".[41]

Lo que encubre esta bonita frase es en realidad contrario al principio fundamental del derecho penal: *nulla pena, nullum crimen, sine legem*. La norma de no poseer alma, de "matar moralmente a una madre… de poseer un vacío en el corazón que se transforma en un abismo en el que la sociedad puede sucumbir",[42] no es más que un recurso retórico y no jurídico. Nos queda claro que *no hay tolerancia* en esta condena, pero lo que es más importante, *tampoco hay justicia*.

Todavía más, siendo el derecho penal un derecho de *ultima ratio* contraviene su propia esencia; castigar con la pena más severa a alguien que incumple una norma que no se encuentra sancionada por el tipo penal es antijurídico y, por una desproporción en la sanción, también inmoral.

[40] *Ibidem*, p. 117.
[41] *Ibidem*, p. 118.
[42] *Idem*.

Camus critica este derecho que envilece a la moral; es este el derecho que se considera todopoderoso y omnisapiente. La frase con la que comienza el multicitado ensayo, *El Hombre Rebelde*, refleja esta denuncia:

> Hay crímenes de pasión y crímenes de lógica. La frontera que los separa es incierta. Pero el Código penal los distingue, bastante cómodamente, por la premeditación. Estamos en el tiempo de la premeditación y del crimen perfecto. Nuestros criminales ya no son esos niños desarmados que invocaban la excusa del amor. Son adultos, por el contrario, y su coartada es irrefutable: *ésta es la filosofía que puede servir para todo, incluso para cambiar a los asesinos en jueces*.[43]

En *El extranjero*, la premeditación también es solamente una excusa para sostener la supremacía moral del juzgador.[44] Recordando la frase de Jean-Baptiste Clemence: "Sin el freno de la ley, los jueces castigan al azar, golpean por partida doble".[45] Así, lo que me parece valioso de esta manipulación en *El extranjero* es poner a prueba y extrapolar los límites que tienen la moral y el derecho para reflexionar a partir de los mismos.

La línea divisoria que estudiamos desde los cursos de Introducción al estudio del derecho, los círculos que concurren y se alejan en la teoría de Eduardo García Máynez, no tienen una distinción tan clara ni en la narrativa ni en la práctica. No obstante, a nuestro parecer, esta antinomia encuentra con Camus una propuesta de solución: el hombre rebelde y el juez penitente.

Estos dos arquetipos nos permiten salvar la peligrosa tentación de desapegarnos del mundo por un lado, y de juzgar sin empatía por el otro. ¡Qué mejores normas morales que estas dos! Una se refiere a la forma en que debemos comportarnos con nuestros semejantes, la otra a cómo se logra la verdadera justicia.

A medida que nos alejamos de Meursault y nos acercamos al hombre rebelde estamos libres de la apatía y entendemos la moral no como

[43] El hombre rebelde, *op. cit.*, p. 14. Cursivas nuestras.
[44] Es pertinente en este supuesto recordar la máxima del poeta Juvenal: *¿Quis custodiet ipsos custodes*? (*¿Quién custodia a nuestros custodios?*, o, en este caso, ¿Quién juzga a nuestros jueces?).
[45] La caída, *op. cit.*, p. 102.

una imposición sino como algo lógico dentro de la dimensión social del ser humano. A medida que nos alejamos del juicio que solamente busca enaltecer la supuesta superioridad moral del juzgador y nos acercamos al juez-penitente podemos entender la verdadera tolerancia que *supone*, y *no se contrapone* a la justicia. El derecho debe ser un medio para orientarnos hacia estos dos arquetipos morales y no para dar falsas apariencias de superioridad moral, solamente así podremos transitar a una tolerancia dentro de la justicia que parta del esencial reconocimiento del "otro" como uno más de "nosotros".

VI. Conclusiones

Las relaciones entre literatura y derecho son muchas y muy variadas. Desde la función expositiva y didáctica hasta la reflexión en torno a la argumentación jurídica y a la necesidad de contar con distintas escuelas de interpretación, aún queda mucho por aprovecharse de este binomio virtuoso. Empero, al mismo tiempo debemos ser cuidadosos de no exagerar las aportaciones de la narrativa literaria a la disciplina jurídica: la selección de textos "edificantes" no produce una transformación moral por sí misma, esta será la labor del docente, escritor y en general, del jurista que orienta la reflexión del lector.

Esta orientación, a su vez, implica una importantísima cuestión moral: la responsabilidad por nuestra opinión y el deber de presentarla como una verdad parcial y distinta a la intención original del autor. La lógica interna y la finalidad de un texto literario no es la misma que la de un texto jurídico. La ejemplificación de casos a través de novelas, cuentos y poesía implica siempre la posibilidad de una lectura distinta e incluso contraria del mismo texto.

Teniendo clara esta responsabilidad, lo primero que debemos hacer es explicar abiertamente cuál es el sentido con el que manipularemos el texto literario para sostener determinada hipótesis jurídica. En el artículo que ahora concluimos, nuestra hipótesis consistió en la representación de los postulados morales de Camus a partir de sus arquetipos, el hombre rebelde y el juez-penitente, así como su conflicto medular con sus antagonistas, Meursault y los jueces sin empatía.

Nosotros manipulamos este conflicto que en *El Extranjero* tiene un carácter literario, para darle una apariencia jurídica que nos permitiera conocer los hechos delictivos y los hechos extra-jurídicos sancionados. Este análisis nos permitió abrir la reflexión sobre los fines de la moral y el derecho para intentar determinar si una conducta amoral pero jurídica podía y debía castigarse penalmente. La problemática cobra así una entidad dentro de la teoría de la justicia.

Como intentamos proponer, la solución se encuentra en los arquetipos morales que para ese efecto plantea Camus e implican una empatía real, autoconsciente y liberadora expresada en normas sociales, tanto morales como jurídicas. Esta solución funciona también en dos niveles: es adecuada respecto de la relación entre moral y derecho pero también respecto de la relación entre literatura y derecho. Así como no podemos encadenarnos a una moral cerrada que condena ciegamente, así tampoco debemos limitarnos a la interpretación *única* y *verdadera* del texto literario. La tolerancia es por tanto el valor que nos lleva a la justicia, al mismo tiempo nos permite acercarnos con respeto, humildad y asombro hacia otras disciplinas y hace del *extranjero moral* un *ciudadano universal*.

LA RENOVACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO: EL CENTRO DE INVESTIGACIÓN E INFORMÁTICA JURÍDICA "MANUEL HERRERA Y LASSO"

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

A la memoria de D. Manuel Herrera y Lasso, alumno fundador, maestro durante más de 50 años, Rector Honorario y Profesor Emérito de nuestra Escuela, en el 120 Aniversario de su nacimiento.

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *La investigación en la Escuela Libre de Derecho*. III. *El Centro de Investigación*. IV. *Anexo. Lineamientos para la operación del Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso"*.

I. PRELIMINAR

La investigación jurídica siempre ha ocupado una parte central en la vida de la Escuela Libre de Derecho. Su vocación fundacional por la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, así como su característico sello de formación teórico-práctica de abogados-juristas, se han traducido –a lo largo de su casi centenaria historia– en numerosos y sobresalientes frutos de investigación.

En efecto, desde la permanente exigencia de la tesis profesional como un requisito necesario para obtener sus grados académicos y la formación de una de las mejores bibliotecas jurídicas de México, pasando por la apertura de los seminarios de investigación, la edición continua de su *Revista de Investigaciones Jurídicas* durante los

últimos treinta años y sus múltiples fondos editoriales, hasta llegar a la fundación, en 1973, de su Instituto de Investigaciones Jurídicas –cuyos trabajos se están retomando, después de una prolongada interrupción, hasta nuestros días–, la Escuela Libre de Derecho y quienes forman parte de su comunidad, han prestado una contribución significativa a la investigación jurídica de nuestro país.

Sin embargo, los múltiples esfuerzos de investigación que se han venido realizando –tanto dentro de nuestra Escuela cuanto individualmente por parte de sus ex alumnos– pueden y deben ser objeto de una mejor organización, de una articulación más adecuada y de un apoyo institucional más eficiente, que permitan a sus alumnos, egresados y profesores concretar de manera más sencilla y profesional sus propios trabajos científicos.

Dentro del anterior contexto y durante los últimos años, se ha venido preparando el camino para la re-institucionalización de los trabajos de investigación en nuestra Escuela, particularmente durante los rectorados de Mario Becerra Pocoroba, F. Jorge Gaxiola Moraila y, de manera especialmente destacada, durante el de Ignacio R. Morales Lechuga.

Sin embargo, fue el hasta el pasado 6 de julio de 2010, que la Junta Directiva, presidida por nuestro actual Rector, Fauzi Hamdan, tomó una decisión histórica: crear el Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso", aprobando un *Proyecto* preliminar para el inicio de sus trabajos y los *Lineamientos para la operación* del mismo.[1]

[1] El *Proyecto ejecutivo* y los *Lineamientos para la operación del Centro* se acompañan como anexos del presente artículo. Cabe destacar que desde octubre de 2007 el suscrito fue invitado por la Junta Directiva para la elaboración de dicho proyecto, habiéndose presentado desde entonces diversas propuestas en 2007, 2008, 2009 y 2010. En la preparación del *Proyecto para el Centro de Investigación e Informática Jurídica*, debo reconocer las perspectivas, aportaciones e ideas de múltiples personas, que pude allegarme desde 2007; dentro de nuestra comunidad escolar, me fueron especialmente valiosas las entrevistas y conversaciones que sostuve con los rectores Ignacio Morales, Jorge Gaxiola y Fauzi Hamdan, así como con todos los miembros de sus Juntas Directivas, debiendo destacar de un modo especial el compromiso y apoyo a este proyecto recibido por parte del Vocal, Pascual Orozco. Entre los profesores y egresados cuyas opiniones y perspectivas me fueron de mayor utilidad, no puedo dejar de citar, en orden alfabético, a: Horacio Aguilar Álvarez, Luis N. Cacho Pérez, Rolando Cañas Moreno, Salvador Cárdenas Gutiérrez, Mauricio Cárdenas Guzmán, María del Carmen Carmona, Luis Alberto Domínguez González, Ernesto Enríquez Castillo, Rafael Estrada Sámano, Rafael Estrada Michel, Miguel Ángel Fernández Delgado, Ismael Gómez Gordillo y Ruelas, Karen González Rodríguez, Óscar Gutiérrez Parada, David Hernández González, Pablo Hernández-Romo Valencia, José Antonio López Padilla, Fernando Martínez García de León, Mauricio Oropeza y Segura, Gisela Oscós Said, Raúl Pérez Johnston, Jorge Pineda Villarreal, Ricardo Sepúlveda Iguíniz, Óscar Servín González, Raymundo Vázquez Castellanos, Sergio Vela Martínez, Francisco Villalón Ezquerro, Fernando Villaseñor Rodríguez, entre muchos de valiosa contribución. Fuera de nuestra Escuela, he tenido oportunidad también de recoger las experiencias de varios directivos e investigadores, destacando especialmente las de Héctor Fix-Fierro, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, José Antonio Lozano Díez, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Hugo Saúl Ramírez, Secretario de Investigación y Director del Instituto Panamericano de Investigación Jurídica, Víctor Rojas Amandi, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Jorge Cerdio, Director del Departamento de Derecho del ITAM, Ricardo Sodi Cuéllar, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, Óscar Cruz Barney, investigador de la UNAM y Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Pedro Salazar Ugarte, Secretario Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Jorge Adame Goddard, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Juan Javier del Granado, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, María del Carmen Platas Pacheco, investigadora de la Universidad Panamericana, Raúl González Schmall, investigador de la Universidad Iberoamericana y Jorge Witker, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre muchos otros de valiosa contribución. También reconozco, por último, los proyectos que en su momento fueron presentados por Ricardo Sepúlveda Iguíniz y Jorge Adame Goddard.

La valoración del referido acuerdo, sus antecedentes históricos y la misma presentación del nuevo Centro de Investigación e Informática y Jurídica constituyen el objeto del presente trabajo, que también pretende difundir entre la comunidad académica de nuestra Escuela –y en general dentro del foro– su sentido y alcance.

El presente artículo consta de tres partes: la primera, destinada a reseñar brevemente los principales antecedentes y realizaciones de la investigación dentro de la Escuela; la segunda, que expone en términos generales el proyecto de investigación que habrá de dar vida al Centro y; finalmente, la tercera, donde se acompañan como anexos el *Proyecto ejecutivo* y los *Lineamientos de operación* del Centro de Investigación.

II. La investigación en la Escuela Libre de Derecho

Desde su fundación en 1912 y a lo largo de toda su historia nuestra institución ha tenido por "objeto exclusivo la enseñanza de las cien-

cias jurídicas y sus auxiliares, con independencia de todo fin político o credo religioso".[2]

Más explícitamente, nuestro *Estatuto* vigente establece que el objeto de la Escuela es "la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares".[3]

Desde un punto de vista cronológico, la investigación y difusión de la cultura jurídica promovida por la Escuela Libre de Derecho

[2] Sobre la historia de la Escuela Libre de Derecho, sus documentos, valores y aportaciones, pueden verse las siguientes obras: Jorge Adame Goddard, "La libertad en la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 7, México, Escuela Libre de Derecho, 1983; Margarita de la Cabada Betancourt, *Naturaleza jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1982; Jaime del Arenal Fenochio; *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999; *Escuela Libre de Derecho: 70 Aniversario*, México, Escuela Libre de Derecho, 1982; *Escuela Libre de Derecho, tiempo y memoria 1912-2002*, México, Ed. Themis, 2002; *Escuela Libre de Derecho. memoria y tiempo 1912-2007*, México, Ed. Themis, 2007; Bernardo Fernández del Castillo, "La fundación de la Escuela Libre de Derecho", en *Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México*, año 1, núm. 3, México, 2003; Germán Fernández del Castillo, "Noticias históricas sobre la Escuela Libre de Derecho", en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, núms. 1-12, México, 1928; Javier Garciadiego, "Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17, México, Escuela Libre de Derecho, 1993; Manuel Herrera y Lasso, *Casa construida sobre roca: la Escuela Libre de Derecho y otros escritos*, México, Escuela Libre de Derecho, 2002; Manuel López Medina, "De nuestra septuagenaria historia", en *Escuela Libre de Derecho: 70 Aniversario*, México, Escuela Libre de Derecho, 1982; Mauricio Oropeza y Segura, "Recordando a don Manuel Herrera y Lasso", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 16, México, Escuela Libre de Derecho, 1992; Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975; Juan Pablo Pampillo Baliño. "Los valores de la Escuela Libre de Derecho. Tradición, actualidad y perspectivas", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 29, México, Escuela Libre de Derecho, 2005; "Breves notas sobre el nuevo plan de estudios de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 33, México, Escuela Libre de Derecho, 2009; "Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, México, Escuela Libre de Derecho, 1990; Emilio Rabasa, *Discurso pronunciado en el XIII Aniversario de la Escuela*, México, Editorial Escuela Tipográfica Salesiana, 1925; Antonio Rosado Buzzo, *Naturaleza jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1980; y Enrique Torroella de la Estrada, "Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 9, México, Escuela Libre de Derecho, 1985. Doy crédito y agradezco especialmente, las noticias que en materia de historia de la Escuela me ha proporcionado el investigador Francisco Villalón Ezquerro.

[3] *Estatuto y Reglamento General, aprobados por la Asamblea Extraordinaria de la Junta General de Profesores el 19 de octubre de 2005*, México, Escuela Libre de Derecho, 2005.

puede dividirse en tres periodos: a) 1912-1949, b) 1950-1980 y c) 1980-2010.[4]

Durante el primero de ellos, de 1912 a 1949, la investigación y difusión jurídicas se desarrollaron tanto dentro de los propios cursos lectivos, cuanto fundamentalmente a través de las tesis profesionales –investigación teórica o pura– y de los casos prácticos –investigación práctica o aplicada–, requeridas para obtener el título de abogado, de acuerdo con los reglamentos entonces vigentes. Durante esos primeros 37 años de vida de nuestra institución se produjeron 779 tesis y casos prácticos.

Asimismo, se constituyó desde entonces el fondo originario de la Biblioteca, según parece desde 1920, gracias a la iniciativa del entonces alumno Noé Graham Gurría, Presidente de la Sociedad de Alumnos, y Javier Piña y Palacios –quien luego sería investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM– llegando sus acervos al final del periodo a alcanzar los 8 000 volúmenes, así como empezando para entonces la todavía incipiente conformación de la hemeroteca.

A lo largo de este primer tramo en el desarrollo de la investigación en la Libre, la difusión jurídica encontró sus primeros cauces de expresión en la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, que se publicó de 1914 a 1928, así como en el *Boletín Jurídico Bibliográfico de la Escuela Libre de Derecho*, que apareció en el periodo 1940-1943.

La *Revista Jurídica* fue originalmente una iniciativa de la Sociedad de Alumnos de la Escuela, apoyada por el Rector Agustín Rodríguez, que por acuerdo de la Junta General de Profesores de junio de 1921, fue posteriormente adoptada por el gobierno de la Escuela. Fueron directores de la misma, Carlos Pichardo, Manuel Herrera y Lasso y Carlos Rovalo; escribieron en ella juristas de la talla de Jacinto Pallares, Demetrio Sodi, Agustín Rodríguez, Miguel S. Macedo y

[4] Para la redacción de este epígrafe de antecedentes, en general he seguido el excelente artículo de Manuel López Medina, "Investigación y difusión jurídicas en la Escuela Libre de Derecho (1912-1980)", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 4, Escuela Libre de Derecho, México, 1980. También me han sido útiles los siguientes trabajos: Jaime del Arenal Fenochio. "La investigación en la Escuela Libre de Derecho", documento inédito, fechado el 31 de mayo de 2007, presentado por el Secretario Académico a la Junta Directiva, y Laura Trigueros, "Instituto de Investigaciones Jurídicas", *70 Aniversario de la Escuela Libre de Derecho*, 1982.

Pedro Lascuráin. Dentro de la misma se publicaron –entre otros meritorios trabajos– la traducción del *Derecho de los aztecas*, de Kohler, debida a Carlos Rovalo, así como las interesantísimas y sazonadas *Noticias históricas de la Escuela*, escritas por Germán Fernández del Castillo.

Por su parte, el *Boletín*, fundado bajo el rectorado de Germán Fernández del Castillo, alcanzó una gran difusión en México, en toda América e inclusive en Europa, y permitió relacionar a la Escuela en el ámbito internacional y propiciar intercambios de revistas muy útiles. Fue dirigido por Felipe Gómez Mont y dentro del mismo colaboraron, entre otros, David Casares, Fernando Sodi Pallares, José Becerra Bautista y Víctor Manuel Ortega.

Además –también en la parte de difusión– se publicaron varios libros con motivo del XXV Aniversario de la Escuela, gracias a los trabajos de una comisión creada *ad hoc* para los festejos. Los trabajos de dicha comisión derivaron en dos series de publicaciones.

La primera, conocida como Serie A, comprendió diversos textos generales, entre los que destacan obras como los *Apuntes para la historia del derecho en México*, de Toribio Esquivel Obregón; *Breve historia de las divisiones territoriales*, de Edmundo O'Gorman; *El derecho administrativo y la ciencia de la administración*, de Gustavo R. Velasco; *Evolución doctrinal del derecho internacional privado*, de Eduardo Trigueros; *Los Convenios de Bucareli ante el derecho internacional*, de Antonio Gómez Robledo; *Algunas consideraciones acerca de la historia diplomática de México*, de Francisco León de la Barra, y *México y sus constituciones*, de Felipe Tena Ramírez.[5]

La segunda, conocida como Serie B, reunió libros de naturaleza más bien monográfica –que siguieron siendo publicados después con motivo del XXX Aniversario de la Escuela– sobresaliendo entre ellos: *Notas para el estudio del derecho internacional privado*, debidas a

[5] Además de las obras citadas en el cuerpo del trabajo, integraron esta serie A: *El sobreseimiento de los amparos administrativos en materia fiscal*, de M. G. Villers; *Posibilidades de algunos sistemas sociales y políticos*, de Joaquín Márquez Montiel; *Nuevos sistemas político-económicos*, de Carlos Roel; *Actos de administraciones usurpadoras ante el derecho internacional*, de Emilio Guzmán Tagle; diversos estudios de derecho penal de Luis Farías Angulo, Antonio Vera Guillén, José Soto Borja, Antonio Ponce Lagos, Antonio Fernández del Castillo, Lázaro Martínez y Antonio de P. Moreno, y dos estudios, de Mariano Alcocer, el primero, y de Fernando Illanes Ramos, el segundo.

Eduardo Trigueros; *Estudios de derecho constitucional*, escritos por Manuel Herrera y Lasso; *Derecho constitucional mexicano*, de Felipe Tena Ramírez, y los dos tomos de *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*.[6]

Durante el segundo periodo, de 1950-1980, debe destacarse la incorporación dentro del Plan de Estudios de los seminarios, establecidos a partir del curso de 1950 y diseñados como "centros de estudios e investigaciones, individuales y colectivas".[7]

Adicionalmente, en 1974, se estableció el 'preseminario', origen de la actual asignatura de Introducción a la investigación jurídica y, en 1977, se crearon tres tipos distintos de seminarios: de estudio, de investigación y de tesis, articulados en torno a un sistema de coordinación que en su momento fue confiado a Jorge Adame Goddard.

Dentro de este segundo periodo merece un lugar especial la creación, el 8 de junio de 1973, por acuerdo de la Junta General de Profesores, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde colaboraron en diversos momentos Ramón Sánchez Medal, Jorge Adame Goddard, Jaime del Arenal Fenochio, Elisur Arteaga Nava, Fauzi Hamdan Amad, Laura Trigueros Gaisman, María del Carmen Carmona Lara, Eduardo de Ibarrola Nicolín, Martín Díaz y Díaz, Miguel Ángel Fernández Delgado, Manuel López Medina, Gisela Oscós Said, Josette Serrato Combe, Francisco Javier Villalón Ezquerro, José Manuel Villalpando César, Luis N. Cacho y Laura Urbina.[8] Cabe destacar también la participación, aunque no fuera propiamente miembro del Instituto, de Fernando A. Vázquez Pando, quien ejerció una benéfica influencia intelectual sobre varios de sus investigadores.

A los trabajos del Instituto y de sus investigadores se debe, entre otras cosas, el establecimiento desde 1977 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, conformándose desde entonces un Consejo Editorial, del cual fueron miembros en un principio Roberto Núñez y Escalante, Elisur Arteaga Nava, Josette Serrato Combe y Fauzi

[6] También integraron la serie B, *El derecho penal en México*, de Ricardo M. Abarca; *Apuntes para la historia del origen y desenvolvimiento del Regio Patronato Indiano hasta 1857*, de Jesús García Gutiérrez, y *Principios de derecho procesal penal mexicano*, de Juan José González Bustamante.

[7] Sobre los planes de estudio históricos de nuestra Escuela puede verse: Pampillo, "Breves notas...", *op. cit.*, *passim*.

[8] *Cfr.* López Medina. "Investigación y difusión..., *op. cit.*, *passim*.

Hamdan Amad, quien ha continuado como parte del mismo hasta la fecha. Dicho Consejo, que subsiste hasta nuestros días, se encuentra actualmente presidido por Francisco de Icaza Dufour e integrado por Fauzi Hamdan, Jaime del Arenal, Jorge Adame, Carlos Müggenburg y Gisela Oscós.

Entre otras aportaciones del Instituto se pueden mencionar también la preparación de la obra en varios volúmenes *Legislación Pública Estatal*,[9] así como la organización y clasificación de la Biblioteca, en la que participaron Josette Serrato, Jorge Adame, Jaime del Arenal y Manuel López Medina, y de la Hemeroteca, en la que intervinieron Laura Trigueros y María del Carmen Carmona, con la colaboración de varios alumnos. Además, los fondos de la Biblioteca fueron enriquecidos gracias a las adquisiciones hechas durante este periodo por Jaime del Arenal Fenochio como Secretario Académico y responsable de la Biblioteca, con la colaboración de Francisco Javier Villalón Ezquerro, así como de Pedro y María Fernanda Barrera Cristiani.

A lo largo de este periodo, se editaron, con motivo del L y LXV Aniversario de nuestra Escuela, los libros de la Serie C, dentro de los que destacan *El conocimiento de lo social*, de Isaac Guzmán Valdivia; *El proceso civil en México*, de José Becerra Bautista; la Segunda Serie de los *Estudios constitucionales*, de Manuel Herrera y Lasso; *Estudios penales*, de Raúl F. Cárdenas, y *Derecho procesal en serio y en broma*, de Niceto Alcalá Zamora.[10]

Por último, cabe destacar que durante esta etapa se recibieron 884 abogados, mediante la presentación de sus respectivas tesis y casos prácticos.

Así llegamos finalmente al periodo actual, que va de 1980 a 2010, donde cabe subrayar en primer lugar la edición continua de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, misma que ha alcanzado ya su número 34, cuyos índices por autores, temático y analítico, pueden consultarse en los números 11, 21 y 31 gracias a la acuciosa laboriosidad de Manuel López Medina y de Miguel Ángel Fernández.[11]

[9] Los treinta volúmenes de la colección fueron editados entre 1984 y 1987 por la Escuela Libre de Derecho, el Conacyt y el IMSS, habiendo participado en su elaboración Elisur Arteaga, Jaime del Arenal, Gisela Oscós, Alba Elia Ruiz Pérez.

[10] Las demás obras fueron: *Sucesiones en derecho mexicano*, de Luis F. Uribe, y el *Tratado de la organización internacional*, de Francisco Cuevas Cancino.

Dentro de este lapso de tiempo deben destacarse también los libros y monografías publicados por el Comité Editorial y por el Fondo para la Difusión de la Cultura Jurídica, encabezados ambos por Francisco de Icaza, entre los cuales destacan: *70 Aniversario de la Escuela*; *Estudios políticos y constitucionales* de Manuel Herrera y Lasso; *La propiedad y la expropiación*, de Germán Fernández del Castillo; la edición conmemorativa de la *Recopilación de Leyes de Indias*, a cargo de Francisco de Icaza; *Del derecho hebreo al derecho soviético*, de Miguel Villoro Toranzo; *La organización financiera de las Indias*, de Ismael Sánchez Bella; *La crisis de la deuda y los desequilibrios constitucionales*, de Fernando A. Vázquez Pando; *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, de Jaime del Arenal; *Las fuerzas armadas y la ley*, de José Manuel Villalpando; *Casa construida sobre roca*, de Manuel Herrera y Lasso y *La influencia del constitucionalismo anglosajón en Emilio Rabasa*, de Alonso Lujambio. Igualmente, formando parte de la colección de "Varia Jurídica", destacan: *La libertad religiosa en México*, de Jorge Adame; *La reforma monetaria de 1905*, de Francisco Borja, y *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*, de Martín Díaz y Díaz.[12]

[11] En efecto, cada diez años se han publicado los índices de nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas*, por autores, por disciplinas, por novedades legislativas, el misceláneo relativo a las noticias, semblanzas y discursos de la Escuela y el analítico. *Cfr.* Manuel López Medina, "Índices a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*: 1977/1986", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 11, México, Escuela Libre de Derecho, 1987; Miguel Ángel Fernández, "Índices a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*: 1987-1996", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 21, México, Escuela Libre de Derecho, 1997; Miguel Ángel Fernández, "Índices a la *Revista de Investigaciones Jurídicas*: 1997-2006", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 31, México, Escuela Libre de Derecho, 2007. Agradezco al maestro Francisco de Icaza la oportunidad que me ha dado de colaborar con él en los trabajos de edición de los números 31, 32 y 33 de nuestra Revista.

[12] Otras obras publicadas por el Comité Editorial y por el Fondo durante este periodo han sido: *Los juristas de la libertad*, de Jaime del Arenal; *La Glosa Magna de Gregorio López*, de Ana María Barrero; *El Estado constitucional en Hispanoamérica*, de Bernardino Bravo Lira; *Libertad y derecho*, de Francisco Carpintero; *La crisis de la ley*, escrita por varios profesores de la Escuela, en colaboración con maestros de la Universidad de Pisa; *Memorias de Hugo Grocio*, de Francisco Cuevas Cancino; *Memorias del 75 Aniversario de la Escuela*, y *La Corte Penal Internacional*, de Berenice Martínez; dentro de la colección de Varia Jurídica, destaca también: *Del pensamiento jurídico contemporáneo*, de Jesús Antonio de la Torre Rangel.

Una especial consideración amerita la Colección editada con motivo de los Festejos del Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho, que ya cuenta con once obras publicadas en los últimos dos años. Entre dichas obras destacan: *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, de Francisco de Icaza; *Nación y Constitución en 1812*, de Rafael Estrada; *Derecho constitucional*, de Pascual Orozco; *Orientaciones jurídicas estudiantiles*, preparada por Jorge Pineda y David Hernández, como antología del pensamiento de Miguel Ángel Hernández Romo; *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, como edición conjunta, en homenaje a la Escuela, de la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Sao Caetano do Sul, la Universidad Nacional de Tucumán y la Universidad de Manizales de Colombia, y el *Estudio de la Ley General de Sociedades Mercantiles*, debida a nuestro maestro emérito, Manuel Lizardi Albarrán.[13]

Dentro de esta etapa hay que mencionar también la apertura de la División de Postgrado, durante el periodo de gobierno del Rector Fausto Rico Álvarez, así como el notable aumento del acervo de

[13] A continuación las referencias bibliográficas de las obras publicadas hasta el momento en Homenaje al Centenario de la Escuela: Francisco de Icaza Dufour, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2008; Rafael Estrada Michel, *Nación y Constitución en 1812*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2008; David Hernández González, *Elementos de derecho monetario mexicano*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2008; Luis Gómez Romero, *El tiempo de los débiles. Garantismo y literatura*, México, Escuela Libre de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid y Ed. Porrúa, 2008; Pascual Orozco Garibay, *Derecho constitucional. El Estado mexicano. Su estructura constitucional*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2009; Jorge Pineda Villarreal y David Hernández González, *Orientaciones jurídicas estudiantiles. Antología de la obra del maestro Miguel Ángel Hernández Romo*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2009; Leopoldo Burruel Huerta, *La responsabilidad del Estado y sus agentes*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2009; Emilio Suñé Llinás (coord.), *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, México, Escuela Libre de Derecho, Universidad de Sao Caetano do Sul, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Manizales de Colombia, Paideia Politeia y Ed. Porrúa, 2009; Juan Pablo Salazar Andreu, *Puebla y sus constituciones federales (1825-1917)*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2010; Felipe Tena Ramírez, *El ideario político-constitucional de los criollos mexicanos de 1808*, México, Escuela Libre de Derecho, Ed. Porrúa y el INEHRM, 2010, y Manuel Lizardi Albarrán, *Estudio de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Comentarios a sus artículos*, México, Escuela Libre de Derecho y Ed. Porrúa, 2010. Dentro de la presente colección, agradezco la oportunidad que me ha dado el maestro Francisco de Icaza para auxiliarle con la revisión, dictamen técnico y apoyo a la edición de varias de las obras que la comprenden.

nuestra biblioteca –debido al impulso que recibieron las adquisiciones durante los rectorados de Miguel Ángel Hernández Romo y Mario Alberto Becerra Pocoroba– que rebasa actualmente los 116 000 volúmenes y que hoy se encuentra acogido por unas instalaciones apropiadas y clasificado de manera adecuada, gracias a las remodelaciones que se hicieron durante la rectoría de Mario Becerra.[14]

En materia de tesis y casos prácticos, se recibieron durante este último tramo 1 754 abogados, dando un total de 3 417 hasta julio de 2010.

Por otro lado, debe reconocerse que las labores institucionales de investigación mermaron drásticamente durante este periodo, quedando confiadas desde 1984 a la Secretaría Académica.[15] Desde entonces, únicamente han realizado producciones científicas como investigadores de la Escuela los ex secretarios Jaime del Arenal y José Manuel Villalpando y, actualmente, los funcionarios contratados Rafael Estrada Michel, Fernando Villaseñor Rodríguez y Juan Pablo Pampillo Baliño.[16]

[14] Tradicionalmente la Biblioteca ha estado a cargo de la Secretaría Académica, que ha coordinado a su personal de servicio. Consecuentemente, han ejercido su gobierno, después del periodo en que fue su Director el Dr. Jorge Adame Goddard, Jaime del Arenal Fenochio, como encargados conjuntos Rafael Estrada Michel y el suscrito y, a partir del nombramiento de Sergio Vela Martínez como Secretario y hasta la fecha el maestro Fernando Villaseñor Rodríguez. Agradezco a los rectores Morales y Gaxiola, que durante sus respectivos periodos de gobierno me permitieron hacer diversas aportaciones a nuestra Biblioteca, entre ellas la realización de un diagnóstico completo de la misma, varios proyectos de adquisiciones, una propuesta para establecer el sistema de anaquel abierto y un proyecto de *Reglamento de Biblioteca*, para normar los servicios que se prestan dentro de la misma, propiciando –bajo principios que aseguren su adecuada preservación– la consulta de su importante Fondo Reservado.

[15] *Cfr.* Del Arenal. "La investigación…", *op. cit.*

[16] También han realizado investigaciones eventuales durante dicho periodo –según se expuso anteriormente– además de algunos de los investigadores del Instituto, como Francisco Villalón Ezquerro, recientemente re-contratado como investigador, Rolando Cañas Moreno, María del Carmen Carmona Lara y Óscar Gutiérrez Parada. Durante los casi tres años que tengo colaborando como funcionario contratado e investigador de nuestra Escuela, agradezco la oportunidad que he tenido de publicar cinco artículos científicos –en revistas indizadas, nacionales y extranjeras– además de mis colaboraciones en nuestras revistas, cuatro capítulos en libros colectivos y un libro de autoría individual, participando asimismo en cinco congresos –tres de ellos internacionales–, dirigiendo durante este tiempo casi diez tesis profesionales de alumnos de licenciatura de nuestra Escuela.

III. El Centro de Investigación

1. Contexto

A partir de los anteriores antecedentes, conviene referirnos ahora al contexto dentro del cual la Junta Directiva ha acordado el establecimiento de un Centro de Investigación e Informática Jurídica.

Dicho contexto viene dado, en primer lugar, por los recientes esfuerzos de renovación académica que han comprometido a la comunidad de nuestra Escuela.

En efecto, tan sólo en los últimos cinco años –durante el Rectorado de Ignacio R. Morales Lechuga– se ha logrado la importante reforma de su *Estatuto* y *Reglamento General* en 2005,[17] la consolidación de su División de Postgrado[18] –especialmente la transformación de los Diplomados en Especialidades y el establecimiento del programa de Maestría en Derecho, con énfasis en el fenómeno de la supranacionalidad en 2006– y la aprobación en 2008 –y todavía

[17] Las anteriores reformas fueron el resultado de un proceso iniciado durante el Rectorado de Mario Becerra Pocoroba, quien presentó una primera iniciativa que fue turnada posteriormente al estudio de una Comisión encabezada por Jaime del Arenal, cuyos trabajos desembocaron en nuevos proyectos que a su vez fueron presentados por la Junta Directiva presidida entonces por el Rector Ignacio R. Morales Lechuga.

[18] Durante muchos años la Escuela se redujo a sus cursos de licenciatura o pregrado, extendiendo su actividad académica únicamente a través de conferencias, seminarios, talleres y, sobre todo durante los primeros años del Instituto de Investigaciones Jurídicas, al desarrollo de Cursos de Actualización. Sólo posteriormente, durante el periodo rectoral de Fausto Rico Álvarez, se estableció la División de Postgrado, donde se impartieron diversos cursos en la modalidad de Diplomados. No fue sino hasta la rectoría de Ignacio R. Morales Lechuga, que sin comprometer la tradicional autonomía de la institución, derivada de su peculiar naturaleza como Escuela Libre, se gestionó y obtuvo, a través de una persona moral distinta, el Reconocimiento de Validez Oficial para impartir Especialidades y Maestría y deferir los grados correspondientes. Agradezco a la Junta Directiva presidida por el Rector Ignacio R. Morales Lechuga la oportunidad de haber colaborado, en su momento, como Secretario de Postgrado, habiendo podido, durante mi breve gestión, implementar los exámenes orales para las Especialidades, elevando su nivel de exigencia académica. Igualmente reconozco el que durante los rectorados de Morales Lechuga y Gaxiola Moraila se me permitió preparar diversos proyectos para la creación de nuevas Especialidades y Maestrías, presentando también un proyecto para la dirección de tesis de postgrado. También se pudo realizar un análisis comparativo de los mejores programas de postgrado en derecho en México, así como un estudio sobre los requisitos jurídicos y humanos para abrir, eventualmente, un programa de doctorado.

pendiente implementación– de nuestro *Nuevo Plan de Estudios de Licenciatura*.[19]

Además, apenas iniciada la Rectoría de Fauzi Hamdan Amad, y gracias al compromiso del Vocal José Ángel Villalobos Magaña, empezaron a ser aplicados –con motivo del inminente inicio del curso lectivo 2010-2011– los importantes *Lineamientos para la selección y nombramiento de profesores*, que buscan que la renovación de nuestro claustro docente siga haciéndose conforme a los criterios de excelencia que caracterizan a nuestro profesorado, a través de un procedimiento abierto, basado en criterios objetivos –méritos académicos, profesionales, científicos y humanos–, marcando un significativo avance hacia el eventual establecimiento de un sistema de oposición.[20]

Asimismo, debe mencionarse como parte del anterior esfuerzo de renovación académica la remodelación de sus instalaciones, iniciada por la Junta Directiva que presidió el Rector Mario Becerra Pocoroba y continuada por la que encabezó el Rector Morales Lechuga, mismas

[19] A lo largo de su historia, la Escuela Libre de Derecho había tenido cuatro Planes de Estudios, el de 1913, el de 1917, el de 1935 y el de 1949, pues durante su primer curso lectivo adoptó provisionalmente el Plan de Estudios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Durante la vigencia del Plan de Estudios de 1949, éste fue objeto de múltiples reformas, destacando especialmente las de 1950-1952 y la de 1974 que introdujeron el sistema de seminarios y las de 1964, 1985, 1988 y 1994. Sin embargo, más allá de las anteriores reformas, resultaba necesaria la estructuración de un nuevo plan; para tales efectos, se produjeron diversos proyectos, sobresaliendo los presentados por Fernando A. Vázquez Pando, Gisela Oscós y Martín Díaz y Díaz, así como los trabajos de una primera comisión creada durante la Rectoría de Miguel Ángel Hernández Romo. No fue sino hasta el Rectorado de Mario Becerra que se presentó una nueva iniciativa, en cuya preparación trabajó especialmente Gisela Oscós, que se inició el proceso que desembocó en el Nuevo Plan de Estudios, gracias a los trabajos de una Comisión integrada por los profesores Ismael Gómez Gordillo, Carlos Loperena, Carlos Müggenburg, Jorge Gaxiola, Pascual Orozco, Arturo Zaldívar y Miguel Alessio, que auxiliados ejecutivamente en distintos momentos por Jaime del Arenal, Rafael Estrada y Juan Pablo Pampillo Baliño, sirvió de base al proyecto que fue presentado por la Junta Directiva encabezada por Ignacio R. Morales Lechuga, mismo que fue aprobado en lo general en la Junta General de Profesores celebrada el 27 de agosto de 2008, aceptándose sus últimas modificaciones bajo el rectorado de F. Jorge Gaxiola Moraila en la Junta General de Profesores sostenida el 14 de abril de 2010. *Cfr.* Pampillo, "Breves notas sobre el nuevo Plan de Estudios…, *op. cit.*, *passim*. Agradezco el que durante la rectoría de Morales Lechuga se me distinguió permitiéndome prestar diversos apoyos ejecutivos a la Comisión de Reformas del Plan de Estudios, habiendo tenido la oportunidad de preparar un amplio documento de *Fichas Curriculares* de todas las materias del nuevo Plan de Estudios de Licenciatura.

[20] Agradezco la confianza de la Junta Directiva, que tuvo a bien aprobar el proyecto que preparé bajo la dirección del Vocal José Ángel Villalobos, el 16 de febrero de 2010.

que aprovechando las donaciones de diversos inmuebles –sin comprometer la libertad de la Escuela– han proporcionado un espacio académico adecuado para la licenciatura, el postgrado, la biblioteca y la investigación.

De hecho, cabe destacar que fue la misma visión del Rector Morales la que inició los trabajos tendientes a la conformación del propio Centro de Investigación, que desde entonces adoptó el nombre de nuestro entrañable Rector Honorario y Profesor Emérito don Manuel Herrera y Lasso, cuya personalidad señera como jurista-humanista, abogado teórico-práctico, mentor cercano de sus discípulos y defensor de la libertad educativa y religiosa en México, debe imprimirle un sello característico a las labores del Centro, como parte de esa "*asamblea de vivos y de muertos... prolongación del pasado e incitación del porvenir*", que es –según su conocida expresión– la Escuela Libre de Derecho.

En segundo lugar, puede señalarse la importancia que ha cobrado la investigación jurídica en nuestros días –tanto a nivel internacional como local– como parte integrante de las facultades de derecho, paralelamente a las divisiones de postgrado y extensión universitaria.[21]

Para no salir de los confines de nuestra ciudad y limitándonos aún más a las instituciones que forman parte de la "Alianza para la Excelencia Académica" (APEA),[22] desde la fundación del Instituto de Derecho Comparado en 1940 –posteriormente, a partir de 1967, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM–, pasando por el sucesivo establecimiento de otros centros de investigación, hoy por

[21] *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 2002, particularmente los capítulos relativos a la investigación jurídica y al postgrado en México y América Latina. Véanse también Jorge Witker (coord.), *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1976; Juan Abelardo Hernández, Hugo Saúl Ramírez Moreno y Jaime Oaliz González, *Nuevos perfiles de la educación jurídica en México*, México, Porrúa y UP, 2007, y Martín F. Böhmer (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, Yale Law School y Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 1999.

[22] Se trata de un compromiso suscrito en 2006 por los directores de las facultades y escuelas de derecho de las universidades Panamericana, Iberoamericana, ITAM y Escuela Libre de Derecho, al que posteriormente se incorporó la Facultad de Derecho de la UNAM, cuyo propósito es reunir a las instituciones de enseñanza superior jurídica más prestigiadas para elevar la calidad de la enseñanza del derecho en México.

hoy todas las instituciones de enseñanza superior jurídica de excelencia cuentan ya con grupos de investigadores contratados.[23]

Dichos grupos de investigación, que responden a la exigencia característica de nuestro tiempo de conjuntar docencia –pregrado y postgrado–, investigación y divulgación, constituyen precisamente uno de los criterios de excelencia académica generalmente aceptados entre las facultades de derecho, los colegios de abogados y las entidades certificadoras, tanto a nivel nacional como internacional.[24]

En tercer lugar, forma parte del contexto al que venimos refiriéndonos, el mismo déficit de producción científica que ha supuesto para nuestra Escuela la falta de un área capaz de apoyar a sus profesores y egresados en la preparación de sus investigaciones.

Efectivamente, varios investigadores de la Escuela, antes o después de su paso por la Libre, han realizado importantes trabajos de investigación fuera de nuestra institución por la falta de un programa capaz de su apoyar sus proyectos. Tal es el caso, por no mencionar sino sólo a algunos de los que pertenecieron al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela, de Jorge Adame, Elisur Arteaga, María del Carmen Carmona, Martín Díaz y Díaz, Miguel Ángel Fernández Delgado y Laura Trigueros Gaisman.

Además, si bien es verdad que la producción científica –monográfica y tratadística– que han realizado los miembros de nuestra comunidad académica, se ha traducido en los varios volúmenes de nuestras revistas y los libros de nuestros fondos editoriales, no es menos cierto que muchos distinguidos juristas de nuestra Escuela se han visto orillados a realizar y editar sus investigaciones fuera de la Escuela.

Tal es el caso, por no citar sino a algunos pocos: *De los contratos civiles* de Ramón Sánchez Medal; del *Derecho constitucional* de Elisur Arteaga; de los textos de *Derecho civil* publicados por Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala; de la *Poligrafía* y los *Ensayos* de Fauzi Hamdan; de *Temas de derecho reales* de Miguel

[23] Únicamente por mencionar algunas cifras vigentes a mediados de 2010; el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM cuenta con 102 investigadores, la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana con 20, el Departamento de Derecho del ITAM tiene 16 investigadores y el de la Universidad Iberoamericana 12.

[24] *Vid supra* nota 21.

Alessio Robles, y de *Ciencia y teoría económica* de Luis Pazos, entre muchos otros.[25]

Adicionalmente, permanecen todavía inéditos importantes apuntes que aún se conservan de varios profesores que hoy ya no se encuentran entre nosotros y que vale la pena poner al día, empezando así a traducir el magisterio oral de nuestra Escuela –una de sus principales riquezas– en obras que permitieran al foro y a la posteridad beneficiarse de las enseñanzas que se han impartido dentro de nuestras aulas.

Más aún, los mismos profesores actualmente en servicio podrían encontrar en un grupo bien organizado de investigadores y alumnos, un apoyo invaluable para su cátedra y sus mismas investigaciones, cuya ausencia hasta ahora se ha traducido, muchas veces, en la imposibilidad material de concretar proyectos.

Por añadidura, hay que sumar al anterior déficit los mismos resultados que podrían producir anualmente los esfuerzos de investigación de un grupo reducido –pero selecto y bien organizado– de académicos en términos de publicaciones, de libros y revistas, así como de participación y organización de congresos y seminarios, que proyectarían en diversos ámbitos la tradición científica de nuestra Escuela.

Como puede apreciarse, el anterior contexto recomendaba la organización y apoyo de una serie de esfuerzos y recursos actualmente dispersos, que la Escuela debía poner a disposición de su comunidad y del mismo foro, precisamente a través de la creación de un Centro de Investigación Jurídica.

2. Establecimiento y operación

A partir de los referidos antecedentes y dentro del contexto anteriormente expuesto, el acuerdo tomado por la Junta Directiva para establecer y regular la operación del Centro de Investigación Jurídica, busca *institucionalizar, articular y coordinar* los esfuerzos de investigación que han venido desarrollándose dentro de nuestra Escuela.

[25] Entre los actuales profesores de licenciatura y maestría que han escrito libros sin apoyo de la Escuela, puede mencionarse a José Antonio López Padilla, María del Carmen Carmona, Horacio Aguilar Álvarez, Rodolfo Félix Cárdenas, Moisés Moreno Hernández, Narciso Pérez Lara, Rafael Estrada Michel, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Juan Manuel Asprón Pelayo, José Manuel Villalpando, Jorge Ríos Hellig, Óscar Gutiérrez Parada, Javier Moctezuma Barragán, Manuel González Oropeza, Salomón Vargas, Rodolfo Gómez Alcalá, Francisco González de Cossío, Miguel Bonilla, Sergio Vela, Humberto Ruiz Quiroz, Javier Becerra y Juan Pablo Pampillo Baliño. En general sobre las obras publicadas por los egresados de nuestra Escuela puede verse la biobibliografía preparada por Jaime del Arenal, *Los juristas de la libertad…*, *op. cit.*

Es decir, partiendo de la premisa de la rica tradición investigativa que ha caracterizado a nuestra comunidad, de la necesidad de redimensionar a la Escuela en una época donde –junto con los estudios de licenciatura– el postgrado y la investigación tienen un lugar cada vez más importante, de la conveniencia de traducir nuestro magisterio oral por escrito, brindando un apoyo tutorial integral a los profesores, alumnos y egresados y, sobre todo, de desarrollar un trabajo científico de investigación riguroso e imaginativo, el Centro de Investigación pretende estructurar, organizar, potenciar y proyectar –con un mínimo de recursos bien articulados por una unidad de propósito– los nuevos trabajos que permitan darle una verdadera presencia a la Libre en el ámbito de la investigación científica.

En ese orden de ideas, gracias a los decisivos impulsos del Vocal Pascual Orozco Garibay y al apoyo de nuestro Rector Fauzi Hamdan, la Junta Directiva incorporó el Centro de Investigación e Informática Jurídica a la estructura jurídica de la Escuela, mediante un acuerdo tomado por unanimidad de votos en términos de las bases vigésimo octava y trigésima del *Estatuto* y con fundamento en los artículos 91 y 120 del *Reglamento* de la Escuela.

Mediante dicho acuerdo: a) se creó el Centro de Investigación, b) se ratificó al suscrito como Director del mismo, c) se confirmó que colaborarán en sus trabajos como investigadores contratados: Francisco Javier Villalón Ezquerro –asignado al proyecto de Historia de la Escuela– y Fernando Villaseñor Rodríguez –alternando su quehacer científico con la Dirección de la Biblioteca–, sumándose como investigadores honorarios Mauricio Oropeza y Segura y Pablo Hernández-Romo Valencia y d) se organizó y reglamentó el Centro aprobando el *Proyecto de Centro de Investigación e Informática Jurídica* y los *Lineamientos para su operación*, como un primer paso para su incorporación dentro de la normatividad de la Escuela.

Sobre la incorporación del Centro dentro de la normatividad de la Escuela, conviene destacar que, con el propósito de que la creación y las labores del Centro alcancen una mayor estabilidad y como parte de los trabajos que la Junta General de Profesores encomendó a una Comisión encabezada por el vocal José Ángel Villalobos Magaña,

la Junta Directiva ha solicitado que se incluyan dentro de la reforma al *Estatuto* y al *Reglamento General* una serie de adiciones y modificaciones con el propósito de establecer las bases generales de su funcionamiento con la garantía de rigidez y permanencia que asegura dicha normatividad superior.

De conformidad con el citado acuerdo y con los *Lineamientos de operación*, el Centro tendrá entre sus principales funciones la realización de los siguientes trabajos:

a) *Coordinar* a través de investigadores (de tiempo completo, de medio tiempo, contratados por proyecto y/o honorarios) que puedan prestar sus servicios por proyectos específicos y con el auxilio de alumnos (becarios, tesistas y/o prestadores de servicio social de licenciatura, maestría y eventualmente de doctorado), las *asesorías e investigaciones aplicadas*, a través de las cuales la Escuela pueda colaborar con los sectores público, privado y social, en proyectos de beneficio para el país.
b) *Impulsar* la preparación de diversos *proyectos de investigación teórica o pura*, a través de investigadores (bajo las modalidades referidas) y con el auxilio de alumnos (con las calidades previamente descritas).
c) *Desarrollar diversos proyectos especiales*, como el *programa de tutorías* para alumnos de licenciatura y postgrado, la *organización de congresos*, seminarios y talleres, la *publicación de obras* individuales y colectivas, así como de revistas, apoyando también al Comité Editorial de la Escuela, mediante la elaboración de dictámenes sobre las obras que se presenten para la aprobación del mismo.
d) *Procurar y organizar* los recursos materiales y humanos necesarios a fin de establecer *bases de datos informáticas* y *sistemas de gestión de información y procesos* que –junto con la biblioteca y la hemeroteca– sirvan para la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, así como para el seguimiento de la evolución del derecho nacional y comparado.
e) *Prestar* a la Junta General de Profesores, a la Junta Directiva, al Rector y a las Secretarías de la Escuela, los *servicios de asesoría, investigación, informática y difusión* que le sean requeridos.

Por lo que respecta a los trabajos de *investigación aplicada y/o asesoría jurídica* que habrá de desarrollar el Centro, éstos deberán recaer sobre proyectos de evidente beneficio social, por donde las 'cuotas de recuperación' que hayan de cobrarse por los mismos –que deberán fijarse por la Junta Directiva con un criterio estrictamente remunerador de los trabajos que se realicen– no comprometan la libertad de la Escuela ni propicien la mercantilización de sus investigaciones.

Los esfuerzos de investigación aplicada, en una primera etapa, pudieran concentrarse en proyectos relacionados con la actual discusión en torno a la *Reforma del Estado* y a las *Reformas Estratégicas* (Laboral, Energética, Fiscal, Penal, etcétera), así como en otras iniciativas jurídicas relevantes que se presenten en el ámbito del derecho privado, en la medida en la que los mismos pueden darle una mayor visibilidad a sus trabajos, evidenciando su naturaleza no lucrativa, además de su vocación de servicio a favor de las más apremiantes necesidades jurídicas del país.

Sin embargo, los trabajos del Centro están llamados a proyectarse en todos los demás ámbitos propios del sector público y social.

Así, por ejemplo, dentro del sector público será necesario buscar, en el corto plazo, la prestación de asesorías en materia de derecho privado, administrativo, internacional y de derechos humanos, en sus múltiples áreas específicas, en todos los niveles de gobierno (Federación, estados y municipios) y en todas las ramas del servicio público (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y organismos autónomos).

Igualmente, en el sector social, deberá proponerse desde el corto plazo la consolidación de una consultoría en otras materias, tales como el derecho laboral, medioambiental, agrario, de la salud, asistencial, etcétera.

En lo tocante a la *investigación teórica o pura*, ésta deberá, por principio, comprender todas las ramas del derecho público y privado, así como todas las ciencias jurídicas auxiliares.

Sin embargo, en un primer momento, se pueden desarrollar algunas *líneas de investigación* con acreditada tradición dentro de nuestra Escuela –como derecho civil, derecho constitucional e historia del

derecho, por no citar sino unas pocas–, combinándose junto con otras que parecen desprenderse de la orientación actual de su Postgrado y en especial de la Maestría en Derecho, que además de los trabajos que publica nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas* y que promueve el Comité Editorial, pudieran servir para concentrar los esfuerzos en torno a ciertos temas que le darían a la investigación de nuestra Escuela una personalidad e identidad propia, característica y diferencial.

Para tales efectos –y más allá de la apertura a las líneas de investigación propias de los investigadores actualmente contratados como funcionarios de la Escuela y que pudieran ser eventualmente contratados, así como de la misma vocación del Centro por servir de apoyo para el cultivo de la investigación en todas las ramas del derecho (público y privado) y en todas las disciplinas auxiliares del derecho–, se han propuesto como líneas institucionales las siguientes: a) Globalización, interculturalidad y derecho; b) Derecho de la integración, integración jurídica americana e integración de la cuenca del Pacífico; c) Nuevo *ius commune* y recodificación del derecho privado; d) la Escuela Libre de Derecho, y e) Pedagogía, metodología e investigación jurídica.

Ahora bien, llegado el momento, la investigación que se realice dentro del ámbito del derecho público deberá abarcar no solamente al derecho constitucional, sustantivo y adjetivo, sino también incluir al derecho administrativo –en sus múltiples proyecciones–, al derecho internacional, a los derechos humanos y al derecho penal, dedicándose a su vez a los diversos aspectos procesales de las anteriores ramas jurídicas.

Por lo que hace a la investigación que se haga dentro del campo del derecho privado, ésta deberá abarcar no solamente las materias familiar, civil y mercantil, sino también los ámbitos más específicos y regulados, como el derecho financiero, incluyendo de la misma manera sus aspectos procedimentales e internacionales dentro del contexto de la globalización.

Igualmente deberá ser objeto de estudio el derecho social, especialmente el derecho de la salud, el derecho del medioambiente, el derecho laboral y el derecho agrario, aunque sin dejar de lado otras asignaturas de importancia que ya empiezan a concretar la cuarta

generación de los derechos humanos como lo es el derecho del Patrimonio de la Humanidad.

De la misma manera, por lo que hace a la investigación sobre las disciplinas auxiliares del derecho –aquellas ciencias que según Herrera y Lasso libran al jurista "*del peligro de mutilar la realidad social con el prejuicio jurídico*"– ésta deberá extenderse también a los campos de la economía, la política, la historia y la filosofía, entre otras.

En cualquier caso, toda investigación teórica deberá partir de la base de que el derecho es una ciencia vinculada a realidades concretas, considerando así, preferentemente, los grandes problemas jurídicos de México.

A través del área de investigación pura, el Centro deberá poner a disposición de los profesores de la Escuela una serie de apoyos bibliográficos, hemerográficos, informáticos y humanos, tendientes a facilitar sus investigaciones personales, propiciando a su vez la *ampliación del catálogo de obras escritas por maestros* de la Escuela Libre de Derecho.

Efectivamente, mediante la sola videograbación de sus exposiciones magisteriales y el acopio de documentación por parte de becarios, alumnos que realicen su servicio social y tesistas, los profesores de la Escuela que así lo decidan, podrán contar con invaluables auxilios para la confección de monografías, manuales y tratados sobre sus materias.

A este respecto, es conveniente aprovechar los *festejos del próximo centenario* de vida de nuestra Escuela para que el Centro preste los apoyos necesarios tendientes a la publicación de textos conmemorativos, que podrán ser de dos tipos: a) por un lado, aquéllos que den cuenta de la historia y legado de nuestra Escuela y b) por el otro, las monografías, diccionarios, manuales y tratados, que partiendo del prestigio del magisterio oral de sus profesores, lo traduzcan, preservándolo, precisamente dentro del ámbito de la literatura jurídica mexicana.

Para los anteriores efectos es necesaria la pronta celebración de congresos y publicación de las memorias correspondientes, para conmemorar el Centenario de la fundación de nuestra Escuela.

En efecto, la convocatoria de *Congresos temáticos* y la publicación de sus respectivas *Memorias de trabajo* para analizar las *Aportaciones*

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

de la Escuela Libre de Derecho al desarrollo científico de las diversas ramas del derecho en México, así como a los distintos aspectos de la práctica jurídica mexicana –como la función notarial, la judicatura y el servicio público–, destacando igualmente la contribución de nuestros egresados en la enseñanza del derecho en nuestro país desde otras instituciones académicas, a la vuelta de apenas unos dos años, podría conformar una interesante colección, en varios volúmenes, que ofrecería un destacado testimonio de las principales contribuciones de nuestra comunidad al foro.

Adicionalmente, como parte de los festejos del centésimo aniversario de la fundación de la Escuela, el área de investigación pura deberá desarrollar una *investigación exhaustiva sobre el Archivo Histórico de la Escuela*, que apenas se encuentra reunido, organizado y catalogado, sin que sus contenidos hayan sido aún objeto de estudio ni mucho menos de divulgación.

Por lo que hace a la parte *informática, de análisis jurisprudencial y difusión*, en un principio parece recomendable que el Centro se circunscriba al análisis de los recursos informáticos con los que actualmente cuenta la Escuela, así como de aquéllos otros, de naturaleza pública, que se encuentren inmediatamente disponibles, para efectos de: a) enriquecer nuestra página *web* con los mismos y b) ordenarlos conforme a criterios estandarizados, mediante sistemas de gestión de datos, a efectos de promover su difusión, así como intercambios con otras instituciones, públicas y privadas, académicas y profesionales, nacionales y extranjeras, sin comprometer en ningún caso la autonomía de nuestra Escuela y con el solo propósito de compartir el conocimiento.

Dentro del rubro de este tipo de intercambios, sin ir demasiado lejos, la actual administración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha venido promoviendo desde 2007 la creación de un grupo nacional de investigación jurídica, arraigada precisamente en la ampliación de la *colaboración de redes informáticas,* habiendo presentado apenas el pasado mes de mayo de 2010 su *Videoteca Virtual*.

Ahora bien, en un segundo momento, identificados y ordenados los recursos con los que actualmente cuenta la Escuela y enriqueciéndolos con convenios de intercambios de datos, se podrá en el corto plazo y con una mínima inversión: a) proporcionar a los profesores y ex alumnos de la Escuela, un *boletín electrónico periódico* que contenga información actual de su interés (legislación, jurisprudencia y doctrina, nacional, internacional y comparada), b) ampliar bases de datos consultables por profesores, alumnos y egresados y c) iniciar el *proyecto de conformación de la videoteca de la Escuela*, mediante la vídeo-grabación de conferencias, discursos y cursos de actualización, que permitieran difundir el pensamiento de los profesores de nuestra Escuela más allá de sus aulas, proporcionando a su vez un importante material que podría ser posteriormente reelaborado para la edición de artículos y monografías.

Igualmente, deberá comenzarse con el necesario trabajo de digitalización e incorporación a nuestra página *web* de nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas* y de nuestros fondos editoriales, así como con la creación de bases de datos que recojan repositorios de casos reales que puedan destinarse para la enseñanza práctica del derecho en los seminarios.

Específicamente la creación de *bases de datos de casos* –que pueden también partir, en un inicio, del acervo de los casos planteados para los exámenes profesionales– serviría para que los alumnos de la Escuela desarrollasen el hábito del pensamiento problemático para dar la solución de conflictos particulares, adquiriendo destrezas y habilidades propias de la experiencia clínica.

Dos *proyectos especiales* que deben abarcar a todas las áreas del Centro, son el seguimiento a la evolución jurídica y el programa de tutorías.

Respecto de lo primero, el Centro podría fungir como una especie de *monitor u observatorio jurídico* de los desarrollos cotidianos de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, federal, estadual y comparada.

Dicho seguimiento, además de proporcionar a la comunidad de nuestra Escuela una invaluable herramienta para su permanente actualización, nos permitiría también participar más activamente en los grandes debates jurídicos de nuestro tiempo, proponiendo reformas normativas y velando por el respeto a los derechos humanos, aunque evitando en todo caso comprometer a la Escuela con cualquier ideología, agenda política o credo religioso.

En relación con lo segundo, el Centro tendrá que prestar importantes apoyos a los profesores de Investigación jurídica y de Seminario

de Tesis, así como ayudas metodológicas a los alumnos en general y especialmente a los tesistas de licenciatura y de postgrado mediante un *Programa Integral de Tutorías*, que además de contribuir a la elevación de sus trabajos recepcionales, mantenga y proyecte el espíritu de relación personal –característico de nuestra pequeña comunidad como "*libre reunión de amigos*", según don Manuel– y sirva también como semillero de futuros investigadores.[26]

Por su misma naturaleza, dentro del programa de tutorías deberán participar todos los investigadores –de tiempo, por proyecto y honorarios–, coordinando sus horarios para prestar un servicio diario que permita atender todas las consultas que les sean planteadas por los alumnos de licenciatura y de postgrado –especialmente los de nuevo ingreso–, más allá del acompañamiento y dirección de tesis que puedan realizar, coordinándose en todo caso con los revisores que sean designados para tales efectos por el Rector.

Para la mejor organización del servicio de tutorías, deberá elaborarse un *Manual* para las mismas, así como la propuesta de unos *Lineamientos para la Dirección de tesis de licenciatura* que puedan ser, en su momento, considerados por la Junta Directiva de la Escuela.

En lo tocante a los *recursos* que el Centro necesitará para su operación, dada la realidad de nuestra Escuela, éstos debieran circunscribirse a un mínimo, asegurando también su más adecuada y transparente asignación, así como su eficiente y bien direccionado empleo.

Para ello, nuestra institución cuenta, afortunadamente, con varias ventajas. La primera de ellas fue ya descrita poéticamente por Herrera y Lasso: "*la Escuela Libre de Derecho ha sido edificada sobre la roca viva del amor... Del amor, que es entusiasmo en los alumnos y que es desinterés y abnegación en los profesores*".

[26] Un piloto del programa de tutorías fue iniciado desde 2007 por Francisco J. Villalón Ezquerro y el autor de estas líneas, incorporándose posteriormente Fernando Villaseñor Rodríguez, quien le ha dado un especial impulso entre los alumnos de nuevo ingreso de licenciatura. Dicho programa fue aprobado como proyecto oficial por la Junta Directiva en febrero de 2010 y, actualmente, está pendiente el diseño de un Programa Integral como parte de los trabajos del Centro. Además del acompañamiento y dirección de tesistas de licenciatura y postgrado, de propedéutico para los alumnos de nuevo ingreso y, en general, de apoyo metodológico y académico para los alumnos y profesores de la Escuela, el Programa de Tutorías ha incorporado diversas iniciativas, como lo fue por ejemplo, en 2009, la propuesta de "Cursos Libres" planteada por F. J. Villalón, para abrir un espacio informal para tratar temas culturales diversos.

En efecto, nuestra Escuela cuenta en primerísimo lugar con la inestimable reserva de talento y esfuerzo que constituye la generosidad de sus miembros.

Por ello puede considerarse que varios egresados de la Escuela, en la medida en la que pudieran recibir apoyos bibliográficos, hemerográficos, informáticos, logísticos y humanos, la asesoría metodológica de los investigadores contratados y el apoyo de la fuerza de trabajo conformada por los alumnos que colaboren con el Centro, seguramente estarían dispuestos a presentar y desarrollar proyectos de investigación a título gratuito, siendo nombrados para ello por la Junta Directiva como *investigadores honorarios*.

Evidentemente, el Centro no podría en un primer momento recibir la generosa aportación de todos los profesores y egresados, por lo que deberá establecer programas anuales que vayan permitiendo la concreción de los proyectos de un número limitado de investigadores honorarios, atendiendo a diversos criterios objetivos que aseguren la viabilidad y trascendencia de sus aportaciones.

En segundo lugar, el Centro debe desarrollar *Programas de Servicio Social* y de *Becas de Investigación* que resulten atractivos para los alumnos de la Escuela, de manera tal que pueda brindárseles la oportunidad de prestar servicios concretos a la Libre, aportando a su vez un apoyo de inestimable valor –bajo una adecuada coordinación– para la realización de proyectos específicos de investigación.

Así, los trabajos académicos y de investigación –además de los administrativos– que realiza el Director del Centro, más la investigación que ya vienen desarrollando en lo personal algunos funcionarios y varios profesores de la Escuela, con el auxilio de alumnos bajo una *coordinación adecuada*, constituyen un incipiente pero seguro punto de partida para el área de investigación.

La participación de los alumnos –como tesistas, como destinatarios del programa de tutorías y como asistentes de investigación– será crucial para el buen éxito del Centro; no de balde Manuel Herrera y Lasso los consideraba quienes "*forman la Escuela*" a la que "*los profesores venimos a incorporarnos*"; los verdaderos depositarios de "*la antorcha*"... y por eso decía, con razón: "*El día en que los alumnos de la Escuela Libre de Derecho no tengan el mismo ímpetu de los que la fundaron, ese día se acaba la Escuela o permanece en calidad de momia*".

En tercer lugar, la *contratación de cualquier investigador* –ya sea como trabajador o como prestador de servicios– deberá hacerse del modo más abierto, transparente, competitivo y objetivo que sea posible.

Para esos efectos, los *Lineamientos de Operación* establecen un proceso que parte de una convocatoria pública, pasando el análisis de las candidaturas y por entrevistas de oposición, que buscan asegurar que toda contratación recaerá precisamente sobre quienes reúnan las más altas calificaciones académicas, profesionales, científicas y humanas, cumpliendo con un perfil integral de juristas destacados.[27]

Además, dichos *Lineamientos* prevén también diversas *obligaciones* específicas y *evaluaciones* continuas a las que deberán someterse anualmente los investigadores, de modo que se garantice su productividad al servicio de la Escuela.[28]

Adicionalmente, cabe destacar que en términos administrativos y de soporte el Centro no demandará una infraestructura gravosa para las finanzas de la Escuela; en parte por ser un Centro que coordina y no propiamente un Instituto y en parte también por las ventajas del 'teletrabajo', que facilitaría esquemas de trabajo flexibles, de medio tiempo y/o por proyectos, que reducirían los costos normales asociados a la contratación de personal.

Pero, más allá de su viabilidad financiera en el inmediato y corto plazo, las bases de la sustentabilidad del Centro se encontrarán en el mediano y en el largo plazo en el cobro de *'cuotas de recuperación'* que habrán de obtenerse de los servicios de asesoría y/o investigación jurídica aplicada, así como en los *'derechos'* que se cobren por las obras (escritas, informáticas y videograbadas) que sean desarrolladas y en las mismas *'cuotas'* que en su caso se cobren por asistir a determinados talleres, cursos o seminarios.

Asimismo –sin comprometer en ningún caso la tradicional independencia de nuestra institución– será conveniente explorar la posibilidad

[27] *Vid infra* artículos 19 a 23, donde se describe pormenorizadamente el procedimiento de convocatoria, análisis de candidaturas, entrevista de oposición, dictamen y decisión de la Junta Directiva, donde se incluyen también como criterios para la evaluación de los candidatos los grados académicos, la obra publicada, la experiencia docente y de investigación, la trayectoria profesional y la antigüedad y servicios prestados –en su caso– a la Escuela Libre de Derecho.

[28] *Vid infra*, los artículos 26 a 30 de los *Lineamientos* adjuntos.

de obtener apoyos concretos por parte del sector público, de organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales que fomenten las actividades de investigación.

En cualquier caso, la importancia que la actual Junta Directiva ha dado a esta iniciativa de investigación y difusión jurídica, amerita la inversión de recursos, que más allá de su amortización económica, tendrán que producir, necesariamente, significativos réditos académicos para nuestra Escuela dado el valor intrínseco que reviste la labor científica.

Por último, cabe destacar que la realización de las actividades del Centro, el nombramiento y la contratación de su Director e investigadores, el nombramiento de investigadores honorarios, la coordinación y la asignación de sus recursos, estarán sujetos a una *normatividad estricta y al control y supervisión* de las autoridades de la Escuela.

En efecto, conforme a los *Lineamientos de Operación*, el gobierno del Centro estará confiado en primer lugar al Rector y a la Junta Directiva. Para tales efectos, dichos órganos habrán de auxiliarse por el Director del Centro, quien coordinará los trabajos de investigación por acuerdo con los mismos. Igualmente, el Director del Centro contará con la asesoría, apoyo y supervisión de un Consejo de Investigación, donde participará el Rector, un miembro de la Junta Directiva, el Secretario Académico y un investigador.

Además, la distribución de funciones se encuentra pensada a partir de un régimen colaborativo de división de funciones, reserva de autorizaciones, control y evaluación, tendientes a garantizar la mayor productividad, eficiencia y economía del Centro. Dicho de otra manera, que los *Lineamientos* buscan, en palabras del maestro Herrera y Lasso, mantener "*la inquietud vigilante*" y "*el constante esfuerzo*" que debe caracterizar los trabajos de nuestra Escuela.

Por todas las anteriores razones, el Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso" tiene la vocación de convertirse en un pilar más –junto con la licenciatura, el postgrado y la biblioteca– de nuestra Escuela, asesorando a sus alumnos, apoyando a sus profesores y egresados, desarrollando investigaciones al servicio de instituciones públicas y sociales, produciendo nuevas aportaciones a la ciencia jurídica, promoviendo activamente nuestra participación en el foro y, sobre todo, formando los juristas íntegros

y completos que tanto necesita nuestra patria; aquéllos a quienes don Manuel llamaba "*caballeros del derecho*".

3. Cronograma de fases y actividades

Con el propósito de asegurar la viabilidad y continuidad de los trabajos del Centro, el *Proyecto de Investigación* aprobado propone la realización y desarrollo de sus trabajos y proyectos en dos fases distintas: a) *establecimiento del Centro* y b) *consolidación del Centro y preparativos del Centenario.*

La primera etapa de vida del Centro, *fase de establecimiento*, debe desarrollarse a partir de julio de 2010 y prolongarse hasta comienzos del año 2011.

Durante la misma, deberán concluirse los siguientes trabajos: a) establecer sus lineamientos de operación, b) asignar la responsabilidad de las áreas de investigación teórica o pura y aplicada o práctica c) integrar el Consejo de Investigación e Informática, d) definir las líneas de investigación teóricas y prácticas para el año 2010, e) ubicar y acondicionar las instalaciones donde hayan de ubicarse los investigadores, f) diseñar los perfiles e identificar y nombrar a los primeros investigadores (de tiempo completo, medio tiempo, por proyecto, u honorarios) que hayan de desarrollar las líneas de investigación teórica y práctica, g) integrar un presupuesto para los trabajos del Centro durante 2010 que deberá ser aprobado por la Junta Directiva, h) organizar el trabajo de becarios y tesistas al servicio del Centro, i) comenzar a establecer vínculos con las principales entidades de investigación en la Ciudad de México, explorando a su vez la posibilidad de realizar proyectos conjuntos sin demérito de la independencia de la Escuela, j) apertura de la liga del Centro en la página web de la Escuela y apertura de blogs académicos, k) iniciar el proceso de digitalización de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, l) continuar y terminar las ayudas para la preparación del libro de *Derecho concursal*, del maestro Fauzi Hamdan Amad, como proyecto piloto en materia de apoyo a la investigación a los proyectos de un profesor de la Escuela, m) organizar y continuar con el programa de tutorías desarrollando un *Manual* para la conducción de las mismas y preparando un proyecto de *Reglamento para Dirección de Tesis de Licenciatura*, n) continuar con las publicaciones de los investigadores, ñ) organizar un Congreso sobre Fuentes del Derecho Constitucional Mexicano, o) iniciar acercamientos con instituciones públicas y sociales para sentar las bases e ir preparando la concreción de proyectos de investigación aplicada, q) iniciar los trabajos para la publicación de una obra histórica conmemorativa del primer centenario de la Escuela Libre de Derecho, y r) trabajar en una reforma al *Reglamento* de la Escuela para incluir dentro del mismo al Centro, así como sus bases generales de funcionamiento.

La segunda fase, de *consolidación del centro y de preparativos para los festejos del centenario de la Escuela*, debe abarcar un periodo de tiempo de por lo menos dos años, desde enero-febrero de 2011 y hasta enero de 2013.

Durante esta etapa, el Centro deberá desarrollar los siguientes proyectos: a) incorporación del Centro dentro de la estructura estatutaria y reglamentaria de la Escuela, b) publicación de Memorias del Congreso sobre Fuentes del Derecho Constitucional Mexicano, c) organización de diversos congresos y publicación de las respectivas memorias sobre las aportaciones de la Escuela Libre de Derecho a la ciencia y a la práctica jurídica mexicana, d) ediciones y reediciones conmemorativas del Centenario de la Escuela, e) conclusión de la digitalización de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, f) inicio de la digitalización de documentos selectos del Archivo Histórico de la Escuela, g) inicio de la digitalización de textos selectos del Fondo Reservado de la Biblioteca de la Escuela, h) continuar publicaciones y participaciones en congresos de investigadores, e i) desarrollar las primeras investigaciones aplicadas.

A la conclusión de la segunda etapa de vida del Centro, es decir, hacia enero de 2013, convendrá que se haga un recuento pormenorizado de sus trabajos, logros y pendientes, a efectos de definir entonces las nuevas actividades que deba seguir haciendo, las reformas que en su caso requiera su integración y estructura y los recursos que vaya necesitando.

A manera de epílogo, puede decirse que el nuevo Centro de Investigación es necesario para la Escuela y para la renovación de su vida académica. Además, en sí mismo puede convertirse –junto con la eventual apertura de un programa de doctorado que culmine nuestros estudios de postgrado– en la cima y coronación de los esfuerzos de nuestros fundadores y sus continuadores hasta la fecha, como

heredero de una tradición que recibe y renueva hacia el Centenario de la Escuela, cumpliendo con un anhelo de muchas generaciones de alumnos, egresados, profesores e investigadores de nuestra comunidad, así como augurando nuevos frutos que puedan añadirse a las aportaciones que la Libre ha venido haciendo a favor de México.

Ojalá que con el apoyo de todos los miembros de nuestra institución, los actuales proyectos del Centro puedan concretarse en su integridad; ello dependerá, indudablemente, de la participación activa y del apoyo de todos los que formamos la gran familia de nuestra Escuela. Que así sea.

IV. Anexo
Lineamientos para la operación del Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso"

Considerando que la Escuela Libre de Derecho, desde su fundación, ha tenido por "objeto exclusivo la enseñanza de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, con independencia de todo fin político o credo religioso".

Teniendo en cuenta que nuestro *Estatuto* vigente establece que dicho objeto comprende "la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares".

Considerando también que el *Reglamento General* se refiere en su Capítulo X. De los Investigadores, a las responsabilidades, facultades y trabajos de los mismos.

Y reconociendo que, sin embargo, la investigación requiere de una más efectiva coordinación e institucionalización.

Con fundamento en las bases vigésimo octava y trigésima del *Estatuto* y en los artículos 91 y 120 del *Reglamento*, se expiden los presentes:

Lineamientos para la operación del Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso"

Artículo 1. Creación. De acuerdo con el *Estatuto* y el *Reglamento General de la Escuela Libre de Derecho*, se crea el Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso".

Artículo 2. Objeto. El Centro de Investigación e Informática Jurídica tendrá por objeto la coordinación e institucionalización de los esfuerzos de investigación, en sus modalidades de investigación pura o teórica y de investigación práctica o aplicada, así como los servicios de análisis documental, jurisprudencial y de difusión que se desarrollen dentro de la Escuela Libre de Derecho.

Artículo 3. Integración. El Centro estará integrado por los investigadores, por los alumnos asistentes de investigación y por el personal administrativo y de soporte asignado al mismo y estará gobernado por el Rector y la Junta Directiva, por conducto del Consejo de Investigación e Informática y bajo la coordinación del Director del Centro.

Artículo 4. De la Dirección del Centro. El Centro estará bajo la dirección de la Junta Directiva y del Rector que nombrarán para tales efectos a un Consejo, de Investigación e Informática, y a un coordinador del área, a título de Director del Centro dentro de un marco de libertad de investigación.

Artículo 5. Facultades de la Junta Directiva. La Junta Directiva y el Rector ejercerán el gobierno del Centro a través de su Director, quien deberá acordar con dichos órganos. Adicionalmente, con las siguientes facultades:

I. Nombrar al Director del Centro y asignarle su retribución.
II. Nombrar a los investigadores del Centro y asignarles su retribución, con la ayuda del Director del Centro, quien presentará a los candidatos, coordinando en su caso los procesos de oposición.
III. Autorizar los proyectos de investigación aplicada, la asignación de investigadores a los mismos y el cobro de cuotas de recuperación, previa la presentación de los mismos por parte del Director del Centro.
IV. Recibir y aprobar, en su caso, el plan de trabajo y el presupuesto del Director del Centro.
V. Autorizar gastos o inversiones extraordinarias no presupuestadas, previa propuesta del Director del Centro.
VI. Recibir y aprobar, en su caso, el informe de actividades del Director del Centro.
VII. Evaluar, previa propuesta del Consejo de Investigación e Informática, el desempeño anual del Director del Centro y

de los demás investigadores, concediéndoles, en su caso, los estímulos que juzgue pertinentes.

VIII. En general, determinar todo lo conducente al gobierno y buena marcha del Centro.

Artículo 6. De los requisitos para ser Director. El Director del Centro será nombrado por la Junta Directiva, debiendo recaer la designación en un doctor en derecho, con al menos treinta y cinco años de edad, que sea un académico reconocido que pertenezca al Sistema Nacional de Investigadores. El Director del Centro, como sus demás investigadores, deberá tener una línea de investigación definida y un proyecto de trabajo específico, más allá de sus responsabilidades administrativas.

Artículo 7. Funciones del Director. El Director del Centro se encargará de la coordinación de sus áreas y de su representación externa bajo la dirección inmediata del Rector, de la Junta Directiva y del Consejo de Investigación e Informática. El Director del Centro establecerá vínculos y permanecerá en constante comunicación con los directores de los principales centros de investigación jurídica del país, así como con sus investigadores, a efectos de mantenerse al día sobre las principales tendencias en la materia, promoviendo todo tipo de colaboraciones e intercambios, incluyendo congresos de investigación y publicaciones de obras colectivas.

Asimismo, estará encargado de las siguientes funciones:

I. Presentar anualmente, a la Junta Directiva, en el mes de diciembre, su programa de trabajo y el presupuesto correspondiente para el año subsecuente, previo acuerdo del Consejo.

II. Presentar anualmente, en el mes de enero, el informe de labores del año inmediato anterior, aprobado por el Consejo.

III. Conducir los procesos de contratación de investigadores que hará la Junta Directiva, así como el nombramiento de los investigadores honorarios.

IV. Coordinar a los investigadores debiendo definir con ellos sus líneas de investigación y programas de trabajo, así como orientándolos para la presentación de su informe anual de actividades.

V. Desarrollar los proyectos de servicio social y de becas en las áreas de investigación.

VI. Presentar al Consejo de Investigación e Informática su proyecto de evaluación de los investigadores, pudiendo recomendar también, en su caso, la concesión de estímulos.

VII. Presentar al Consejo de Investigación e Informática su proyecto de evaluación de becarios y de alumnos que hayan prestado su servicio social, a fin de que puedan gozar de los beneficios de los correspondientes programas.

VIII. Presentar al Consejo los avances de investigación y los proyectos de investigación aplicada que deban realizarse y que deberán ser aprobados en todo caso por la Junta Directiva de la Escuela.

IX. Presentar al Consejo los proyectos editoriales y de publicaciones del Centro, así como la organización de congresos, seminarios, cursos y talleres.

X. Turnar entre los investigadores del Centro los dictámenes para publicaciones que sean encargados por el Comité Editorial.

XI. Coordinar con los investigadores el desarrollo de las actividades tendientes a la implementación y desarrollo del Programa de Tutorías.

XII. Coordinar a los alumnos que hayan obtenido beca de investigación, a los alumnos que presten su servicio social en el Centro, así como a los alumnos que por estar realizando sus trabajos de tesis, presten también apoyos de investigación dentro del Centro.

Artículo 8. Del Consejo de Investigación e Informática. Se crea un Consejo de Investigación e Informática, como órgano colegiado auxiliar de la Junta Directiva en las áreas de gobierno, asesoría, apoyo y supervisión del Centro.

Artículo 9. Integración del Consejo. El Consejo de Investigación estará integrado por el Rector, un miembro de la Junta Directiva que será designado para tales efectos por la misma, el Secretario Académico, el Director del Centro de Investigación e Informática Jurídica –quien fungirá como secretario del mismo– y un investigador que designe para tales efectos la Junta Directiva.

Artículo 10. Sesiones, convocatoria, quórum, votaciones del Consejo. El Consejo deberá reunirse, por lo menos, cada dos meses previa convocatoria que será hecha por el Rector, el Secretario Académico o el Director del Centro con diez días de anticipación. El Consejo quedará válidamente instalado siempre y cuando estén presentes la mayoría de sus miembros, debiendo asistir en todo caso el Rector o el miembro de la Junta Directiva comisionado para tales efectos. Las votaciones serán tomadas por mayoría simple de sus asistentes, pudiendo ejercer en caso de empate voto de calidad el Rector. Los miembros del Consejo no cobrarán estipendio alguno por su participación dentro del mismo.

Artículo 11. Funciones del Consejo. Corresponderá al Consejo la realización de las siguientes funciones:

I. Auxiliar al Rector y a la Junta Directiva en el gobierno y la administración del Centro.
II. Asesorar y guiar al Director del Centro en todos los asuntos en que sea consultado.
III. Conocer los avances de investigación que presente el Director del Centro.
IV. Entrevistar a los candidatos para investigadores a ser contratados por la Escuela, presentando una terna para la selección y nombramiento por parte de la Junta Directiva.
V. Conocer y en su caso aprobar el informe anual de actividades del Centro.
VI. Evaluar el desempeño de los investigadores del Centro y en su caso determinar estímulos por trabajos extraordinarios.
VII. Presentar la propuesta de evaluación y en su caso de estímulos para el Director del Centro ante la Junta Directiva.
VIII. Evaluar el desempeño de los alumnos asistentes de investigación (becarios y servicio social).
IX. Aprobar la edición o publicación de investigaciones, así como la organización de cursos, seminarios y talleres.
X. Aprobar la propuesta de programa y presupuesto anuales de trabajo a ser presentados por el Director a la Junta Directiva.

XI. Recomendar la postulación de investigadores adscritos por la Escuela al Sistema Nacional de Investigadores.
XII. Las demás funciones que correspondan a la buena marcha del Centro.

Artículo 12. Áreas del Centro de Investigación. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Centro de Investigación e Informática Jurídica contará con tres áreas: Área de investigación pura o teórica, Área de investigación aplicada o práctica y Área de informática jurídica, Análisis documental, jurisprudencial y difusión.

Artículo 13. Área de Investigación Pura o Teórica. El área de investigación pura o teórica coordinará los trabajos de los investigadores para: a) preservar por escrito la tradición del magisterio oral de la Escuela, propiciando la ampliación del catálogo de las obras publicadas por sus profesores, b) desarrollar líneas de investigación temática y publicar trabajos monográficos que ensanchen las fronteras del conocimiento jurídico, c) organizar los trabajos para la realización de obras generales, como manuales, tratados, diccionarios y enciclopedias jurídicas, d) apoyar a los profesores de investigación y seminario de tesis, así como a los alumnos de licenciatura y postgrado, en cuestiones metodológicas y de investigación, e) participar y organizar foros científicos y académicos, f) dictaminar, en su caso, las obras a ser publicadas por el Comité Editorial o por el Fondo para la Difusión de la Cultura Jurídica y g) los demás trabajos necesarios para el desarrollo de la investigación pura en la Escuela.

Artículo 14. Área de investigación aplicada o práctica. El área de investigación aplicada o práctica organizará los trabajos de los investigadores para: a) la prestación de servicios de asesoría jurídica, en proyectos de evidente beneficio público o social, contra el pago de cuotas de recuperación, b) la elaboración de propuestas concretas de reforma al marco jurídico nacional e internacional, c) el seguimiento de la actividad de los poderes públicos, su apego a derecho y el respeto a los derechos humanos, y d) cualesquiera otra actividad relacionada con el desarrollo de la investigación aplicada en la Escuela.

Artículo 15. Proyectos de investigación externa. Los proyectos de investigación externa que se realicen para el sector público o social deberán ser aprobados necesariamente por la Junta Directiva a pro-

puesta del Director del Centro, que establecerá a su vez el monto de las cuotas de recuperación y, para el caso de que se decida contratar a investigadores externos por proyecto, los mismos deberán ser designados invariablemente por la Junta Directiva y celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales con la Escuela.

Artículo 16. Libertad de investigación. En la contratación de servicios de investigación aplicada que preste el Centro, se asegurará la invariable independencia de criterio de sus investigadores, preservando el espíritu de libertad que desde su fundación ha caracterizado a la Escuela Libre de Derecho.

Artículo 17. Área de informática jurídica, análisis documental, jurisprudencial y difusión. El área de informática jurídica, análisis documental, jurisprudencial y difusión se ocupará: a) de coordinar y dar mantenimiento a los sistemas y servicios informáticos de la Escuela, b) de diseñar, rediseñar y dar mantenimiento a la página web de la Escuela, c) de diseñar e implementar los servicios de Internet y de Intranet de la Escuela, d) de definir las políticas informáticas de la Escuela, e) digitalizar los recursos y archivos físicos de la Escuela, f) de participar en la colaboración de redes informáticas en materia de enseñanza superior jurídica, g) de desarrollar motores de búsqueda jurídica, h) capturar información y desarrollar en su caso programas aplicativos expertos, e i) de coordinar el proyecto de aulas virtuales y el sistemas de videoconferencias para la difusión de conferencias, para la impartición remota de cursos y para el desarrollo de materiales didácticos, actividades todas éstas para las cuales podrán cobrarse cuotas de recuperación. Para la realización de las anteriores actividades, el área de informática deberá desarrollar sus trabajos coordinadamente con la Secretaría Académica, de Administración y de Postgrado, y el Director del Centro.

Artículo 18. De los investigadores de tiempo. Los investigadores de tiempo serán aquéllos contratados por la Junta Directiva para realizar sus trabajos como empleados de la Escuela por tiempo indeterminado. Dependiendo de su horario de trabajo, podrán ser investigadores de tiempo completo si cumplen 40 horas de servicios a la semana y de medio tiempo si cumplen con 30, 20 o 10 horas de trabajo a la semana. La retribución de los investigadores de tiempo será fijada por la Junta Directiva.

Artículo 19. Del procedimiento para contratar investigadores de tiempo. El nombramiento de investigadores de tiempo y la asignación de sus emolumentos, es prerrogativa indelegable de la Junta Directiva. Sin embargo, para efectos de ejercer la anterior facultad, el nombramiento que hará la Junta Directiva deberá seguir un procedimiento que comprenderá las siguientes fases: a) convocatoria, b) análisis de candidaturas y expedientes, c) entrevista de oposición, d) resolución. La conducción del anterior proceso estará a cargo del Consejo de Investigación e Informática.

Artículo 20. De la convocatoria. La convocatoria será hecha: a) mediante correo electrónico dirigido a los profesores de la Escuela, b) mediante publicación en la página web de la Escuela y c) mediante publicación en los estrados de la Escuela, con el propósito de que las candidaturas sean presentadas al Director del Centro dentro de los 15 días naturales siguientes a su publicación. En la convocatoria se informará a los interesados, que deberán contar con el grado de doctor en derecho o en alguna disciplina auxiliar del mismo; igualmente, será necesario que presenten: a) sinopsis curricular con sus principales méritos profesionales, académicos y científicos, b) servicios prestados, en su caso a la Escuela Libre de Derecho y c) carta-solicitud motivada. Dentro de la carta solicitud motivada los aspirantes expresarán brevemente i) las razones de su candidatura, ii) las líneas de investigación y proyectos que les interesaría desarrollar dentro de la Escuela, iii) su disponibilidad de honorario, iv) sus pretensiones económicas, v) su conocimiento y adhesión a los principios, tradición y normatividad de la Escuela Libre de Derecho y v) su anuencia para participar en el proceso de selección sujetándose a la decisión inapelable de la Junta Directiva.

Artículo 21. Del análisis de las candidaturas. De entre las candidaturas presentadas, el Director del Centro las ordenará, de acuerdo con los siguientes criterios, que serán considerados de manera prudencial, sin sujetarse a un orden jerárquico ni a un criterio cuantitativo, sino valorando las circunstancias de cada caso, privilegiando las calidades y aptitudes personales de cada candidato: a) institución en la que se haya obtenido el grado de doctor, b) obra publicada, c) experiencia docente y de investigación, d) trayectoria profesional relacionada con las líneas y proyectos de investigación propuestos y e) antigüedad y servicios previamente prestados a favor de la Escuela.

Artículo 22. De la entrevista de los candidatos. A partir del análisis de las candidaturas, el Director del Centro presentará, en un plazo de 30 días naturales, las más solventes ante el Consejo de Investigación, a efectos de determinar quiénes serán entrevistados personalmente por el mismo Consejo o, en su caso, por los delegados que designe para tales efectos. En la entrevista de oposición se buscará ante todo conocer personalmente a los candidatos para determinar: la identificación del candidato con la Escuela y su conocimiento de la materia sobre la que pretende realizar su investigación y proyectos.

Artículo 23. Dictamen y nombramiento de investigadores. Considerando todos los datos obtenidos a partir del anterior procedimiento, el Consejo presentará un dictamen ejecutivo a la Junta Directiva, dando cuenta de todos los candidatos, aunque proponiendo específicamente a aquellos tres que sean más idóneos para ser designados. La Junta Directiva tendrá plena libertad para nombrar a los investigadores y atribuirles sus emolumentos, pero deberá hacerlo de manera razonada, tomando en cuenta el dictamen presentado, y considerando los criterios anteriormente establecidos. Se buscará en todo caso que se trate de juristas destacados, tomando en cuenta su perfil académico. Adicionalmente, la Junta podrá preferir, en igualdad de circunstancias, a los egresados de la Escuela respecto de los externos y a aquellas personas que hubiesen prestado ya servicios a favor de la Escuela respecto de quienes todavía no se hayan involucrado en sus actividades.

Artículo 24. De los investigadores por proyecto. Los investigadores por proyecto serán designados invariablemente por acuerdo de la Junta Directiva. La contratación de investigadores por proyecto requerirá, previamente, de la aprobación por parte de la Junta Directiva del proyecto de investigación práctica o aplicada correspondiente. El nombramiento de investigadores por proyecto deberá hacerse siguiendo el mismo procedimiento establecido para la contratación de investigadores de tiempo, salvo que por razones de urgencia la Junta Directiva acuerde, por mayoría absoluta, su designación de una manera más expedita, para lo cual, en todo caso, deberán seguirse los mismos criterios de selección previstos para los investigadores de tiempo. Los investigadores por proyecto celebrarán un contrato de prestación de servicios profesionales con la Escuela, dentro del cual se establecerán sus honorarios y los trabajos a realizarse a su cargo.

Artículo 25. De los investigadores honorarios. Serán designados como investigadores honorarios, aquellos profesores de la Escuela o profesores o investigadores externos, que ofrezcan sus servicios gratuita y honoríficamente a favor de la Escuela. La Junta Directiva hará constar su nombramiento mediante el diploma que lo acredite.

Artículo 26. Derechos y obligaciones de los investigadores de tiempo. Los investigadores de tiempo tendrán derecho: a) a ostentarse como tales, b) a usar de los servicios de la Biblioteca, c) a ocupar, cuando lo necesiten, un espacio físico en la Biblioteca o en el Centro, d) a recibir los apoyos disponibles de los tesistas, becarios o alumnos que presten su servicio social, e) a percibir su salario y, en su caso, estímulos. Todos los investigadores de tiempo deberán adscribirse a una línea de investigación específica, identificar los proyectos en los que habrán de colaborar y preparar un plan anual de trabajo, con cronograma de actividades y resultados tangibles de sus investigaciones. Igualmente, todos los investigadores deberán considerar un horario específico para la asesoría de tesis y la orientación de alumnos y profesores, a efectos de desarrollar un programa integral de tutorías para alumnos de licenciatura y postgrado. Todos los investigadores de tiempo completo deberán, anualmente: a) publicar por lo menos dos artículos científicos, preferentemente en las revistas de la Escuela y en todo caso ostentando su acreditación institucional. Igualmente, b) deberán participar en por lo menos dos actividades académicas (congreso, seminario, taller, etcétera), c) deberán participar, por lo menos, en un proyecto especial (organización de curso, taller, seminario, etcétera), d) apoyar por lo menos a tres tesistas. Adicionalmente, todos los investigadores deberán publicar cada cinco años un libro científico, de manera individual o colectiva y organizar o apoyar la organización de un congreso cada tres años. En el caso de los investigadores de medio tiempo, asumirán las anteriores obligaciones mínimas en la proporción de su horario y emolumentos, según defina con el Consejo de Investigación e Informática.

Artículo 27. Derechos y obligaciones de los investigadores por proyecto. Los investigadores por proyecto tendrán derecho: a) a ostentarse como tales, b) a usar de los servicios de la Biblioteca, c) a ocupar, cuando lo necesiten, un espacio físico en la Biblioteca o en el Centro, d) a recibir los apoyos disponibles de los tesistas, becarios o alumnos que presten su servicio social y e) a devengar sus honorarios y,

en su caso, los porcentajes de las cuotas de recuperación que sean acordados por la Junta Directiva. Estarán obligados a informar periódicamente –según las exigencias de cada proyecto– de su avance al Director del Centro, quien informará a su vez al Consejo de los mismos. Igualmente, al finalizar su proyecto, deberán entregar todas las constancias del mismo al Director del Centro, así como preparar un informe pormenorizado de las actividades que se hayan generado con motivo del mismo, que será presentado al Consejo.

Artículo 28. Derechos y obligaciones de los investigadores honorarios. Los investigadores honorarios tendrán derecho: a) a ostentarse como tales, b) a usar de de los servicios de la Biblioteca, c) a ocupar, cuando lo necesiten, un espacio físico en la Biblioteca o en el Centro, d) a recibir los apoyos disponibles de los tesistas, becarios o alumnos que presten su servicio social. Estarán obligados, en contrapartida, a presentar un informe anual con los resultados de sus investigaciones y a publicar los resultados de las mismas, preferiblemente en la Revista de la Escuela o con su sello editorial –previa la aprobación, en su caso del Comité Editorial– o, en su defecto, a dar los créditos correspondiente a la Escuela en sus publicaciones.

Artículo 29. De la evaluación de los investigadores. Todos los investigadores deberán adscribir sus trabajos a una determinada línea de investigación y preparar sus proyectos de investigación, que salvo en el caso de los investigadores por proyecto, tendrán una vigencia anual. Los proyectos de investigación deberán contener en todo caso un cronograma de actividades y los resultados esperados de la investigación. El desempeño de los investigadores será evaluado por el Consejo anualmente, confrontando sus proyectos con los resultados efectivamente alcanzados.

Artículo 30. De los estímulos para los investigadores. Además de los honorarios o salarios que perciban –según el caso– los investigadores contratados, éstos podrán recibir los siguientes incentivos por trabajos extraordinarios: a) apoyo de viáticos para asistir a Congresos, b) becas, medias becas y/o financiamiento para realizar estudios de postgrados y perfeccionamiento, c) un porcentaje de la cuota de recuperación que se estipule con motivo de alguna investigación aplicada por encargo, que no podrá exceder del 10% de la misma, d) un premio por artículo publicado, que podrá variar dependiendo de la calidad de la publicación y e) un premio por la organización de un Congreso.

Artículo 31. De los alumnos asistentes de investigación. Los alumnos de la Escuela podrán participar como asistentes de investigación previa autorización del Director del Centro y asignación para apoyar a algún(os) investigador(es) en específico. Los tesistas que estén siendo dirigidos por los investigadores del Centro, deberán colaborar en actividades de investigación dependiendo de su disponibilidad de tiempo y de las necesidades del investigador que les esté asesorando, en actividades de investigación. Adicionalmente, el Centro diseñará un programa de servicio social en investigación para alumnos que deseen prestar su servicio en la Escuela. Dicho programa tendrá una duración mínima de seis meses. Igualmente se establecerá un programa de becas de investigación, para aquellos alumnos del segundo año de la carrera en adelante, quienes deberán prestar sus servicios durante todo el curso lectivo por el cual serán becados. Para los anteriores efectos, la Secretaría Académica, de manera coordinada con la Secretaría de Administración, hará al inicio de los cursos lectivos las convocatorias correspondientes, a efectos de admitir en los programas de becas y servicio social únicamente a aquellos alumnos que cumplan un perfil adecuado para apoyo de la investigación. Al final del servicio social o de la beca, los alumnos deberán presentar al Director del Centro un informe de actividades, que será turnado al Consejo y a la Junta Directiva para que éste decida si es de concedérseles la liberación del servicio social o la beca académica solicitada. Adicionalmente, podrán concederse estímulos adicionales a los alumnos que realicen en sus actividades de investigación trabajos extraordinarios más allá de los deberes que les sean asignados.

Artículo 32. Interpretación. La interpretación de los presentes lineamientos será hecha por la Junta Directiva, de conformidad con el *Estatuto* y el *Reglamento General*.

DATOS DEL CURSO ESCOLAR 2009-2010

In Memoriam
Josette Serrato Combe
Laura Trigueros Gaisman

Renata L. SANDOVAL SÁNCHEZ
Rafael ESTRADA MICHEL

La Escuela Libre de Derecho se apresta a celebrar su Centenario y, durante el curso 2009-2010, realizó diversas actividades que la mantuvieron a la vanguardia de la enseñanza del derecho en la República, como orgulloso testimonio de lo que México ha producido desde que inició su lucha por la Independencia y el autogobierno hace doscientos años.

Las profesoras y profesores que rindieron tal testimonio en el pasado curso escolar, cumpliendo con la tradición liberal y honorífica de la Libre, fueron las y los siguientes:

CARRERA DE ABOGADO

1° A	
Sociología	Rolando Cañas Moreno
Derecho Civil: Personas y Familia	Pedro Bernardo Barrera Cristiani
Bienes	Carlos Antonio Morales Montes de Oca
Introducción al Derecho	José Julián Domínguez Arroyo

Primer Curso de Derecho Romano	Fernando de la Peza Berrios
Primer Curso de Economía Política	Antonio Cárdenas Arroyo
Análisis de problemas socioeconómicos selectos	Gemi José González López
Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica	Jorge Pineda Villarreal
1° B	
Derecho Civil: Personas y Familia	Ignacio Ramírez Fernández del Castillo
Bienes	Alfredo Bazúa Witte
Introducción al Derecho	Carlos Müggenburg Rodríguez-Vigil
Primer Curso de Derecho Romano	Luis Jorge Castro Gómez
Sociología	Mauricio Oropeza Estrada
Primer Curso de Economía Política	Rafael Anzures Uribe
Análisis de problemas socioeconómicos selectos	Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar
Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica	Carmen Carmona Lara
1° C	
Derecho Civil: Personas y Familia	Fernando Cataño Muro Sandoval
Bienes	Gerardo Aparicio Razo
Introducción al Derecho	Javier Lozano Alarcón
Primer Curso de Derecho Romano	Rodrigo de la Peza López-Figueroa
Sociología	José Antonio López Padilla

Primer Curso de Economía Política	Luis Pazos de la Torre
Bienes	Gerardo Aparicio Razo
Análisis de problemas socioeconómicos selectos	María Teresa Fernández Labardini
Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica	Rosa María Ávila Fernández
1° D	
Derecho Civil: Personas y Familia	Patricio Garza Bandala
Bienes	Rogelio Rodrigo Orozco Pérez
Introducción al Derecho	Horacio Aguilar Álvarez
Primer Curso de Derecho Romano	Fabián Alejandro Guzmán García
Sociología	Gibrán Miguel Castañeda de la Cruz
Primer Curso de Economía Política	Manuel Alexandro Munive Páez
Análisis de problemas socioeconómicos selectos	Roberto del Cueto Legaspi
Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica	Miguel Bonilla López
2° A	
Segundo Curso de Derecho Civil	Emilio González de Castilla del Valle
Primer Curso de Derecho Procesal Civil	Raúl Name Neme
Segundo Curso de Derecho Romano	Jenaro Morales Martínez
Teoría General del Estado	Miguel García y García
Primer Curso de Derecho Penal	Moisés Moreno Hernández

Segundo Curso de Economía Política	Julián Olivas Ugalde
Seminario de Teoría General del Estado	Carlos Cataño Muro Sandoval
Seminario de Derecho Civil	Edgar González Peredo
Seminario de Derecho Penal	Miguel Ontiveros Alonso
Seminario de Derecho Procesal Civil	Mario Pesquera Ostos
2° B	
Segundo Curso de Derecho Civil	Cecilio González Márquez
Primer Curso de Derecho Procesal Civil	Jorge Sodi Patiño
Segundo Curso de Derecho Romano	José Antonio García Luque
Teoría General del Estado	Pascual Orozco Garibay
Primer Curso de Derecho Penal	Horacio Armando Hernández Orozco
Segundo Curso de Economía Política	Miguel Soberón Mainero
Seminario de Teoría General del Estado	Francisco Xavier Borrego Hinojosa Linage
Seminario de Derecho Civil	Miguel Ángel Zamora y Vega
Seminario de Derecho Penal	Guadalupe Sánchez Palacios
Seminario de Derecho Procesal Civil	Juan Pablo Estrada Michel
2° C	
Segundo Curso de Derecho Civil	Miguel Alessio Robles Landa
Primer Curso de Derecho Procesal Civil	Mauricio Cárdenas Guzmán

Segundo Curso de Derecho Romano	Eugenio Bernal Caso
Teoría General del Estado	Ricardo Sepúlveda Iguiniz
Primer Curso de Derecho Penal	Rodolfo Félix Cárdenas
Segundo Curso de Economía Política	Juan Javier del Granado
Seminario de Teoría General del Estado	Francisco Xavier Borrego Hinojosa Linage
Seminario de Derecho Civil	Miguel Ángel Zamora y Vega
Seminario de Derecho Penal	Guadalupe Sánchez Palacios
Seminario de Derecho Procesal Civil	Juan Pablo Estrada Michel
Seminario de Derecho Penal	Miguel Ontiveros Alonso
3° A	
Tercer Curso de Derecho Civil	Ignacio R. Morales Lechuga
Primer Curso de Derecho Constitucional	Raymundo Vázquez Castellanos
Segundo Curso de Derecho Procesal Civil	Carlos Loperena Ruiz
Segundo Curso de Derecho Penal	Rafael Mateos Poumián
Primer Curso de Derecho Mercantil	Luis Alfonso Cervantes Muñiz
Derecho Laboral	Francisco José Simón Conejos
Deontología Jurídica	Narciso Pérez Lara
Seminario de Derecho Civil	Jaime Inchaurrandieta Sánchez-Medal
Seminario de Derecho Penal	Julio Esponda Ugartechea
Seminario de Derecho Procesal Civil	Mario Alberto Zavala Díaz

Seminario de Derecho Constitucional	Luis Miguel Cano López
Seminario de Derecho Mercantil	Miguel Alejandro Vázquez Garza
3° B	
Tercer Curso de Derecho Civil	Fausto Rico Álvarez
Primer Curso de Derecho Constitucional	Ismael Gómez Gordillo y Ruelas
Segundo Curso de Derecho Procesal Civil	Carlos Sodi Serret
Segundo Curso de Derecho Penal	José Luis Izunza Espinosa
Primer Curso de Derecho Mercantil	Ignacio Soto Borja
Derecho Laboral	Luis Díaz Mirón Álvarez
Deontología Jurídica	Juan Pablo Pampillo Baliño
Seminario de Derecho Civil	Jaime Inchaurrandieta Sánchez-Medal
Seminario de Derecho Penal	Verónica Román Quiroz
Seminario de Derecho Procesal Civil	Eduardo Sodi Carmona
Seminario de Derecho Constitucional	Francisco Cuevas Godínez
Seminario de Derecho Mercantil	Nadeshda Vargas Stepanenko
4° A	
Primer Curso de Derecho Administrativo	Fernando Franco González Salas
Segundo Curso de Derecho Constitucional	Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Segundo Curso de Derecho Mercantil	Emiliano Zubiría Maqueo

Derecho Internacional Público	Loretta Ortiz Ahlf
Historia General del Derecho	Fernando Villaseñor Rodríguez
Derecho Procesal Penal	José Manuel Gómez Mont y Urueta
Cuarto Curso de Derecho Civil	José Ángel Villalobos Magaña
Seminario de Derecho Constitucional	Jorge de Ibarrola Dávalos
Seminario de Derecho Mercantil	Gerardo Lozano Alarcón
Seminario de Derecho Administrativo	Gustavo Robles Cuevas
Seminario de Derecho Internacional Público	Armando Ortega Gómez
Seminario de Derecho Procesal Penal	José Luis Nassar Daw
4° B	
Primer Curso de Derecho Administrativo	Fauzi Hamdan Amad
Segundo Curso de Derecho Constitucional	Antonio Arámburu Mejía
Segundo Curso de Derecho Mercantil	Diego Martín del Campo y Souza
Derecho Internacional Público	Gisela Oscós Said
Historia General del Derecho	Rafael Estrada Michel
Derecho Procesal Penal	Ignacio Mendoza Aguilar
Cuarto Curso de Derecho Civil	Juan Manuel Asprón Pelayo
Seminario de Derecho Constitucional	Jorge de Ibarrola Dávalos
Seminario de Derecho Mercantil	Gerardo Lozano Alarcón
Seminario de Derecho Administrativo	Héctor David Flores Ávalos

Seminario de Derecho Internacional Público	Armando Ortega Gómez
Seminario de Derecho Procesal Penal	Luis Norberto Cacho Pérez
5° A	
Derecho Fiscal	Juan Manuel Jiménez Illescas
Segundo Curso de Derecho Administrativo	David Hurtado Badiola
Derecho Internacional Privado	Ligia Claudia González Lozano
Filosofía del Derecho	F. Jorge Gaxiola Moraila
Historia del Derecho Patrio	Francisco de Icaza Dufour
Derecho Monetario y Bancario	Fernando Borja Mújica
Seminario de Tesis	Mauricio Oropeza y Segura
5° B	
Derecho Fiscal	Mario Alberto Becerra Pocoroba
Segundo Curso de Derecho Administrativo	Jorge Pulido Vázquez
Derecho Internacional Privado	Ligia Claudia González Lozano
Filosofía del Derecho	Rafael Estrada Sámano
Historia del Derecho Patrio	José Manuel Villalpando César
Derecho Monetario y Bancario	Benjamín Vidargas Rojas
Seminario de Tesis	René Trigo Rizo
OPTATIVAS	
Derecho Agrario	Manuel Ruiz Daza
Derecho Bursátil	Emilio Ramírez-Gámiz Casillas
Inglés Jurídico	Javier Becerra Hernández
Notariado	Jorge Ríos Hellig
Seguros y Fianzas	Humberto Ruiz Quiroz

Delitos Federales	Felipe Gómez Mont y Urueta
Derecho de la Propiedad Intelectual	Miguel Gutiérrez Cervantes
Procesos y Controversias Constitucionales	Karen González Rodríguez
Derecho Minero	Federico Kunz Bolaños
Variable: Sistema Acusatorio Adversarial	José Héctor Carreón Herrera
El Poder	Elisur Arteaga Nava
Traducción de Textos Jurídicos (Inglés-Español)	Javier Becerra Hernández

MAESTRÍA EN DERECHO

Primer Semestre

La Nueva Relación Estado-Derecho	Rafael Estrada Sámano
Investigación Jurídica	Óscar Gutiérrez Parada
El Derecho como Argumentación	Rodolfo Gómez Alcalá
Derecho Comparado	Manuel González Oropeza

Segundo Semestre

Ética Jurídica	Mario Álvarez Ledesma
El Papel del Juez en el Estado Constitucional	Jorge Mario Pardo Rebolledo
La Creación Supranacional del Derecho	Salvador Cárdenas Gutiérrez
Derecho Angloamericano	Carlos Báez Silva

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Tercer Semestre

Competencia Económica	Ricardo Hernández Estrada
Medios Alternativos de Solución de Conflictos	Alejandro Ogarrio Ramírez-España Francisco González de Cossío
Comercio Internacional de Servicios	Arturo Perdomo Jiménez
Derecho y Finanzas	Alejandro Guzmán García
Análisis Económico de las Instituciones Jurídicas	Ismael Gómez Gordillo y Ruelas
Comercio Internacional de Bienes	Gerardo Vázquez Gómez

Cuarto Semestre

Régimen Tributario Internacional	Carlos Martínez Rico
Organizaciones Internacionales en Materia de Comercio	Luis Alberto Domínguez González
Protección Internacional de los Derechos Humanos	Javier Moctezuma Barragán
Derecho Ecológico Internacional	Carmen Carmona Lara
Problemas y Medios Jurídicos Derivados de la Informática	Salomón Vargas García
Derecho Comunitario Europeo	Raúl Pérez Johnston

Al inicio del Ciclo Escolar 2009-2010, la Junta Directiva de la Escuela se halló integrada en la forma siguiente:

Lic. Jorge F. Gaxiola Moraila, *Rector*

Vocales:
Lic. Francisco José Simón Conejos

Lic. Emiliano Zubiría Maqueo
Lic. Mauricio Oropeza Estrada
Lic. Pascual Orozco Garibay
Lic. José Ángel Villalobos Magaña

Por renuncia presentada con carácter irrevocable por el profesor Gaxiola Moraila en mayo de 2010, el ciclo escolar concluyó bajo la Rectoría del licenciado Fauzi Hamdan Amad, electo por la Junta General de Profesores para el periodo 2010-2014.

La Lic. Silvia Gabriela Ortiz Rascón inició el curso escolar con el carácter de Secretaria de Administración, cargo al que renunció en el mes de marzo. En mayo de 2010 la Junta Directiva realizó los siguientes nombramientos:

- Lic. Renata Sandoval Sánchez, Secretaria de Administración.
- Dr. Rafael Estrada Michel, Secretario Académico.
- Lic. Mayra Müggenburg Camil, Directora de Posgrado.
- Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño, Director del Centro de Investigación e Informática Jurídica "Manuel Herrera y Lasso".
- Mtro. Fernando Villaseñor Rodríguez, Director de la Biblioteca.

Por elección realizada entre el alumnado, presidió la Sociedad de Alumnos durante el ciclo de referencia el alumno Leopoldo Alfredo Gómez Grassi.

Resultaron premiados durante el curso 2009-2010 los siguientes alumnos de la Escuela:

Primer año
1° A
1er Premio
Guillermo Loaiza Gómez
2°. Premio
Julio Manuel Rivera Ríos
Tony Harpreet Centurión Paredes

1° C
1er Premio
David Fernando Soto Alday
2°. Premio
Luis Alberto Cruz Aguilar

1° D
1er Premio
Carlos Jesús Altamirano Bustos
2°. Premio
Pablo Martínez Arizpe Gudiño

2° B
2°. Premio
José Ignacio Morales Simón
Liliana Gutiérrez Robles

2° C
2°. Premio
Dionicio Castillo de la Torre
María Fernanda Pulliam de Teresa
Ana Belén del Río Morán

3° A
1er Premio
Luis Octavio Tena Ochoa
2°. Premio
Pablo Gutiérrez de la Peza Gutiérrez

3° B
2°. Premio
Regina Monroy Correa

4° A
2°. Premio
Leopoldo Alfredo Gómez Grassi
Iris Samantha Portillo Fragoso
Emilio Garciadiego Ruiz

Por lo que hace a las generaciones que concluyeron sus estudios en 2010, la alumna Brenda Lucía Sánchez Pérez obtuvo el premio que concede el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México al alumno con el mayor promedio en la carrera de Abogado. El mismo premio fue concedido por el propio Ilustre y Nacional Colegio a la alumna Renata L. Sandoval Sánchez, quien fuera la estudiante con mejor desempeño en la Maestría en Derecho, al obtener el mayor promedio académico.

Las alumnas María de los Ángeles Padilla Zubiría, con la tesis *Injusticia extrema no es derecho. Teoría de la justicia en el pensamiento Iusfilosófico de Gustav Radbruch* y Cecilia Lizardi Tort, con la tesis *La fiesta de los toros como patrimonio cultural de los mexicanos a la luz del derecho fundamental de acceso a la cultura*, obtuvieron el premio a las mejores tesis de licenciatura laureadas durante el ciclo al que nos hemos venido refiriendo.

La Fundación Fausto Rico Álvarez concedió por primera ocasión el premio "Fausto Rico Álvarez" al alumno de la generación saliente que obtuvo el mayor promedio en sus exámenes de Derecho privado. Correspondió para la Generación 2005-2010 al alumno Javier Arsenio Farell Martínez.

Alumnos titulados y tesis presentadas

1. 3369
Castilla Valdez, Anayeli
1 de septiembre de 2009
Análisis de la Fracción VI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal a la luz de las Reformas 2000 y 2008.

2. 3370
Gámez Sagrero, Juan Carlos
3 de septiembre de 2009
Poligrafía del polígrafo. Estudio jurídico sobre el polígrafo en México.

3. 3371
Valdés Cruz, Danitza
8 de septiembre de 2009

Comentarios a las Reformas del año 2008 al Código de Comercio, en la tramitación de los juicios mercantiles.

4. 3372
Padilla Zubiría, María de los Ángeles
10 de septiembre de 2009
Injusticia extrema no es derecho. Teoría de la justicia en el pensamiento iusfilosófico de Gustav Radbruch.

Mención por: Tesis Laureada

5. 3373
Villa Berger, Patricia
17 de septiembre de 2009
Responsabilidad penal del superior en el derecho humanitario.

Mención por: Examen sustentado

6. 3374
López Arredondo, César Dante
21 de septiembre de 2009
El memorándum de entendimiento del P.T.A.T y la protección consular de los trabajadores agrícolas temporales mexicanos en Canadá.

7. 3375
Montes de Oca Graue, Miguel
23 de septiembre de 2009
Análisis crítico de la facultad discrecional de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de solicitar el sobreseimiento de los procesos por delitos fiscales. Con referencia al principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

8. 3376
Castañeda Guerrero, César Gerardo
24 de septiembre de 2009
Fines extrafiscales de los impuestos. Interpretación de los principios de justicia tributaria por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Mención por: Tesis Laureada

9. 3377
Sánchez Pérez del Pozo, Ricardo
1 de octubre de 2009
Renovación de la constitucionalidad en México.

Mención por: Caso Práctico

10. 3378
Pérez de Gante, Kaynicte
5 de octubre de 2009
Ubicación de los títulos virtuales dentro de la teoría general de los títulos de crédito.

Mención por: Tesis Laureada

11. 3379
Torón Hernández, Rocío Laura
8 de octubre de 2009
La prisión preventiva en México: conflicto entre la seguridad pública y el derecho fundamental a la presunción de inocencia y libertad personal.

12. 3380
García Quintanar, Ley Lani Rosalyn
19 de octubre de 2009
La protección judicial de los derechos humanos en México.

13. 3381
Guzmán Sarti, Roberto Antonio
17 de noviembre de 2009
Propuesta de incorporación del derecho de colación en el libro tercero del Código Civil para el Distrito Federal.

14. 3382
Fernández Sepúlveda, Paula
19 de noviembre de 2009

Ius Transmissionis la sucesión por derecho de transmisión en el Código Civil para el Distrito Federal.

Mención por: Examen sustentado

15. 3383
Cruz Villasante Amerena, María Antonieta
30 de noviembre de 2009
La tenencia accionaria de personas morales extranjeras con funciones de autoridad, en una institución financiera mexicana.

Mención por: Examen sustentado

16. 3384
Castillejos Mosqueda, Luis Alberto
7 de diciembre de 2009
El deber de informar de los medios periodísticos en la legislación del Distrito Federal.

Mención por: Examen sustentado

17. 3385
Woodhouse Saavedra, Derek Mark
8 de diciembre de 2009
La legalidad de los proyectos para prestación de servicios a la luz de la ley que rige su presupuestación y su contratación.

Mención por: Tesis Laureada

18. 3386
Orozco González, Mauricio
14 de diciembre de 2009
Consecuencias jurídicas de la violación al derecho del tanto de los copropietarios. Improcedencia de la acción de retracto.

19. 3387
Torres Lagarde, Mercedes
15 de diciembre de 2009

Aplicación en México de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, logros y propuestas generales para el 2009.

20. 3388
Albiter Muñoz, David
15 de diciembre de 2009
Una justificación y nuevas formas de protección en la propiedad intelectual.

Mención por: Examen sustentado y por el Caso Práctico

21. 3389
Sabbagh López, Iván
17 de diciembre de 2009
Análisis constitucional del sistema de precios de transferencia a la luz de las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

22. 3390
Altamirano Peña, José Alberto
14 de enero de 2010
La celebración de contratos civiles a través de medios electrónicos en el Código Civil del Distrito Federal.

Mención por: Tesis Laureada y por el Caso Práctico

23. 3391
Russek Garza, Aarón Antonio
15 enero de 2010
El derecho de injerencia humanitaria y la formación de nuevas excepciones al principio de prohibición absoluta de amenaza o uso de la fuerza.

Mención por: Examen sustentado,
Tesis Laureada y Trayectoria académica.

24. 3392
Guerrero Zazueta, Arturo

28 de enero de 2010
Eficacia horizontal de los derechos fundamentales a través de la interpretación conforme y la ponderación.

Mención por: Tesis Laureada

25. 3393
Rivera Hernández, Sandra
11 de febrero de 2010
Efectos del control de precios en el mercado de derivados.

26. 3394
Haro Goñi, Alfredo
18 de febrero de 2010
El principio de Non Bis In Idem en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
¿X = X + Y?

Mención por: Tesis Laureada

27. 3395
Espeleta Pérez, Jordi
23 de febrero de 2010
La incompetencia de origen y su aplicabilidad en los actuales sistemas de jurisdicción electoral.

28. 3396
Vaca Vélez, Marco Antonio
28 de febrero de 2010
Obligación que no es exigible no es obligación.

29. 3397
Diez de Bonilla Martínez, Luis
10 de marzo de 2010
La situación jurídica de los trabajadores al servicio del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Un caso de desigualdad jurídica.

30. 3398
Aguilera Beguerisse, Luis
16 de marzo de 2010
La reminiscencia del derecho de aubana en México a la luz del principio de igualdad.

Mención por: Caso Práctico

31. 3399
Del Ángel Negrete, Natalia Carolina
17 de marzo de 2010
Propuesta de legislación de la prueba biológica del ADN en juicios de investigación de la paternidad.

32. 3400
González González, Abelardo
23 de marzo de 2010
La tutela del derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen en el Distrito Federal.

33. 3401
Lizardi Tort, Cecilia
24 de marzo de 2010
La fiesta de los toros como patrimonio cultural de los mexicanos a la luz del derecho fundamental de acceso a la cultura.

Mención por: Tesis Laureada y por el Examen sustentado

34. 3402
Gutiérrez Pier, Alberto
12 de abril de 2010
La desmutualización de las bolsas de valores y sus conflictos de interés.

Mención por: Tesis Laureada

35. 3403
Velázquez Cervantes, José Ernesto

21 de abril de 2010
Marco regulatorio de las telecomunicaciones en México: Del monopolio a la convergencia.

Mención por: Examen sustentado

36. 3404
Vaquero Sánchez, Karla
22 de abril de 2010
Análisis del régimen jurídico mexicano aplicable a los productos financieros derivados en el mercado extrabursátil. Propuesta de modificaciones.

37. 3405
Braverman Carmona, María Fernanda
26 de abril de 2010
La Ley de Expropiación y sus Reformas de junio de 2009. Análisis jurídico del decreto por el que se reforman los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 20 y 20 bis y se adicionan un primer párrafo, recorriéndose los demás párrafos, y una fracción III bis al Artículo 1o., todos de la Ley de Expropiación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día cinco de junio de dos mil nueve.

Mención por: Examen sustentado

38. 3406
García Rivera, Flor
27 de abril de 2010
Prenda sin transmisión de posesión sobre acciones de una Sociedad Anónima.

39. 3407
Pagaza Gómez, Ana Luisa
28 de abril de 2010
Inconstitucionalidad de la flagrancia equiparada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

40. 3408
Lerdo de Tejada Servitje, Guillermo

29 de abril de 2010
La homologación de los calendarios electorales: análisis y propuesta para unas elecciones más democráticas.

Mención por: Examen sustentado

41. 3409
Hernández Barroso, Josel
6 de mayo de 2010
Exégesis y propuesta de reforma sobre el sistema de representación proporcional en México.

Mención por: Tesis Laureada

42. 3410
Flores Hernández, Aislinn
13 de mayo de 2010
La sociedad financiera de objeto múltiple en México. Un mecanismo efectivo de financiamiento para el desarrollo del país.

Mención por: Examen sustentado

43. 3411
España García, Fernando Anselmo
20 de mayo de 2010
La Constitución como norma general y los medios de control contra sus reformas. Análisis de la reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007.

Mención por: Tesis Laureada

44. 3412
Martínez Saldaña, Luis Enrique
21 de mayo de 2010
El cambio en la identidad personal a la luz de la legislación civil vigente en el Distrito Federal.

45. 3413
De Villa Soto, José Francisco

25 de mayo de 2010
Exigibilidad por medio del juicio de amparo indirecto de los derechos humanos contenidos en los principales instrumentos internacionales de la materia.

46. 3414
Montealegre Ramírez, Lizbeth Berenice
26 de mayo de 2010
La naturaleza jurídica del Bosque de Chapultepec.

47. 3415
Limón Uribe, Salvador Hiram
27 de mayo de 2010
Análisis crítico jurídico del traslado internacional de sentenciados a la luz de las reformas al sistema penal mexicano.

Mención por: Tesis Laureada

48. 3416
Sicilia Estrada, Tania Verónica
28 de mayo de 2010
El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal.

49. 3417
Téllez de la Vega, Lizette
30 de mayo de 2010
Maternidad subrogada.

Actividades académicas realizadas en la escuela

Además del desarrollo normal de los cursos y exámenes de licenciatura, maestría y especialidades (en Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Público, Derecho Mercantil y Derecho Tributario), de la 18a. edición del Curso de Arbitraje Internacional que realizamos con la Cámara Internacional de Comercio, así como de la operación de los

órganos colegiados de la Escuela en materias editoriales y de Postgrado, del desenvolvimiento de la Alianza por la Excelencia Académica que tenemos suscrita con la UP, la UIA, la UNAM y el ITAM, y de la fructífera relación con el claustro de profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa, durante el ciclo 2009-2010 se llevaron a cabo las siguientes actividades de corte académico:

- Discusión del libro de Aaron Barak, *El juez constitucional*, Ministro Genaro Góngora Pimentel, Magistrado Jorge Pardo Rebolledo, Dr. Héctor Fix-Fierro, 1o. de septiembre de 2009.
- *XIX Seminario Eduardo García Máynez*: Ponencia del profesor Carlos Peña sobre la obra de John Rawls (Universidad Diego Portales, Chile), 2 de septiembre de 2009.
- Donación bibliotecaria del Maestro Elisur Arteaga, en memoria del Lic. Raymundo Vázquez, padre de don Raymundo Vázquez Castellanos, 2 de septiembre de 2009.
- *Seminario de Historia del Derecho y la Justicia*, organizado en conjunto con el Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional, 11 de septiembre de 2009, 15 de enero, 12 de marzo, 14 de mayo y 8 de julio de 2010.
- Conferencia sobre *Migración y globalización*, a cargo de la Dra. María José Fariñas (investigadora de la Universidad Carlos III y asesora del presidente Rodríguez Zapatero), 9 de septiembre de 2009.
- Conferencias: *Reforma constitucional penal y principios rectores del Sistema Acusatorio Penal*, Dr. Moisés Moreno y Lic. Rafael Mateos Poumián; *El rol del Ministerio Público en el Sistema Acusatorio,* Dra. Verónica Román Quiroz, 17 de septiembre de 2009.
- *Primera sesión del grupo de análisis y seguimiento de la iniciativa de reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*, doctores Ricardo Sepúlveda y Juan Pablo Pampillo, 23 de septiembre de 2009.
- Seminario *Información, estadística y gestión judicial*, Observación de la justicia y los jueces, organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de septiembre de 2009.
- Presentación del libro *La Controversia Constitucional*, del Ministro José Ramón Cossío Díaz, 24 de febrero de 2009.

- Taller de discusión con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el caso de la baja de miembros de las fuerzas armadas infectados con VIH, Ministro José Ramón Cossío Díaz y Dr. Ricardo Sepúlveda, 29 de septiembre y 6 de octubre de 2009.
- Presentación del libro *Derecho Constitucional. El Estado mexicano. Su estructura constitucional*, del Maestro Pascual Orozco Garibay, a cargo de los profesores Elisur Arteaga, Raymundo Vázquez, Rafael Estrada M. y Karen González, 30 de septiembre de 2009.
- Presentación del número 4 de la Revista *20/10, Memoria de las Revoluciones de México*, con la participación de Jaime del Arenal Fenochio, María Teresa Franco, José Ramón Cossío Díaz, Julián Meza y Carlos González Manterola, 1o. de octubre de 2009.
- Taller de técnicas de juicios orales, del 12 al 16 de octubre de 2009, en coordinación con la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y la *American Bar Association*.
- *Foro de Derechos Humanos*. Conferencias, mesas de trabajo, paneles de debate y la presentación del libro *La incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, del Dr. José Luis Caballero, 21 y 22 de octubre de 2009.
- Conferencia *Verdades y mitos de la Independencia y la Revolución Mexicana. Bicentenario de la Independencia de México*, organizada con el Gobierno del Estado de Guanajuato, FUNDICE y Escuela Libre de Derecho, expositores Maestro Francisco de Icaza y Lic. Juan José Díaz, 28 de octubre de 2009.
- Presentación del libro de Alonso Lujambio Irazábal, *La influencia del constitucionalismo anglosajón en el pensamiento de Emilio Rabasa*, con la participación del autor y los doctores Emilio Rabasa Gamboa y Rafael Estrada M., 29 de octubre de 2009.
- *Conferencia sobre Jurisprudencia*, Maestro Miguel Bonilla López, 30 octubre de 2009.
- Conferencia *Verdades y mitos de la independencia y la Revolución Mexicana. Centenario de la Revolución Mexicana*, organizada con el Gobierno del Estado de Guanajuato, FUNDICE y Escuela Libre de Derecho, expositores Lic. José Manuel Villalpando y Dr. Jorge Adame Goddard, 4 de noviembre de 2009.

- Conferencias *Implementación de la reforma constitucional y sistema acusatorio, El Juicio de Amparo y la Reforma penal*, a cargo del Magistrado Horacio Hernández Orozco y *Garantías Individuales en la Reforma*, a cargo del Maestro José Luis Izunza, 5 de octubre de 2009.
- Conferencia del Secretario de Gobernación, Lic. Fernando Gómez Mont, organizada por la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 11 de noviembre de 2009.
- Conferencia del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Lic. Marcelo Ebrard Casaubon, organizada por la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 18 de noviembre de 2009.
- *Estructura procedimental en el nuevo sistema de justicia penal*, Conferencia de Diana Crystal González Obregón, 19 de noviembre de 2009.
- Conferencia Magistral "Día APEA", 26 de noviembre de 2009.
- Conferencias *Nueva ley de justicia penal para adolescentes*, Dra. Alicia Azzolini Bincaz, así como *Implementación de la ley de justicia para adolescentes*, Juez Rosario Tirado, 3 de diciembre de 2009.
- Recitales músico-poéticos, organizados por la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 7 y 9 de diciembre de 2009.
- Conferencia *Matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo*, profesor Carlo Pizano, 3 de febrero de 2010.
- Curso de actualización laboral, organizado conjuntamente con el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, que dio inicio en febrero de 2010 y que concluirá en diciembre de este mismo año.
- Curso *Wikicódigocivil: la recodificación del ordenamiento jurídico en el siglo XXI*, organizado por el profesor Juan Javier del Granado, conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 11 de febrero de 2010.
- Taller de análisis de resoluciones en materia electoral, sesiones del 15, 22 de febrero y 24 de marzo de 2010, organizado

en conjunto con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- Presentación del libro de don Miguel Ángel Hernández Romo *Orientaciones jurídicas estudiantiles*, a cargo de los doctores Jorge Adame, José Antonio Lozano, Jorge Pineda Villarreal, Juan Pablo Pampillo y David Hernández, 24 de febrero de 2010.
- En el marco de la *Cátedra Garzón Valdés*, conferencia *Democracia y relativismo*, Dr. Alfonso Ruiz Miguel, 2 de marzo de 2010.
- Coloquio *El Nuevo Modelo de Justicia Penal a Debate*, conjuntamente con la Secretaría de Gobernación, 8 al 12 de marzo de 2010.
- Inauguración del *I Seminario Felipe Tena Ramírez*, organizado en conjunto con el ITAM y la UNAM, 8 de marzo de 2010.
- Presentación del libro del Maestro Rodolfo Félix Cárdenas, *Nueva política criminal para el combate del delito de secuestro*, 25 de marzo de 2010.
- Conferencia magistral de la Lic. Margarita Zavala Gómez del Campo, 7 de abril de 2010.
- Presentación del libro del Dr. Clemente Valdés, *La invención del Estado. Un estudio sobre su utilidad para controlar a los pueblos*, a cargo de los profesores Carlos Müggenburg Rodríguez-Vigil y Rafael Estrada Sámano, 8 de abril de 2010.
- *Jornadas de Derecho Procesal Civil* (13 al 15 de abril de 2010), organizadas por el profesor don Mauricio Cárdenas, con la participación de varios académicos de la ELD e invitados, entre ellos la Ministra Margarita Luna Ramos.
- Clausura *I Seminario Tena Ramírez* (IIJ/UNAM). Con la presencia del Ministro Fernando Franco González Salas, 22 de abril de 2010.
- *III Congreso Nacional de Derecho Concursal*, 19 al 21 de mayo de 2010.
- Curso-Taller *Acceso a la Justicia y Derechos Humanos desde los Órganos Impartidores de Justicia* (AMIJ, CJDH y ELD), 11, 18, 25 de junio y 2, 9, 16 de julio de 2010, bajo la coordinación del profesor don Ricardo Sepúlveda.

- Publicación, con editorial Porrúa, de diez libros de la serie *Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer Centenario*, bajo la coordinación del Comité Editorial que preside el profesor don Francisco de Icaza Dufour.
- Entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010 se llevó a cabo en la ciudad de Puebla, Pue., el *XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, auspiciado por varias instituciones, entre las que se contó de manera principal a la Escuela Libre de Derecho.

IN MEMORIAM

JOSETTE SERRATO COMBE
(1943-2010)

Ejemplo de humildad y servicio, la maestra Josette Serrato Combe nos dejó durante el pasado ciclo escolar. Como académica, desde sus cátedras de francés, Seminario y Derecho Internacional Privado, obtuvo todos los reconocimientos a los que puede aspirar un profesor de la Escuela Libre de Derecho. Sirvió también como investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela, legando a esta *Revista* un importante número de artículos monográficos y de reseñas de libros. Desde la interesante atalaya del derecho internacional, sus alumnos la recordamos por su bondadosa disposición hacia la formación de juristas, por su generosidad al momento de escuchar a quienes veníamos detrás de ella, por su respeto irrestricto a las ideas de otros y por su proverbial prudencia.

Fue y no pareció, sirvió y no brilló, para parafrasear a su intuitivo maestro, don Manuel Herrera y Lasso, quien nos legó la siguiente descripción del trabajo de grado de la alumna Serrato:

México, D. F., 5 de junio de 1966.

Sr. Lic. don Manuel Sainz Larrañaga,
Secretario de la Escuela Libre de Derecho,
Presente

Recibí ayer para su previa calificación la tesis de la Srita. Josette Serrato Combe que se sirvió enviarme esa Secretaría.

En debida respuesta, me apresuro a manifestar que, en mi concepto, el trabajo de la alumna, por su lúcido y vigoroso pensamiento, por su ordenada y correcta exposición y por su relevante acierto jurídico, es de los mejores en materia constitucional que se han presentado en nuestra Escuela.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Con ello queda dicho que satisface con creces las exigencias de nuestro Reglamento de Exámenes Profesionales.

Tuyo adicto amigo y viejo maestro.

Manuel Herrera y Lasso

Maestra y amiga, mujer de convicciones, ejerció su profesión con pasión y formó una familia ejemplar. Sus alumnos la recordamos con ese cálido cariño del adiós, a un tiempo discreto y enorme. Descanse en paz.

Rafael ESTRADA MICHEL

LAURA TRIGUEROS GAISMAN
(1944-2010)

Una semblanza que tenga que ver con doña Laura Trigueros, sin importar su tamaño, para quienes la conocieron, la estimarán corta en el elogio, breve en el reconocimiento, parca en la enumeración y pobre en la exposición. Todo ello deriva en detrimento de su persona, daño en su valía como jurista y mengua de su belleza. Los más se quejarán de la injusticia que se ha hecho a su memoria.

Doña Laura, como era conocida, nació en la Ciudad de México el 28 de agosto de 1944. Fue la primogénita del matrimonio formado por el ilustre jurista don Eduardo Trigueros Saravia y la señora doña Hugette Gaisman de Trigueros. Don Eduardo, titular de la cátedra de Derecho internacional privado, llegó a ser rector de la Escuela Libre de Derecho, era considerado como la máxima autoridad en derecho internacional privado en México. Aunque él murió cuando ella contaba con sólo trece años, se percibía la influencia que aun a esa edad había tenido sobre su hija.

Se formó como jurista en la Escuela Libre de Derecho; ingresó en 1962; en ella realizó una de las carreras más brillantes en los casi cien años que tiene la institución. Sin que sus compañeros tuvieran que interceder por ella, como sucedió en otros casos, obtuvo la máxima calificación de tres superiores en todas las materias excepto en una. Por su desempeño, alcanzó ocho menciones honoríficas en los exámenes que sostuvo. Egresó en 1966.

La tesis que presentó para alcanzar el título de abogado, *Reflexiones sobre el fraude a la ley*, mereció ser laureada por el jurado que la examinó.

Hizo estudios de postgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Iberoamericana, Unidroit de Roma, Italia y otras instituciones nacionales y extranjeras.

Actividad docente y de investigación

La maestra Trigueros desempeñó su actividad docente en la Universidad Autónoma Metropolitana, en la Escuela Libre de Derecho y en la Universidad Iberoamericana.

También impartió un crecido número de cursos en diferentes escuelas y facultades de derecho de México y el extranjero.

La labor de la maestra Trigueros en la Escuela Libre de Derecho

En 1978 asumió la cátedra de Derecho internacional privado en la Escuela Libre de Derecho; en ese mismo año se incorporó como investigadora para conformar el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Contribuyó al proyecto de edición de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, que aún subsiste como medio de difusión de la cultura jurídica. Nunca en la vida de la institución una revista había tenido tan larga vida como la que ha tenido ese medio de difusión.

Fue cofundadora de los cursos de actualización de la Escuela Libre de Derecho que, desde un principio, tuvieron una aceptación general en el foro y se constituyeron en uno de los principales servicios que la institución presta a la sociedad mexicana.

Intervino en la conformación del proyecto de intercambio con otras facultades y escuelas de derecho. Por su intervención la Libre brindó apoyo a un número crecido de instituciones educativas.

Ella fue la autora de la idea de conformar una auténtica hemeroteca para la Libre de Derecho. Por intercambio o por compra llegó a constituir uno de los principales acervos de la República Mexicana.

Por sus gestiones, se logró enriquecer y actualizar el acervo de la biblioteca de la Libre.

También fue directora administrativa de la obra *Legislación pública estatal*; bajo su supervisión se llegaron a editar 23 volúmenes de ella.

Fue la primera mujer que formó parte de la Junta Directiva de la Escuela Libre de Derecho.

Se desempeñó como profesora de la cátedra de Derecho internacional privado dentro de la Escuela durante veinticinco años.

Actividad dentro de la Universidad Autónoma Metropolitana

En 1984 ingresó en la Universidad Autónoma Metropolitana. En el Departamento de Derecho inició una rica actividad de investigación y de difusión de la cultura.

Por oposición pública obtuvo el nombramiento de investigadora de tiempo completo, por tiempo indeterminado, con el máximo nivel en el Departamento de Derecho. Impartió los cursos de Derecho internacional privado y de Teoría constitucional.

Inició y desarrolló el proyecto para editar la revista *Alegatos*, del Departamento de Derecho; que ya ha llegado al número setenta y cinco.

A pesar de que tenía derecho a percibir un emolumento, en forma desinteresada Intervino en la organización de cursos de actualización, de los que derivaron fondos que se destinaron a la creación de la biblioteca jurídica del Departamento de Derecho, a la adquisición de casi cuarenta computadoras y libros para el uso de los estudiantes.

Estando muy delicada de salud, se mostró interesada en el proyecto de construir una sala de juicios orales para la preparación de los estudiantes de derecho de su Departamento.

Coparticipó en la organización de conciertos, talleres de pintura, danzón y, aun estando muy enferma, colaboró en la organización del coro de la unidad Azcapotzalco y del inicio del proyecto de conformar una orquesta sinfónica.

Actividad dentro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado

Fue miembro numerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Llegó a ser presidenta de la misma Academia. En ella participó en la organización de seminarios y como conferenciante.

Actividad profesional

Trabajó como pasante en algunas notarías. Como abogada prestó sus servicios en el departamento jurídico de algunas instituciones de crédito.

Se desempeñó como asesora externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores, también del gobierno del estado de Guerrero para asuntos de cultura.

Durante los últimos treinta y cinco años de su vida, estuvo asociada con el autor de estas líneas en la atención de negocios relacionados con el derecho constitucional y administrativo.

Actividad editorial

Elaboró y publicó más de cien estudios y artículos, encaminados a la formulación de un tratado de derecho internacional privado; también escribió sobre temas relacionados con el derecho constitucional y la historia del estado de Guerrero.

Fue co-traductora de la obra de *de principatibus*, publicada por Editorial Trillas en 1999.

En 1980, en unión del doctor Leonel Pereznieto Castro, compiló y prologó, bajo el sello del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la obra *Estudios de derecho internacional privado*, de don Eduardo Trigueros Saravia. Formó parte de los consejos editoriales de las siguientes publicaciones:

- *Revista de Investigaciones Jurídicas*, de la Escuela Libre de Derecho.
- *Alegatos*, del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana.
- *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*.

Otras actividades

En 1995 fue candidata a ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Llegó a ser investigadora nacional.

Elaboró algunas voces para el *Diccionario jurídico mexicano*, publicado por la UNAM.

Fue nombrada "Guerrerense distinguida", por el gobierno del estado de Guerrero.

Miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Tocaba el piano; uno de sus compositores favoritos fue Schubert; de él gustaba interpretar sus *impromtus*. También tocaba la guitarra; formó parte de un grupo bohemio que tocaba y cantaba música popular. Debido a sus conocimientos musicales contribuyó a la elaboración de la obra *Sones y gustos de la Tierra Caliente del estado de Guerrero*.

Cantaba, en voz de soprano en un coro; éste, en una ocasión, se presentó en el Palacio de Bellas Artes e interpretó la *Fantasía* en do mayor, para piano, coro y orquesta, opus 80, de Beethoven.

En su juventud se desempeñó como maestra de francés; hablaba y escribía inglés e italiano.

Representó a México en varias conferencias y congresos internacionales. Formó parte de numerosas comisiones revisoras y redactoras de leyes y tratados.

Estuvo casada con el médico militar y general Alberto Gómez del Campo, con quien procreó tres hijos.

Consideraciones finales

La maestra Trigueros falleció en la Ciudad de México el 3 de octubre de 2010.

En un discurso que la maestra pronunció en una ceremonia de apertura de cursos de la Escuela Libre de Derecho, dijo lo siguiente:

> Sólo resta que cada quien haga lo que la naturaleza de nuestra institución requiere de nosotros: la juventud: estudiar, investigar e iniciarse en el dominio de esa amplia y noble ciencia que es la jurídica; nosotros, los que tenemos el honor de tratar de compartir lo poco o mucho que sabemos con los que se acercan a nosotros, hacerlo de tal manera que no por negligencia, descuido, mala fe, nos reservemos el transmitir los conocimientos que, asimismo, con ejemplar entrega, nos legaron los que nos han antecedido. Por lo que toca a nuestra Escuela Libre de Derecho sólo cabría desear, como dice Cicerón: *canescet saeclis innumerabilibus*, Envejecerá por innumerables siglos.

Fue una mujer con una belleza interior y exterior extraordinaria. Ella y sus ojos verdes, no serán olvidados por quienes estuvieron en contacto con ella.

Ciudad de México, 12 de octubre de 2010.
Elisur Arteaga Nava

DISCURSO
DEL LIC. FAUZI HAMDAN AMAD, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2010-2011

Distinguidísimos miembros de este presidium.
Integrantes de la Junta Directiva.
Señores ex Rectores.
Maestro don Mauricio Oropeza y Segura.
Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.
Presidente de la Sociedad de Alumnos.
Alumnos y ex alumnos de la Escuela Libre de Derecho.
Distinguidos invitados.

Queridos, estimados y respetados integrantes del claustro de maestros, tanto de la licenciatura como del posgrado. Igualmente, muy estimados y apreciados alumnos, que integran el claustro de esta institución y que son la razón de ser de esta Escuela, particularmente doy la bienvenida a los de nuevo ingreso.

La Escuela Libre de Derecho es y está más viva, más intensa, más grande, más creativa, más adelantada y más unida que nunca.

El proceso de cambio de nuestra Escuela ha transitado ciertamente por momentos difíciles y tampoco exentos de dificultades, tal y como ha ocurrido con la ciencia jurídica, que en el quehacer académico tuvo que abortar como Saturno, devorando a sus hijos, para que pueda ser posible el rompimiento con el pasado.

Este tránsito, este cambio, empezó hace 20 años bajo la Rectoría del maestro Fausto Rico Álvarez y siguió de manera ininterrumpida y gradualmente con los demás rectores, los maestros Miguel Ángel

Hernández Romo, desafortunadamente no presente, maestro Mario Becerra Pocoroba, maestro Ignacio Morales Lechuga y el maestro Jorge Gaxiola Moraila.

Después de este tránsito hoy tenemos un renovado y vanguardista Plan de Estudios. Tenemos el Centro de Investigación de mayor prosapia en sus objetivos y en sus fines. En el área de Posgrado, que es otro de sus brazos, ya tenemos consolidada la maestría y en vistas, para el año próximo, de otras maestrías más, independientemente de las especialidades que hoy se imparten.

En el área de Biblioteca tenemos el acervo jurídico más importante en calidad de todo el país; estamos en el proceso de digitalización de la biblioteca.

Estamos en la condición más óptima para lograr el objetivo de esta escuela que es la excelencia académica. Nuestra meta es la formación de juristas, no de abogados, con los valores superiores que el abogado debe tener y que ineludiblemente alumnos y maestros deben acatar, que es la actividad dirigida hacia el bien, que enaltece y dignifica la profesión jurídica, que lucha y defiende el orden, la seguridad, la paz, la vida, el patrimonio, el bien común, en suma, la justicia.

La justicia está representada en una hermosa mujer, que en una mano sostiene la balanza, el equilibrio del derecho, y en la otra, la fuerza. Esa simbiosis se vincula con otro emblema del abogado que es el abanico de María Antonieta, reina de Francia, esposa de Luis XVI. Ella tuvo una legendaria relación con los abogados franceses. Cuando la reina María Antonieta salió de prisión rumbo a la plaza de la República donde sería guillotinada, del último que se despidió fue de su abogado defensor Romain de Sezè, a quien le dijo estas palabras: "Abogado, le agradezco que haya asumido una causa que sabíamos perdida, sabía usted que haberme defendido le acarrearía riesgos, peligros, molestias y amarguras; sin embargo, lo hizo con lealtad y con valentía pero, sobre todo, con desinterés, pues usted era conocedor de que todos mis bienes fueron incautados y ya no soy poseedora de nada, mi única propiedad es este abanico, es lo único que me queda, y con él, que constituye toda mi fortuna, le quiero pagar sus merecidos honorarios". Ese abanico se conserva, con veneración, bajo un capelo de cristal en el recinto principal de la barra francesa de abogados en París, desde finales del siglo XVIII. Ese abanico simboliza al abogado en su lealtad, en su dignidad, en

su valentía, en su desinterés y en la lucha denodada de Romain de Sezè, que ante la asamblea popular francesa de la primera república, ávida de sangre, encabezada por Robespierre, se atrevió, en defensa de la Reina, a llamar a sus integrantes, criminales y asesinos. Si eso no es hidalguía, si eso no es gallardía, si no es contundencia, pues no habría ningún otro ser que debiera seguir su ejemplo y por eso, ese abanico representa esa categoría de lo que debe ser un abogado.

En esta dinámica, yo decía que ahora nuestra meta es la formación de juristas, no de abogados, en la conjunción para lograr también la excelencia académica de los alumnos, el paradigma de esta escuela va más allá del lema que aparece en el pasillo de nuestra institución. El orden, la disciplina, el honor, la dignidad, los valores supremos que como fin se propone esta institución, es de la responsabilidad de maestros y alumnos en su totalidad.

Con esto me complace inaugurar el curso lectivo 2010-2011, que corresponde a la nonagésima novena generación de esta escuela, ¡Bienvenidos! Con mucha alegría y entusiasmo emprendamos el nuevo curso y año lectivo. ¡Felicidades!

DISCURSO
DEL DR. ÓSCAR CRUZ BARNEY, PRESIDENTE DEL ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MÉXICO EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, CON MOTIVO DE LA ENTREGA DE RECONOCIMIENTOS A BRENDA LUCÍA SÁNCHEZ PÉREZ POR HABER OBTENIDO EL MEJOR PROMEDIO DE LICENCIATURA Y A RENATA LAURA SANDOVAL SÁNCHEZ, POR HABER OBTENIDO EL MEJOR PROMEDIO DE MAESTRÍA

Es para mí un gran gusto entregar estos diplomas y medallas a los mejores promedios obtenidos dentro de la carrera de abogado y en la maestría en derecho en Escuela Libre de Derecho.

El Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México premia el esfuerzo continuo y provechoso de los estudiantes.

La tarea que tienen ahora por delante es ardua y de enorme importancia: la elaboración de la correspondiente tesis de grado que les permitirá alcanzar sus respectivas metas.

Tengan presente que la tesis es la oportunidad de ejercitarse en la investigación jurídica y en la reflexión. Puede ser el primer fruto de una larga lista de publicaciones que se sumen a la literatura jurídica mexicana.

Abran su mente, sus metas y sus miras. Las bibliotecas y repositorios de las diversas escuelas y facultades de derecho los esperan para realizar lo que puede ser su primera obra escrita, esperemos no

la última. Tengan presente que la única forma de aprender a escribir es precisamente escribiendo.

Enhorabuena por una carrera y maestría exitosa, ahora está en ustedes cerrarlo como corresponde, haciendo honor a la Escuela Libre de Derecho y al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Tienen frente a ustedes un enorme compromiso con la abogacía mexicana y con el país. México requiere de abogados comprometidos, preparados, honorables y con una plena conciencia de la dimensión ética del ejercicio profesional de la profesión. No defrauden al gremio, no defrauden a la Escuela Libre de Derecho, no defrauden a México. Esperamos mucho de ustedes, México espera más. El Ilustre y Nacional Colegio de Abogados les invita a trabajar por su gremio, por su futuro y por el de nuestro país.

DISCURSO DEL ALUMNO LEOPOLDO GÓMEZ GRASSI, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2010-2011

Licenciado Fauzi Hamdam, Rector de la Escuela Libre de Derecho.
Estimados licenciados Fausto Rico Álvarez, Mario Alberto Becerra Pocoroba, Ignacio Morales Lechuga y Jorge Gaxiola Moraila.
Queridos maestros y compañeros.

Es un verdadero privilegio poder dirigir a los integrantes de esta maravillosa comunidad unas breves palabras.

Hace cuatro años me encontraba sentado en este mismo auditorio y recuerdo ese sentimiento de nerviosismo entremezclado con una dosis de adrenalina. Hoy les puedo decir que no es para menos. Y es que entrar en la Escuela Libre de Derecho, la institución más prestigiosa en la enseñanza del derecho, conlleva grandes retos.

Pertenecer a la Libre implica estar en un punto donde convergen la alta preparación académica y práctica de nuestros brillantes maestros y la gran energía e inteligencia de sus alumnos. Esto hace que estar en la Libre sea estimulante, emocionante y honestamente intimidante, pero –eso sí– siempre un reto.

Por eso, a ustedes que por primera vez se sientan en este auditorio, me permitiré hacerles tres sugerencias para que apliquen durante su transcurso por la Libre.

Primera. Compromiso. Asuman un auténtico compromiso con su carrera.

Los presentes tuvimos y tenemos una enorme oportunidad, misma que les es negada año con año a miles de jóvenes como nosotros. Por si fuera poco el beneficio, además tenemos la fortuna de poder estudiar en una Escuela de altísima calidad académica; una Escuela que año con año es calificada dentro de las mejores tres en su ramo y cuya excelencia se refleja desde hace varios años con el posicionamiento de sus egresados tanto en el sector público como en el privado.

A todos los aquí reunidos les pido que seamos conscientes de esto a diario. Como estudiantes, debemos pensar cómo podemos colaborar con nuestra institución y como egresados en el retribuir a su *Alma Mater* y también a nuestro país, que hoy más que nunca necesita de personas talentosas para resolver los enormes conflictos que nos aquejan, entre los más importantes: disminuir la inequidad de oportunidades.

Comprométanse a aprovechar al máximo la educación que la Libre les ofrece.

Segunda. Tenacidad. Sean constantes en el esfuerzo que pongan en sus estudios.

El éxito académico que como alumnos podemos obtener es fruto de una entrega a diario. Procuren estudiar día con día y no dejar todo para las últimas semanas, porque, por mucho que se puedan esforzar en la recta final les será más costoso y, aun así, para verdaderamente entender al derecho se requiere una reflexión pausada que aun la larga temporada de exámenes no permite.

Lo que sí es cierto es que la exigencia para ser tenaces se ve acentuada en la temporada de exámenes. Estar aislado de las demás esferas que integran nuestra vida, como la familia y los amigos es una de las experiencias más duras que se enfrentan en la Libre. El éxito se obtiene por quienes no se dejan derribar por esta circunstancia sino que se empeñan en vencerla. Y cuando la motivación parezca desvanecerse nada mejor que recordar lo afortunados que somos de poder estar en la Escuela Libre de Derecho.

Tercera. Amor. Amen su profesión.

Durante su transcurso por estos pasillos la vida les puede dar golpes duros. Lo único que los mantendrá de pie es amar lo que hacen. Tienen que encontrar lo que aman. Esto es tan cierto para su profesión, como para su trabajo y su pareja. La mejor manera para obtener el

éxito académico es amar lo que estudian. Sólo esto les puede hacer más leve y hasta disfrutar esas largas horas de estudio y entrega.

Antes de concluir quisiera añadir dos cosas.

Tengo la certeza de que en este auditorio nos encontramos únicamente personas que aceptamos los retos. Créanme que si algún efecto dejará la Libre en todos ustedes es el forjarles un carácter fuerte, de ese que se requiere para enfrentar los momentos difíciles, así como un espíritu triunfador.

Son diversas las razones que nos llevan a optar por la Libre, no puedo más que desearles dos cosas.

Que la razón por la que eligieron estudiar aquí les sea recompensada, pero también que la Libre los sorprenda, los haga realizar algo que no esperaban encontrar.

Finalmente, como todos sabemos, nuestro tiempo es limitado, así es que no lo desperdicien viviendo la vida de alguien más. No dejen que las opiniones de los demás silencien su propia voz interna. Y lo más importante: sigan su corazón e intuición; de alguna manera ellos ya saben lo que quieren hacer. Todo lo demás es secundario.

Cuando con el paso de los años se den cuenta que los increíbles sueños y retos que se habían propuesto son más difíciles de alcanzar de lo que creían, no los limiten, no se conformen con lograr menos de lo que hoy imaginaron lograr algún día. En palabras de un importante ejecutivo norteamericano: "Sigan hambrientos, sigan ingenuos".