

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

- Lic. Fauzi Hamdan Amad, *Rector*
- Lic. Francisco Simón Conejos, *vocal*
- Lic. Luis Díaz Mirón, *vocal*
- Lic. Pascual Orozco Garibay, *vocal*
- Lic. José Ángel Villalobos Magaña, *vocal*
- Lic. Mauricio Oropeza Estrada, *vocal*

Lic. Gisela Oscós Said  
*Secretaria Académica*

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

© 2011. 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

Jorge ADAME GODDARD Análisis de la reforma constitucional en derechos humanos .	9
Miguel BONILLA LÓPEZ Sobre la impugnación de los actos del poder público en perjuicio de los individuos .....	39
Luis Norberto CACHO PÉREZ y Patricia MORALES CANALES La posesión de armas de fuego. Breve comentario sobre la garantía individual prevista en el artículo 10 constitucional .....	63
Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA La autonomía en los hechos como respuesta a la adversidad de la legalidad. El sagrado maíz y la disputa por la enunciación del derecho .....	99
Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL Quinientos años del sermón de Montesinos y del comienzo de la lucha por los derechos humanos en Hispanoamérica....	149
Rafael ESTRADA MICHEL Los derechos humanos en la teoría y en la práctica: el caso de Acción Nacional .....	165

Rafael ESTRADA SÁMANO La influencia de la Escuela Libre de Derecho en el desarrollo del derecho constitucional mexicano .....	187
José Abel FLORES R. El bien jurídico en el delito de quebrantamiento de sellos ....	209
Carlos Eduardo GONZÁLEZ BERNAL Consideraciones jurídico financieras de instrumentos de inversión.....	227
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO La modificación al derecho arbitral mexicano: un comentario.....	237
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA, Carlos BÁEZ SILVA y David CIENFUEGOS SALGADO Acercas de la suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México.....	255
Carlos Martín GUTIÉRREZ GONZÁLEZ División de poderes y órganos constitucionales autónomos. <i>Senatus nullum est</i> .....	309
Alfredo HARO GOÑI La imposibilidad de sancionar el fraude de seguros previsto en el Código Penal para el Distrito Federal .....	333
Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS La interpretación en el modelo decimonónico: un derecho de reglas.....	363
Miguel A. HERNÁNDEZ ROMO y Pablo HERNÁNDEZ- ROMO VALENCIA La prueba confesional en materia civil: razones para su derogación y consecuencias penales de la misma.....	397

Pablo HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA La autonomía del derecho penal: ¿hasta dónde llega la seguridad jurídica? .....	409
Sergio LÓPEZ RODRÍGUEZ Reflexiones sobre diversos criterios judiciales en materia de competencia económica .....	425
Alejandro MAYAGOITIA Los mandamientos de amparo de nobleza: su papel en la formación del estamento nobiliario novohispano .....	453
José Luis MONROY SALAS Análisis de los artículos 204 y 211, ambos de la Ley de Amparo.....	477
Roberto A. OCHOA ROMERO La incriminación de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea en el Código Penal para el estado de Hidalgo (CPH) .....	493
Loretta ORTIZ AHLF La eficacia y aplicación de los tratados en México.....	531
Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO Primer año de trabajos del Centro de Investigación e Informática Jurídica .....	559
Ana Francisca VELASCO SODI Derechos sociales.....	575
DISCURSOS Discurso del Lic. Fauzi Hamdan Amad, rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2011-2012.....	591

Discurso del alumno Emilio García Diego,  
 presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre  
 de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos  
 2011-2012 ..... 595

Discurso del magistrado Juan Manuel Jiménez Illescas,  
 presidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal  
 y Administrativa, con motivo de la firma del convenio  
 de colaboración entre la Escuela Libre de Derecho  
 y el propio tribunal, el 19 de octubre de 2011 ..... 599

## ANÁLISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Visión de conjunto de la reforma en derechos humanos*. III. *Análisis del artículo primero*. IV. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 10 de junio del año en curso se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma en materia de derechos humanos que modifica once artículos de la Constitución mexicana: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, y que entró en vigor el día siguiente. El cambio más importante, en torno al cual giran todos los demás, es la modificación del artículo primero constitucional, con el objeto de incorporar a la Constitución mexicana los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte. En términos generales me parece que es una reforma trascendente, en el sentido de que tendrá muchas consecuencias en el orden jurídico y en la vida de México, que pueden ser positivas o negativas, según sea la interpretación y aplicación que se dé a los artículos constitucionales modificados. La ambigüedad con que están redactados los nuevos textos, principalmente el del artículo primero, no permite confiar en que los resultados de esta reforma,<sup>1</sup> que muchos consideran especialmente benéfica, vayan a ser positivos.

<sup>1</sup> Publiqué un análisis del proyecto de reforma titulado "Análisis del proyecto de reforma constitucional en derechos humanos" ([http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/177](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/177))

Para que sea así, es necesario trabajar en la interpretación de los términos de la reforma, de modo que lleguen a entenderse en el sentido que supuestamente le daban o debían darle los legisladores que la aprobaron: el de perfeccionar la vida política mexicana dando un mayor reconocimiento y protección a los derechos fundamentales de todas las personas, manteniendo la soberanía de México y fortaleciendo su integración en el orden internacional. Sería negativo llegar a interpretaciones que privilegien a unas personas respecto de otras, que conciban como derechos fundamentales lo que son sólo pretensiones individuales o políticas, más o menos legítimas, o que negaran derechos que son irrenunciables. Igualmente absurdas serían las interpretaciones que subordinen la Constitución y la vida política y social mexicana a las presiones y recomendaciones de organismos internacionales, con menosprecio de la necesidad y la identidad cultural de México.

En este trabajo hago un análisis de la reforma al artículo primero, que es el centro de todas las demás modificaciones, aunque haré algunas referencias a otros artículos modificados (3, 15, 102 y 105), en tanto están relacionados con el artículo primero.

El objeto del trabajo es proponer una interpretación de los términos ambiguos que hay en la reforma, con el objeto de contribuir a su mejor aplicación. Para tener una visión global de la reforma, ofrezco en primer lugar una descripción sintética de los artículos reformados, con excepción del primero. Posteriormente entro al análisis detallado, párrafo por párrafo, del primer artículo, relacionándolo con otros artículos de la misma reforma. Finalmente, a manera de conclusiones presento una relación de los criterios de interpretación que propongo para contribuir a que esta reforma sea benéfica para México.

## II. VISIÓN DE CONJUNTO DE LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS

Los cambios ocurridos en los artículos constitucionales, con excepción del artículo primero, pueden resumirse de la siguiente manera.

en el que, señalando como principal defecto la ambigüedad de la reforma, destacaba el uso negativo que podía hacerse de la misma si llegara a aprobarse.

El artículo 3o. se modificó para establecer la educación en derechos humanos como uno de los fines primordiales a los que tiende la educación nacional.

La reforma al artículo 11 simplemente sustituye la palabra “hombre” con la palabra “persona”, y señala el derecho de toda persona a solicitar asilo o a ser recibida como refugiada en determinadas circunstancias.

El artículo 15 reformado prohíbe la celebración de tratados que alteren los derechos humanos ya reconocidos.

El artículo 18 se reformó para decir que el sistema penitenciario se organizará, además de sobre otros principios ahí señalados, “sobre la base del respeto a los derechos humanos”.

El nuevo artículo 29, sobre suspensión de derechos, se modificó para admitir que en casos de emergencia, podrá decretarse la suspensión de derechos o, esa es la novedad, la restricción de derechos. Regula con más detalle las medidas que pueden tomarse en tales casos y el modo de tomarlas; establece que el decreto de suspensión o restricción, que emite el titular del Poder Ejecutivo, termina cuando el Poder Legislativo Federal lo decida mediante un decreto.

El artículo 33 se modificó para afirmar que los extranjeros gozarán de los derechos y garantías que reconoce la Constitución, y que, cuando fueren indeseables, antes de ser expulsados deberán ser oídos en un procedimiento administrativo.

El artículo 89 se cambió para señalar que uno de los principios de la política exterior mexicana será “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos”.

El artículo 97 se modificó para quitar a la Suprema Corte la facultad de investigar sobre violaciones graves a las garantías individuales, facultad que ahora se otorgó a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

El artículo 102 reformado da mayor fuerza a las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos; le permite a ésta investigar, a petición de alguno de los poderes constitucionales o por decisión propia, sobre violaciones graves a los derechos humanos, y ordena que se reconozca autonomía a las comisiones locales de derechos humanos.

Y el artículo 105, que faculta a la comisión nacional para ejercer la acción de inconstitucionalidad, por violación a los derechos huma-

nos contenidos en los tratados internacionales, en contra de tratados, leyes federales o locales, y a las comisiones estatales para hacerlo en contra de las leyes locales.

### III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO PRIMERO

En este artículo se concentra la parte sustancial de la reforma. El texto anterior contenía tres párrafos. Por la reforma, se modificó el primer párrafo, se agregaron dos más (actuales párrafos segundo y tercero), se conservó intacto, en su letra y significado, el segundo párrafo original (actual párrafo cuarto), y se añadió una palabra al párrafo final (actual párrafo quinto).

#### 1. Análisis del primer párrafo

*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Hay en este párrafo una modificación sobre la perspectiva acerca del origen de los derechos humanos, pues el texto anterior decía que la Constitución los otorgaba, y el texto actual dice que la Constitución y los tratados los reconocen. Con base en este cambio, algunos han elogiado esta reforma diciendo que es “humanista”, puesto que admite que los derechos humanos, como lo dice el preámbulo del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”, es decir que se fundan en la naturaleza racional del ser humano. Con palabras y conceptos diferentes, la *Convención americana sobre derechos humanos* dice lo mismo en su preámbulo cuando afirma que “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Esta es una perspectiva que debe tomarse en cuenta para precisar el concepto de lo que es un derecho humano, que es algo que la reforma no define y que tendrá que irse aclarando mientras se va poniendo en práctica. Con esa apreciación de los derechos humanos como inherentes a la persona coincide el llamado “principio de uni-

versalidad” de los derechos humanos, invocado junto con otros en el párrafo tercero de este artículo, que señala que los derechos humanos son derechos de todos los hombres, de todos los pueblos, de todos los tiempos, lo cual implica aceptar que son inherentes a la persona.

Otro cambio es que afirma que “las personas”, no los individuos como decía antes, son los titulares de los derechos humanos. La palabra “persona”, según el dictamen que propuso la aprobación de la reforma, significa “todo ser humano”, y eso es también lo que dispone el art. 1-2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Por esto, me parece que el uso del término persona no implica alguna distinción entre ser humano y persona, como si hubiera seres humanos que no fueran personas. Con el mismo sentido, el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* dice (art. 16) que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Con esta equiparación entre ser humano y persona se supera la discusión de si la personalidad y, en consecuencia, la titularidad de los derechos humanos se adquiere por el nacimiento. La titularidad de los derechos humanos se adquiere por el hecho de la generación o concepción de un ser humano que es, por ese solo hecho, también una persona digna.

El dictamen señala además que, en ciertos casos, persona podría significar “personas jurídicas”, lo cual puede hacer que se otorguen a entidades, públicas o privadas (empresas, sindicatos, asociaciones religiosas, partidos políticos) algunos derechos de los que corresponden a personas físicas. Esta posible atribución de derechos humanos a personas jurídicas no es algo exento de discusión. Si los derechos humanos son esos derechos inherentes a la persona o al ser humano, no se puede decir que sean inherentes a las comunidades de las que forman parte los seres humanos, que constituyen una entidad distinta y a veces con personalidad jurídica propia. Lo que podría admitirse es que una comunidad como tal exija el respeto de los derechos humanos de las personas que la integran, pero eso no implica que la comunidad sea titular de esos derechos, sólo que actúa como representante o gestora de las personas cuyos derechos han sido afectados.

La mayor novedad de toda la reforma está en la afirmación de que las personas “gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales”. Con ella se ponen aparentemente en un mismo nivel los derechos humanos reconocidos

en la Constitución y los reconocidos en los tratados internacionales en vigor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 133 de la Constitución, que establece que son parte del orden jurídico nacional los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, no se modificó. Por lo tanto, desde este punto de vista, puede afirmarse que un derecho humano reconocido en un tratado que esté en contra de alguna disposición constitucional, no queda incorporado a la Constitución, ni es uno de los derechos humanos garantizados por ella. Sin embargo, esta afirmación puede ser objetada, atendiendo a la regla de interpretación prescrita en el siguiente párrafo, que dice que cuando hay diferencia entre las normas de derechos humanos contenidas en un tratado y en la Constitución, prevalece aquella que otorga una protección más amplia; en mi opinión, como lo fundamento al analizar más adelante esa regla, debe prevalecer siempre la Constitución.

Esta cuestión también debe resolverse en relación con la modificación al artículo 33, en su primer párrafo, que señala que los extranjeros “gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”. No hace referencia expresa aquí a los derechos humanos reconocidos en los tratados. Esto puede entenderse en el sentido de que los derechos reconocidos en los tratados son derechos reconocidos por la Constitución, lo cual abonaría a favor de la teoría de que el primer párrafo del artículo uno “incorpora” a la Constitución los derechos contenidos en los tratados, de modo que los ha vuelto derechos constitucionales. De acuerdo con la opinión arriba expuesta, los extranjeros no tendrían los derechos humanos contenidos en los tratados pero que contradigan la Constitución, pues éstos no pueden ser incorporados a ella.

El texto anterior de este párrafo se refería sólo a las “garantías” que otorgaba la Constitución, que se entendía que eran las mencionadas en el capítulo primero de la misma, que llevaba el título “de las garantías individuales”, de modo que era perfectamente claro que los derechos fundamentales eran los mencionados en los 29 artículos de ese capítulo. Ahora, el primer capítulo se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”, y se afirma que los derechos humanos son los reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Cabe afirmar que los derechos humanos reconocidos directamente en la Constitución son precisamente los contenidos en los 29 artículos de ese capítulo, además del artículo 123 relativo al trabajo, pero a

éstos hay que añadir ahora los derechos humanos previstos en los tratados ratificados por México. ¿Cuáles son los derechos humanos previstos en los tratados internacionales?

Este párrafo no da ningún criterio para discernir a qué tratados internacionales se refiere. De acuerdo con la *Ley sobre celebración de tratados* (art. 2-I), por “tratado” se entiende cualquier convenio, independientemente de su denominación (pacto, convenio, convención, protocolo, o tratado) celebrado por el Estado mexicano con otro Estado, o con varios, por el cual el Estado mexicano adquiere obligaciones. De acuerdo con esto, cualquiera de los tratados “de los que el Estado mexicano sea parte”, es decir cualquiera que esté en vigor en México (que son cientos), bilateral o multilateral, puede alegarse como portador eventual de un derecho humano, que ha sido incorporado a la Constitución.

Me parece que esta interpretación literal de que todos los tratados en vigor pueden ser fuente de derechos humanos es excesiva y daría resultados absurdos, por lo que es necesario, mediante interpretación, precisar qué tratados pueden ser fuente de derechos humanos. Un elemento importante para este fin es que el segundo párrafo de este artículo hace referencia a los “tratados internacionales de la materia”, es decir a los que se ocupan precisamente de los derechos humanos. Con base en eso, se puede afirmar que los tratados a que se refiere la reforma son exclusivamente los tratados de derechos humanos, y con esto se limita de manera importante el número de los que pueden ser aducidos como portadores de estos derechos. Sin embargo, esta reducción no es sencilla porque no existe un catálogo universalmente aceptado que indique cuáles son los tratados de derechos humanos; para México, puede considerarse el catálogo que ha elaborado la Secretaría de Relaciones Exteriores, en su sistema de clasificación de tratados,<sup>2</sup> en el que, bajo el rubro “derechos humanos” hay 51 tratados. De entre todos estos, no hay duda que los principales tratados de derechos humanos en vigor en México son el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*;<sup>3</sup> el *Pacto internacio-*

<sup>2</sup> Ver la página web de la Secretaría de Relaciones Exteriores: [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx).

<sup>3</sup> Entró en vigor en México el 23 de junio de 1981; en lo sucesivo se citará *Pacto internacional de derechos económicos*.

nal de derechos civiles y políticos;<sup>4</sup> la *Convención americana sobre derechos humanos* (también conocida como *Pacto de San José*),<sup>5</sup> y el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (conocido como *Protocolo de San Salvador*).<sup>6</sup> En mi opinión, el objetivo de la reforma se hubiera cumplido con sólo incorporar a la Constitución mexicana los derechos humanos contenidos en estos cuatro tratados, que son el fundamento del sistema mundial (los dos pactos) y del sistema americano de derechos humanos (la convención y el protocolo citados). A estos cuatro tratados podrían añadirse, como elementos interpretativos, ya que no tienen fuerza jurídica vinculante, la *Declaración universal de los derechos humanos* (1948), y la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre* (1948).

Sin embargo, como la reforma no puso ninguna limitación, en principio podrían considerarse todos esos 51 tratados clasificados por la Secretaría de Relaciones Exteriores como de derechos humanos, pero el hecho de que un tratado esté clasificado bajo el rubro “derechos humanos” o bajo otro rubro, no puede tomarse como algo definitivo de que es portador de derechos humanos incorporados a la Constitución, sino sólo como un indicador que debe tenerse en cuenta, junto con el criterio que permite seleccionar los derechos humanos de entre todo el contenido de los tratados. Tal es el caso, por ejemplo, de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, la *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, la *Convención sobre los derechos del niño* o de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer*, en las que no se puede afirmar que todo su contenido sean derechos humanos, sino que habrá que discernir cuáles son los derechos humanos que contienen, si es que los hay.

Por otra parte, los tratados internacionales tienen un contenido muy amplio. Principalmente señalan derechos y deberes entre Estados, y eventualmente derechos y deberes de los individuos frente al Estado, además de otras disposiciones relativas a la entrada en vigor

<sup>4</sup> Entró en vigor en México el 23 de junio de 1981; en lo sucesivo se citará *Pacto internacional de derechos civiles*.

<sup>5</sup> Entró en vigor en México el 24 de marzo de 1981; en lo sucesivo se citará *Convención americana*.

<sup>6</sup> Entró en vigor en México el 16 de noviembre de 1999.

del tratado, su depositario, modo de hacer reservas, y otras más de este tipo, así como declaraciones y consideraciones previas. Para determinar qué disposiciones de los tratados son las que se incorporan como derechos humanos a la Constitución mexicana es necesario tener un concepto de lo que son esos derechos. La reforma no da expresamente ese concepto, aunque está implícito en ella. Es comúnmente aceptado, y es el punto de partida de los principales tratados de derechos humanos, que se trata de derechos que tienen todos los seres humanos o personas o, como dicen la declaración universal y los pactos de derechos sociales y de derechos civiles, “todos los miembros de la familia humana”; por esa misma característica, la convención americana los llama “derechos esenciales del hombre”.

Se trata, por lo tanto, de derechos que tienen todas las personas independientemente de cualquier otra determinación, como sería la nacionalidad, la edad, la raza, la religión, el sexo, etcétera. Son derechos comunes a todo el género humano y, por lo mismo son, como dicen los documentos internacionales,<sup>7</sup> “derechos iguales”, pues los tienen todos los hombres en la misma medida, e “inalienables”, pues si se admitiera que alguien enajenara esos derechos sería como permitir que quedara excluido de la familia humana.

En la Constitución mexicana está implícito, en el mismo artículo primero, ese concepto de los derechos humanos como aquellos que son comunes a todos los hombres. En el párrafo segundo de este artículo se alude al “principio de universalidad”, que la doctrina de derechos humanos ha entendido en el sentido de que los derechos comunes son universales por ser comunes a todos los hombres, de todos los tiempos y de todos los pueblos; esto demuestra que la Constitución mexicana entiende los derechos humanos como universales o esenciales al ser humano. El último párrafo de este artículo corrobora esto, al prohibir que se nieguen o disminuyan los derechos humanos de cualquier persona por motivos de raza, edad, etcétera.

En conclusión, puede afirmarse que de todo el contenido de los tratados internacionales, incluso de aquellos que se catalogan como de derechos humanos, solamente pueden afirmarse como propios derechos humanos aquellos que fueran reconocidos directamente a

<sup>7</sup> *Declaración universal*, preámbulo, primer párrafo; *Pacto de derechos económicos y sociales*, preámbulo, primer párrafo; *Pacto de derechos civiles*, preámbulo, primer párrafo.

todas las personas sin considerar ninguna otra determinación, papel o calidad. Sería erróneo, por ejemplo, afirmar que todo deber que asume el Estado en un tratado corresponde a un derecho humano de los individuos de reclamar el cumplimiento de ese deber al Estado, porque ordinariamente los tratados establecen derechos y deberes entre estados, y sólo excepcionalmente, cuando así lo expresan directamente, derechos a las personas.

Añade este primer párrafo que las personas titulares de derechos humanos gozarán de “las garantías” que los protegen, que son el juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, cualquier persona podrá demandar el amparo a los tribunales federales contra actos que violen alguno de sus derechos humanos contenido en la Constitución o en los tratados. De hecho, la reforma de derechos humanos se complementó con la del artículo 103-I constitucional<sup>8</sup> que estableció expresamente que procede el amparo por violación de los derechos contenidos en los tratados.

La otra garantía es la acción de inconstitucionalidad, que es una acción que protege los derechos humanos de las personas en contra de leyes o tratados que los vulneren, aunque los legitimados a ejercerla no son las personas, sino entidades políticas que deben representar los intereses del pueblo, como las cámaras legislativas, federal y locales, los partidos políticos, el presidente de la República actuando por medio del procurador general y las comisiones de derechos humanos. La reforma (art. 105-II-g) admitió que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que antes podía ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes, federales o locales, o de tratados que violaran las garantías constitucionales, ahora también lo pueda hacer por violación a los derechos humanos contenidos en los tratados. A las comisiones locales de derechos humanos se les dio la acción de inconstitucionalidad contra leyes locales que violen los derechos humanos.

La acción de inconstitucionalidad que puede ejercer la CNDH en contra de los tratados debe considerarse en relación con la reforma al artículo 15 constitucional. Este artículo, originalmente prohibía la celebración de tratados que, entre otras cosas, “alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución”. Esta prohibición era

congruente con el principio de supremacía de la Constitución respecto de los tratados establecido en el artículo 133, que reconoce que son ley de la nación los tratados que sean conformes con la Constitución. Desde esta óptica un tratado que alterara un derecho o garantía establecido en la Constitución no podía ser aprobado ni ratificado (art. 15) y si por error lo fuera no sería aplicable por no ser conforme con la Constitución (art. 133). Debe notarse que la palabra “alterar” significa cambiar de cualquier manera, por lo que la prohibición se refería a cualquier cambio, benéfico o perjudicial, para los ciudadanos.

Con la reforma, se prohíbe la aprobación de tratados que “alteren” los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados. Como no se tiene seguridad sobre cuáles son los derechos humanos reconocidos en los tratados, ni de qué tratados son los que contienen derechos humanos, de acuerdo con una interpretación literal de la reforma, se podría discutir, respecto de cualquier nuevo tratado que se esté negociando, si altera o no derechos humanos reconocidos en otros tratados. Esto complicaría excesivamente la negociación de cualquier nuevo tratado, o la reforma de tratados ya en vigor.

Para que la nueva disposición constitucional tenga una aplicación razonable, es necesario limitar el alcance del primer artículo constitucional, a fin de precisar cuáles son los tratados que deben considerarse como portadores de derechos humanos, y qué es lo que puede considerarse un derecho humano en el contenido de los tratados.

Además será necesario dar un significado limitado a la palabra “alterar”, porque un tratado altera un derecho humano cuando lo restringe, pero también cuando lo amplía. Como la intención aparente de la reforma es ampliar los derechos humanos, y por eso dice (art. 1, 2o. párrafo) que las normas de derechos humanos deben interpretarse en el sentido más favorable a la persona, se podrá concluir que las alteraciones a que se refiere el artículo quince son exclusivamente aquellas que restringen, limitan o eliminan derechos humanos, y no las que los amplían o confirman. En conclusión sólo se prohíbe la celebración de tratados que limiten o eliminen los derechos humanos ya reconocidos.

En el caso de que se ratificara un nuevo tratado que ampliara los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y que se considerara que ese tratado era válido porque alteraba los derechos establecidos en un sentido favorable a la persona, se plantearía una nueva cuestión

<sup>8</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

constitucional: dicho tratado modifica de hecho el contenido de la Constitución, pero sin respetar el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la misma Constitución. ¿Es posible aceptar que se reforme la Constitución con la sola ratificación de un tratado, en la que no interviene ni la Cámara de Diputados ni las legislaturas locales? Me parece que la respuesta es clara: en principio no puede aceptarse que la Constitución se modifique de esa manera. Pero podría alegarse, que al aprobar la reforma al artículo primero, el constituyente permanente aprobó la posibilidad de que la Constitución se reformara por los tratados posteriores. Esta posición “internacionalista” implica, de hecho, una renuncia a la soberanía constitucional, por lo que me parece inadmisibles. En mi opinión, si se diera el caso de un tratado que ampliara los derechos humanos ya reconocidos, para que fuera incorporado a la Constitución se requeriría su aprobación por el Congreso general y las legislaturas locales, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 135 citado.

Dada la ambigüedad que contiene la reforma en lo relativo a saber cuáles son los derechos humanos reconocidos en los tratados, la reforma otorga de hecho un poder discrecional a las comisiones de derechos humanos, y especialmente a la CNDH, para impugnar cualquier ley o tratado. Es de esperar que las propias comisiones vayan elaborando y compartiendo criterios para dilucidar cuáles son los derechos humanos contenidos en los tratados y eviten presentar demandas de inconstitucionalidad movidas exclusivamente por presiones políticas o diplomáticas. Quedará finalmente a juicio de la Suprema Corte el ir precisando y aprobando esos criterios, sobre todo por medio de sus decisiones de admitir o rechazar la acción de inconstitucionalidad.

## 2. Análisis del segundo párrafo

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

Este párrafo establece dos reglas de interpretación de las “normas relativas a los derechos humanos”. La primera es que deben interpretarse “de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”; la segunda que se deben interpretar

de modo que se busque favorecer a las personas, dándoles en todo tiempo, “la protección más amplia”.

Según este párrafo lo que ha de interpretarse son las “normas relativas a los derechos humanos”. La palabra “norma” tiene un significado muy amplio, pues comprende cualquier disposición imperativa contenida en la Constitución, en los tratados, en las leyes, pero también en reglamentos, sentencias y otros instrumentos jurídicamente vinculantes, como decretos, circulares, normas oficiales, etcétera. En consecuencia, la regla de interpretación prevista en este párrafo puede aplicarse prácticamente a cualquier disposición jurídicamente vinculante, aunque, por el contexto donde está inmersa, parece haber sido concebida para la interpretación de las normas contenidas en la Constitución y en los tratados sobre los derechos humanos. En mi opinión, debe circunscribirse a sólo estas dos categorías de normas, ya que las leyes federales y demás normas subordinadas tendrán que respetar los derechos constitucionales.

La primera es que dichas normas se interpretarán conjuntamente de acuerdo con lo que dice la Constitución y lo que dicen los tratados “de la materia”. Aquí ya hay una reducción en cuanto a los tratados que deben considerarse, no son todos los tratados, sino únicamente los de “la materia”, es decir los tratados comúnmente conocidos como de derechos humanos, como la *Convención americana sobre derechos humanos* y otros semejantes. Esta regla da por supuesto que hay coincidencia, o al menos diferencias complementarias, entre la ley fundamental y los tratados, de modo que se esclarecen y complementan recíprocamente.

Si hubiera contradicción entre lo que afirma la Constitución y alguno de los tratados de la materia, entonces entraría en acción la segunda regla, que señala que se debe favorecer la “protección más amplia”, lo que significa que debe prevalecer la disposición más favorable a la persona, sea la contenida en la Constitución sea la contenida en algún tratado de la materia. Esta regla de la interpretación más favorable a la persona (interpretación *pro persona* o *pro homine*) puede dar lugar a conflictos con artículos constitucionales que establecen restricciones puntuales a los derechos humanos, como los siguientes.

El artículo 130 constitucional restringe el derecho de los ministros de culto al voto pasivo (a ser electo) y a ejercer cargos públicos; pero el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (art. 2.5)

otorga esos derechos con la aclaración de que no debe haber ninguna discriminación. La interpretación *pro persona* llevaría a concluir que la restricción de los ministros de culto es indebida, y tendrían derecho a presentarse como candidatos a puestos de elección popular y a desempeñar cargos públicos.

El artículo 41 constitucional y la ley electoral que establecen que sólo se presenten candidaturas a puestos de elección popular por medio de los partidos, quedarían superados por efecto del citado artículo del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, que no contempla tales restricciones, es decir que quedaría abierta la posibilidad de candidaturas independientes.

La restricción a la libertad de expresión que actualmente impone el artículo 41 constitucional (III-Apartado A) al establecer que “ninguna persona, física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”, quedaría también suprimida por efecto del artículo 19-2 del pacto mencionado, que establece que la libertad de expresión incluye “difundir informaciones e ideas de toda índole”, lo cual es lo más favorable a la persona.

Se puede responder que debe prevalecer la restricción constitucional, porque el artículo 133 constitucional no sufrió modificación alguna por esta reforma, de modo que los tratados que son parte del orden jurídico mexicano son sólo aquellos que están de acuerdo con la Constitución; en consecuencia, en los casos planteados debe prevalecer la restricción constitucional, y no la disposición del tratado que contradice la Constitución.

Pero, por otra parte, puede argumentarse que la propia Constitución admite que prevalezca la posición más favorable a la persona, de modo que el tratado que tiene una disposición más favorable que la propia Constitución, no contradice la Constitución, es conforme con ella, y en consecuencia debe prevalecer lo que dice el tratado, por efecto del artículo primero constitucional.

En mi opinión, debe prevalecer la restricción constitucional, en cualquier caso, porque de otro modo la reforma constitucional daría efectos que no tuvieron en mente los legisladores y generaría inseguridad sobre el contenido de la propia Constitución. Además, los

mismos tratados de derechos humanos, señalan que éstos pueden estar limitados, por ejemplo, el derecho de libre expresión en el *Pacto de derechos civiles* se puede limitar por razón del orden público, la seguridad, la salud o la moral públicas. Por lo que tendría que juzgarse si las limitaciones constitucionales se conforman con los tratados, y en tal caso no tendría el tratado una interpretación más favorable a la persona.

Cabe observar que en ambas posiciones se está argumentando, no la superioridad del tratado sobre la Constitución, sino siempre con base en la propia Constitución. Sería totalmente excesivo, aun cuando se optara por considerar que la reforma supera las restricciones constitucionales, afirmar que se ha establecido la primacía de los tratados sobre la Constitución, lo cual significaría renunciar a la soberanía constitucional y subordinar la soberanía popular a las directrices de los organismos internacionales que determinan el contenido de los tratados multilaterales.

### 3. Análisis del tercer párrafo

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

Este párrafo señala, en primer lugar, un deber a cargo de “todas las autoridades”, y luego otro a cargo del “Estado”.

El deber que tienen “todas las autoridades”, en el ámbito de sus respectivas competencias, es el de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, y de hacer esto “de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

El sujeto obligado a cumplir el primer deber mencionado son “todas las autoridades”, por lo que es necesario aclarar qué se entiende por “autoridades”, que es una palabra que en la Constitución y las leyes suele referirse a cualquier persona que participe del poder ejecutivo, es decir en el sentido de “autoridad administrativa” (por ejemplo,

en el art. 103-VII de la Constitución), y en cualquier nivel, federal, estatal o municipal, pero sin incluir a los jueces ni a los legisladores; pero también aparece en la Constitución la palabra “autoridad” para indicar a cualquier persona que ejerza poder público, incluyendo a los jueces y a las cámaras legislativas, como cuando habla, respecto del juicio de amparo, de “autoridad responsable” (art. 107-XVI). Como el contenido de este deber comprende acciones que son propias del poder ejecutivo, como “promover”, otras del legislativo, como “proteger”, y otras del judicial, como “garantizar”, me parece que la interpretación más adecuada es que la expresión “todas las autoridades” se refiere a todas las autoridades, de los tres poderes, y de los tres niveles de gobierno.

El contenido de la obligación que se impone a todas las autoridades se expresa con los verbos “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”. En el texto constitucional anterior, se entendía que los derechos humanos estaban protegidos, en tanto estaban reconocidos por el orden jurídico mexicano, en la Constitución o en algún tratado; que estaban garantizados por el juicio de amparo y que, en consecuencia, todas las autoridades debían respetarlos. La novedad que la reforma introduce en este punto se condensa en el verbo “promover”.

La obligación de “promover” los derechos humanos es una obligación que suelen asumir los Estados al adoptar algún tratado. Por ejemplo, en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, los Estados se comprometen además de “a respetar y garantizar” a todos los individuos los derechos reconocidos en el pacto” (art. 2-1), a “adoptar las medidas oportunas... que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto” (art. 2-2). El contenido del deber de promover es precisamente ese, el de tomar las medidas adecuadas para que los derechos humanos sean efectivos, por ejemplo, no basta con respetar, proteger y garantizar el derecho a la vivienda, es necesario promover su efectivo cumplimiento mediante políticas que permitan que toda persona pueda adquirir una vivienda. El contenido concreto de esta obligación de promover los derechos humanos es muy amplio y variable según las circunstancias: promover un derecho puede significar aprobar una ley, emitir un reglamento, corregir o instaurar una política pública, hacer una obra de infraestructura, alentar el trabajo de alguna organización civil, etcétera.

Añade este párrafo que el cumplimiento de este deber que afecta a todas las autoridades debe cumplirse de acuerdo con los “principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. No hay en la Constitución ni en el dictamen aprobatorio del decreto de reformas algún elemento que permita identificar qué significan estos cuatro principios. En la *Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Viena, 1993), artículo primero, se dice que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí”; de ahí que se hable de esos tres principios, que suelen entenderse de esta manera: son universales porque son derechos de todos los hombres, de todos los tiempos, de todos los pueblos; son interdependientes porque el progreso de uno está relacionado con el progreso de los demás, y el retroceso de uno con el retroceso de los otros; son indivisibles, porque no puede suprimirse uno, de modo que todos deben ser reconocidos y respetados, y no hay jerarquía entre ellos, de modo que no puede decirse que un derecho se sacrifica o elimina en beneficio de otro. Respecto del principio de progresividad, su inclusión en la doctrina de los derechos humanos es más reciente: tuvo una importante formulación en el discurso de Boutros Boutros-Ghalí, pronunciado en la apertura de la citada conferencia mundial, donde dijo que los derechos humanos son, a la vez, principios inmutables y derechos “en evolución”, que reflejan la “conciencia histórica” del momento. Por eso se ha entendido que la progresividad significa que el contenido de los derechos reconocidos puede variar, y que se pueden reconocer nuevos derechos, siempre de acuerdo con las circunstancias de cada momento.

Quedará finalmente a la Suprema Corte de Justicia determinar el contenido de esos principios, pero debe tener en cuenta que se trata de principios que rigen el cumplimiento del deber de las autoridades de respetar y promover esos derechos, previsto en el párrafo tres, y no de principios que rigieran la interpretación de las normas de derechos humanos, a lo cual se refiere el párrafo dos de este artículo primero constitucional. Además, deberá tenerse en cuenta que los mismos tratados de derechos humanos contienen normas de interpretación (por ejemplo, el art. 29 de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*), conforme a las cuales deben entenderse y aplicarse sus disposiciones, por lo que se abrirá la cuestión de qué normas interpretativas deben prevalecer en la aplicación de los tratados,

los "principios" que mencione el tercer párrafo del artículo primero constitucional o los previstos en los tratados.

El segundo deber que impone el tercer párrafo el de "prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos" tiene como sujeto obligado al "Estado", sin distinguir si es el Estado federal o los estados locales. Me parece que se refiere a uno y a otros, porque si en la primera parte se fija el deber de "todas las autoridades", es decir, las federales, las estatales y las municipales, de respetarlos, el obligado a sancionar tiene que ser el Estado federal y los estados locales, cada uno en el ámbito de su propia competencia.

Para determinar en qué consiste el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las "violaciones a los derechos humanos" es preciso primero aclarar a qué tipo de "violaciones" se refiere. El significado de esta palabra que se presenta espontáneamente es que se trata de actos que contravienen total o parcialmente alguno de los derechos humanos de una persona determinada, por ejemplo, que le impiden su libertad de expresión. Este tipo de violaciones son precisamente las que se combatían con el juicio de amparo.

Pero la palabra "violaciones" puede tener un sentido más amplio si se le relaciona con la primera frase del párrafo que señala que las autoridades tienen, además del deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, el de promoverlos, de modo que la palabra "violaciones" significaría también el incumplimiento del deber de promover los derechos humanos. Conforme a este significado se amplía desmesuradamente la responsabilidad del Estado, pues se podría juzgar a "todas las autoridades" no sólo por las violaciones al deber de respetar los derechos humanos, que es lo que tradicionalmente constituye la materia del juicio de amparo por "violación de garantías" o derechos, sino por violaciones consistentes en el incumplimiento del deber de promoverlos, esto es, por no poner las condiciones adecuadas al ejercicio de un derecho, por ejemplo, por no reparar una escuela, con lo cual se obstaculiza (no se promueve) el derecho a la educación, o no prestar un servicio de salud, o no facilitar el ejercicio de los derechos políticos, etcétera. Por todas estas "violaciones", que consistirían simplemente en omisiones, incluso la omisión de no legislar en determinado sentido que se considera protector de los derechos humanos, se podría exigir responsabilidad al Estado. Me parece que las leyes que reglamentan

este derecho, de las que se habla más abajo, deberán precisar el concepto de violaciones.

Como el párrafo tercero se refiere, en su primera parte, al deber de "todas las autoridades" de respetar y promover los derechos humanos, se entiende que las violaciones a estos derechos de las que se ocupa la segunda frase de este párrafo son las cometidas por "autoridades", de modo que no se consideran las que pudieran cometer personas o entidades privadas.

Esta segunda parte del párrafo tercero señala que es responsabilidad del Estado "prevenir, investigar, sancionar y reparar" esas violaciones. El contenido del deber de "prevenir" las violaciones es, en principio, el de tomar medidas adecuadas para evitar que ocurran esas violaciones, especialmente en aquellas situaciones en las que ocurren con más frecuencia; las medidas concretas que en cada caso deban tomarse variarán mucho según sean las circunstancias y el tipo de derechos cuya violación se pretenda impedir. Es un deber que, como el de promover los derechos, no impone una conducta concreta determinada, sino la de tomar las medidas que resulten adecuadas para ese fin. El incumplimiento de este deber no se demuestra por el hecho de que el Estado optara por una medida en lugar de otra, sino por el hecho de que el Estado no tomara ninguna medida. Aprovechando una distinción propia del derecho privado, podría decirse que esta obligación de prevenir violaciones, así como la de promover los derechos, es una obligación "de medios" (de tomar medidas) y no de resultados.

El deber de promover los derechos humanos es también un deber de tomar las medidas adecuadas en cada situación concreta. Es también un deber de medios y no de resultados. Desde esta perspectiva, se puede hacer una justa valoración de las recomendaciones que hacen los comités internacionales encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados, como el comité de derechos humanos; estas recomendaciones simplemente señalan alguna medida que el Estado puede tomar para promover algún derecho humano, pero éste queda libre de tomar o no la medida recomendada, puesto que su obligación de promover se puede cumplir, incluso de mejor manera, tomando otra medida que resulte igualmente o más adecuada. Me parece que incluso, aun cuando el Estado tomara una medida que no resultara tan adecuada, no puede hablarse de violación del deber de promover los derechos, si decidió así considerando el asunto con la diligencia

ordinaria debida, puesto que es humano errar. El incumplimiento de ese deber sólo podría demostrarse por no haber tomado ninguna medida o por haber tomado medidas notoriamente ineptas.

En cuanto al deber de "investigar", se observa que puede indicar que el Estado investigará las denuncias que por violaciones a los derechos le presenten los afectados ante un juez o ante alguna comisión de derechos humanos. El Estado cumple ese deber de investigar cuando atiende las denuncias que se presenten ante las instancias correspondientes.

Además, la reforma (art. 102-B) exige que el Estado, por medio de la CNDH, investigue violaciones "graves" a los derechos humanos. El texto constitucional anterior (art. 102-B), decía que la Comisión Nacional de Derechos Humanos sólo podía formular quejas y denuncias por violaciones a los derechos humanos "ante las autoridades respectivas". Ahora se reformó ese artículo a fin de que la Comisión pueda "investigar hechos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos" cuando "lo juzgue conveniente", o cuando lo pida el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso, algún gobernador de un estado, el jefe del gobierno del Distrito Federal o alguna legislatura local.

Esta facultad de la CNDH es la que tenía antes (art. 97) la Suprema Corte de Justicia. La puede ejercer ahora, movida por otras instancias o por su propia decisión, pero sólo cuando se trate de hechos que constituyan "violaciones graves" a los derechos humanos. El punto por aclarar es qué son las violaciones "graves". Cabe considerar que cualquier violación a un derecho fundamental, como el derecho a la vida, es una violación "grave", pero quizá no lo sea la violación al derecho político de un ciudadano de aspirar a un puesto de elección popular. De modo que un criterio para discernir la gravedad podría ser la consideración del tipo de derecho que se encuentra en juego, pero se podría argumentar en contra que este criterio contradice el principio de que los derechos humanos son indivisibles, es decir que no hay jerarquía entre ellos. Otro criterio, que no tropezaría con esa objeción, es el de considerar la gravedad del daño sufrido por la persona que ha sido víctima de la violación de alguno de sus derechos, de modo que la violación sería más o menos grave según fuera el daño sufrido. También podría considerarse el número de víctimas afectadas, y el tipo de ellas, de modo que serían más gra-

ves las violaciones que afectan a mayor número o las que afectan a personas más vulnerables.

Además de la gravedad de las violaciones, habría que considerar la oportunidad de la intervención de la CNDH. La reforma da a esta comisión un poder discrecional que debe ser ejercido prudentemente; de otro modo, la comisión podría convertirse en un poderoso elemento de presión política contra cualquiera de los poderes constitucionales. Considerando que toda víctima tiene la posibilidad de ejercitar una acción en contra de violaciones a sus derechos, podría pensarse que la CNDH sólo debería investigar, cuando no lo hubiera hecho alguna de las víctimas; en este punto, cabe considerar que hay muchas organizaciones civiles que pueden apoyar a las víctimas para presentar su acción de amparo y obtener una reparación por la violación sufrida; la propia reforma alienta esta promoción de acciones de amparo al establecer que la víctima tiene derecho, además de a obtener que la violación cese y pueda ejercer su derecho, al pago de una cantidad de dinero en concepto de reparación, como se explica más abajo. Me parece que la CNDH debe inhibirse de investigar si alguna de las víctimas ya presentó su acción por la violación a sus derechos, o si existe la posibilidad de que la víctima, por sí misma o apoyada por otros, pueda presentarla. La intervención de la comisión se limitaría así a los casos de violaciones en que, dada la situación de las víctimas o el tipo de violaciones, el tiempo y el lugar donde ocurrieron, o el agente que las cometió, no es razonable esperar que las víctimas presenten acción en contra de esas violaciones.

La reforma no aclara el efecto jurídico que tendrán las conclusiones a que llegue la CNDH después de realizar una investigación por violaciones graves a los derechos humanos. Ordinariamente, las investigaciones que realiza la comisión como consecuencia de quejas presentadas por las víctimas, concluyen dando recomendaciones a los órganos que cometieron las violaciones para que, voluntariamente, ajusten sus actos a lo que la comisión les recomienda. De hecho, la reforma modificó el párrafo del artículo 102 constitucional donde se trata de estas recomendaciones, con el objeto de señalar que si las recomendaciones no son aceptadas por el órgano responsable, éste tendrá que fundar, motivar y hacer pública su negativa, y podrá ser eventualmente citado a comparecer ante el órgano legislativo correspondiente para que explique su negativa. Pero las investigaciones

que hace la CNDH sobre la existencia de violaciones graves deberán concluir con un juicio sobre si existen o no tales violaciones graves, es decir concluirán, no con una recomendación, sino con una declaración sobre la existencia o no existencia de tales violaciones. ¿Qué efecto jurídico tendrá esta declaración?

La declaración servirá como un documento que se puede alegar ante las autoridades judiciales encargadas de determinar la responsabilidad que corresponde a los ejecutores de esas violaciones. Cabe preguntar si el juez que conociera el caso tiene libertad para separarse de lo que hubiera declarado la CNDH y, por ejemplo, absolver al demandado, o si, por el contrario, la declaración es determinante, de modo que el juez simplemente dicta la sentencia, convirtiéndose entonces en una especie de juez ejecutor, mientras que la CNDH actuaría como juez instructor. Me parece que para no afectar la independencia judicial, lo más conveniente es que la CNDH se limite a determinar si existe o no el hecho de las violaciones, pero sin determinar quién es el autor de las mismas. De este modo, su declaración sería simplemente una constatación de hechos, y el juez tendría libertad para determinar quién o quiénes son los responsables e imponerles las sanciones y reparaciones que procedieren, o para absolver al demandado si estimara que éste no fue responsable de esas violaciones, cuya existencia ha declarado la CNDH.

Finalmente, la frase final de este párrafo tercero dice que el Estado tiene el deber de “reparar” las violaciones a los derechos humanos. Este término suele entenderse en el sentido de pagar a la víctima una cantidad de dinero en concepto de reparación por la injuria sufrida. Sobre este deber de reparar es necesario precisar varios elementos: ¿quién debe pagar, quién determina la cantidad que debe pagarse y con qué criterios se determina esa cantidad? Quien debe pagar es el Estado que puede ser el Estado federal o los estados locales, según sea federal o local la “autoridad” que cometió la violación.

La cuestión de quién determina el monto a pagar es más compleja. Por principio no puede ser la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a la cual sólo le corresponde hacer recomendaciones y, en ciertos casos, investigar. Tendrá que ser entonces la entidad administrativa o judicial a la que corresponda conocer la violación la que fije el monto de la reparación y, si es necesario, la haga efectiva. Por economía

procesal, lo más conveniente será que en el mismo proceso se defina la sanción y la reparación. Para que una instancia administrativa o un juez puedan imponer y hacer cumplir esa reparación tienen que estar facultados para ello por alguna ley.

Los criterios con los que se fije el monto de la reparación son muy difíciles de precisar. Por ejemplo, ¿cómo podría calcularse la reparación a una mujer a quien se esterilizó sin su consentimiento, o a un menor de edad que fue objeto de abuso sexual, o a una persona que se le impide difundir sus ideas? La misma palabra “reparación” parece indicar que se trata de darle a la víctima algo que la restablezca a la situación que tenía antes de la violación, pero esto es prácticamente imposible, porque el dinero no puede reparar muchas cosas, de modo que la reparación pecuniaria en muchos casos no es más que una reparación “simbólica”. Esos criterios tendrán que definirse también en una ley.

Las palabras finales sobre la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos señalan que debe hacer todo esto “en los términos que establezca la ley”, que, según lo prescribe el artículo transitorio segundo del decreto de reformas, es una ley nueva que deberá publicarse en el plazo de un año contado a partir del día que entró en vigor la reforma (esto es, antes del 11 de junio de 2012). Esta ley puede aclarar mucho el contenido de este párrafo del artículo primero. Como la responsabilidad de reparar también compete a los estados locales, me parece que también deberán promulgarse leyes locales sobre esta materia.

Evidentemente que esa ley tendrá que definir cuál es la instancia encargada de fijar el monto de las reparaciones y los criterios para calcularlo y cuál la obligada a pagarlo. En el proyecto de reforma constitucional, su artículo 30 transitorio señalaba que esta ley versaría sobre dichas reparaciones, pero en el artículo transitorio del decreto de reforma no aparece ya esa limitación, de modo que esa ley podrá ocuparse de otras cuestiones que suscita este tercer párrafo del artículo primero constitucional y que conviene resolver, como: i) aclarar si todas las autoridades se refiere sólo a las de gobierno o también al poder judicial y al legislativo, y si comprende o no a los organismos autónomos y a las entidades paraestatales; ii) precisar si el concepto de violación se refiere a transgresiones de los derechos, es decir, a

actos que impiden directamente el ejercicio de los derechos, o también al incumplimiento de los deberes de garantizarlos, protegerlos o promoverlos.

#### 4. Análisis del quinto párrafo

El cuarto párrafo del artículo primero, que en el texto anterior era el segundo párrafo, y que contiene la prohibición de la esclavitud, no sufrió cambio alguno.

El quinto párrafo sólo se modificó con la inserción del calificativo “sexuales” a la palabra “preferencias”:

*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

La nueva regla que implica este cambio es que se prohíbe la discriminación de alguna persona por motivo de sus “preferencias sexuales”, siempre que se trate, como en los demás casos, de una discriminación que “atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. No hay un cambio de fondo, sino sólo la precisión del tipo de preferencias que contempla el artículo. En realidad no era necesaria la precisión, porque todas las personas son titulares de los derechos humanos y de sus garantías.

Sin embargo, hay una carga ideológica en la expresión “preferencia sexual”. Es una expresión que utiliza la ideología de género, que considera que el sexo de las personas no es una distinción corporal (anatómica, fisiológica y psicológica), sino el resultado de una decisión o “preferencia”, que libremente toma la persona, por lo que no hay sólo dos sexos, como afirma el sentido común, sino una multitud de preferencias: heterosexual, lésbico, homosexual, transexual, transgénero, travesti, bisexual, y algunos agregan otras preferencias como el sado masoquismo, el exhibicionismo o la pedofilia. Al incluirse el término “preferencia sexual” en la Constitución se está imponiendo esta ideología, como si fuera algo indiscutible que todos aceptan, y

de esta manera la Constitución se contrapone con la opinión común del pueblo mexicano, lo cual va en perjuicio de la respetabilidad de la Constitución.

Debe también considerarse que la universalidad de los derechos humanos señala que éstos son derechos que corresponden a las personas, por el solo hecho de ser personas, independientemente de cualquier otra determinación que sea ajena a su voluntad, y por lo tanto también tienen todos esos derechos las personas que pudieran sentir atracción por personas del mismo sexo. Pero hay muchas de esas “preferencias” que en realidad no son determinaciones innatas a las personas, o independientes de su voluntad, sino que son conductas que libremente realizan, y por las cuales tienen la responsabilidad, como cualquier otra persona, por los efectos que causan en otras personas o en la comunidad. Si, por ejemplo, alguien abusa sexualmente de un menor, no puede excusarse de responsabilidad penal alegando su preferencia sexual, porque tal abuso es una conducta libremente realizada y de la cual es responsable.

Lo que la Constitución prohíbe en este párrafo es la discriminación de las personas, pero no la discriminación de las conductas libremente realizadas, las cuales sí pueden dar razón para que se limiten o restrinjan sus derechos fundamentales, como cuando se impone una pena de prisión, o una inhabilitación para trabajar. Este punto de la no discriminación de las personas, pero sí la discriminación de las conductas, merece ser desarrollado más ampliamente en otro trabajo.

Como la reforma también modificó el artículo tercero constitucional con el fin de incluir, como un objetivo de la educación nacional, la enseñanza de los derechos humanos, el señalamiento en el nuevo párrafo quinto que prohíbe la discriminación por motivo de las “preferencias sexuales”, podría dar pie a que en los planes educativos se tenga que explicar en qué consisten esas preferencias sexuales y se presenten como conductas normales. De esta manera la ideología de género se impondría como contenido educativo nacional.

Esa imposición de una determinada posición ética acerca de las llamadas “preferencias sexuales”, entra en contradicción con uno de los derechos humanos reconocidos en tres de los principales tratados de derechos humanos vigentes en México, el derecho de los padres

a que sus hijos reciban una educación ética y religiosa conforme a sus propias convicciones.<sup>9</sup>

Por otra parte, la prohibición de la discriminación contenida en este párrafo, requiere ser analizada con más detenimiento, aunque no es un resultado de la reforma que aquí se considera, por lo que simplemente apunto la necesidad de estudiarla. Originalmente, la prohibición estaba relacionada con una violación efectiva de los derechos fundamentales, de modo que la prohibición de discriminar consistía realmente en la prohibición de transgredir los derechos fundamentales, aduciendo alguna causa que aparentemente justificaba esa transgresión. A partir de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (1966), la discriminación se ha venido considerando, ya no como un pretexto inválido para limitar o anular derechos, sino como un acto que es en sí mismo un acto punible; por eso habla esta convención (art. 5) de que los Estados se comprometen a “prohibir y eliminar la discriminación racial”, y luego señalan algunas conductas específicas que se consideran discriminatorias y, por lo tanto “se condenan”, como la segregación racial y el *apartheid*; esta última conducta llegó a ser definida como un “crimen” en otra convención (la *Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid*, 1976).

De esta manera, se han ido tipificando, en otros instrumentos internacionales y aun en leyes nacionales, determinadas conductas que se considera que son por sí mismas discriminatorias y, en consecuencia, punibles. De ser la no discriminación una prohibición de alegar determinados aspectos de la persona para vulnerar sus derechos, se ha pasado a considerar que existe un derecho a la no discriminación, y luego a la tipificación de determinados actos como discriminatorios y punibles. Se puede decir que ya existe, fuera de las leyes penales, un nuevo delito llamado “discriminación” que puede comprender una gran variedad de conductas típicas. Es un delito genérico y, por lo tanto, contradictorio con el principio de la tipicidad de los delitos. Es una evolución que merece ser estudiada y aclarada por separado.

<sup>9</sup> Pacto de derechos civiles, art. 18-4; Pacto de derechos económicos, art. 13-3, y Convención americana, art. 12-4.

#### IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones enunciadas a lo largo de este trabajo son las siguientes:

1. La reforma implica el reconocimiento de que los derechos humanos están fundados en la naturaleza racional del ser humano o que son inherentes a la persona.
2. Por persona se entiende todo ser humano.
3. La reforma incorpora a la Constitución los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en vigor, pero no subordina la Constitución a los tratados internacionales.
4. Los tratados que deben considerarse como portadores de derechos humanos incorporados a la Constitución son los tratados internacionalmente considerados como de derechos humanos.
5. Lo que se incorpora de los tratados a la Constitución, no son todas sus disposiciones, sino sólo los derechos reconocidos expresamente a las personas particulares, a todas ellas, sin ninguna otra determinación particular.
6. No todo deber asumido por el Estado en un tratado corresponde a un derecho humano reconocido a las personas.
7. Para efectos de la prohibición constitucional de celebrar tratados que “alteren” los derechos humanos reconocidos, la palabra alterar significa solamente restringir o eliminar.
8. La incorporación a la Constitución de derechos humanos contenidos en nuevos tratados no se produce por la sola ratificación del tratado por el Senado de la República, pues es necesario que la incorporación sea aprobada siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional.
9. Las “normas relativas a los derechos humanos” de que habla el párrafo segundo del artículo primero constitucional son las disposiciones de la Constitución y de los tratados sobre esa materia, y no las normas contenidas en leyes, reglamentos u otros mandatos imperativos.
10. Si hay una contradicción entre una restricción constitucional a un derecho humano, que no contienen los tratados de derechos humanos, debe prevalecer la restricción constitucional.

11. La expresión “todas las autoridades” del tercer párrafo del artículo primero constitucional se refiere a cualquier instancia titular de poder público del ejecutivo, legislativo o judicial y de cualquiera de los tres niveles de gobierno: federal, estatal o municipal.
12. El deber de “promover” los derechos humanos de que habla el párrafo tercero del artículo primero, es un deber de tomar medidas adecuadas, no necesariamente las medidas recomendadas por algún comité nacional o internacional; es un deber de tomar medidas y no de obtener necesariamente determinados resultados.
13. Los principios de que habla el párrafo tercero del artículo primero (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad) son principios aplicables para medir el cumplimiento del deber de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, pero no para interpretar las normas de derechos humanos, las cuales se interpretan de acuerdo con las reglas que da el párrafo segundo de ese mismo artículo.
14. La expresión “Estado”, en el tercer párrafo del artículo primero constitucional, se entiende en el sentido de Estado federal o estado local.
15. Conviene reducir la responsabilidad de reparar las violaciones cometidas por las autoridades de sus deberes respecto de los derechos humanos a las que consistan en acciones que impiden o restringen el ejercicio de los derechos, y excluir las omisiones.
16. El deber de promover los derechos humanos se incumple cuando no se toma ninguna medida para ese fin, o se toma una que es evidentemente inepta, pero no por tomar una medida, de modo razonable, que luego no produce los resultados esperados.
17. Para determinar qué es una “violación grave” (art. 105) a los derechos humanos, conviene considerar el daño sufrido por la víctima, el número de víctimas y la situación en que se encuentran las mismas.
18. La facultad que tiene la CNDH para investigar violaciones graves a los derechos humanos debe ser ejercida cuando las víctimas no han presentado algún recurso, ni tienen la posibilidad de presentarlo.

19. Las conclusiones a que llegue la CNDH en sus investigaciones sobre violaciones graves deben limitarse a la comprobación de la existencia de tales violaciones, sin señalar quiénes pueden ser los responsables de ellas. Tienen sólo un valor probatorio sobre los hechos, de modo que los jueces que llegaran a conocer de esos casos tienen libertad para determinar quién es el responsable y si debe ser sancionado.
20. La reparación pecuniaria por violaciones a derechos humanos es sólo una reparación simbólica.
21. Dicha reparación la debe fijar el mismo juez que conoce de la violación del derecho humano.
22. La ley (prevista en el artículo transitorio tercero) que definirá cómo se hará efectiva la reparación, tendrá que aclarar quién fija la reparación, con qué criterios se fija su monto y quién es el obligado a pagar, y será conveniente que aclare qué significa la expresión “todas las autoridades” y si son reparables todas las violaciones o sólo las que consistan en acciones violatorias o impeditivas de derechos humanos, pero no las que consistan en omisiones.
23. La inclusión de la expresión “preferencias “sexuales”, en el párrafo quinto del artículo primero, implica la imposición de una visión ética como si fuera común a toda la población, y su posible imposición en los modelos educativos, en contra del derecho de los padres a decidir acerca de la educación ética de sus hijos.

## SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DEL PODER PÚBLICO EN PERJUICIO DE LOS INDIVIDUOS

Miguel BONILLA LÓPEZ

SUMARIO. I. *Nota introductoria*. II. *El significado de "poder"*. III. *Poder y autoridad*. IV. *Autoridad, carga y agravio*. V. *Agravio y pretensión*. VI. *Pretensión y argumentación*. VII. *Recuento*.

### I. NOTA INTRODUCTORIA

El primer borrador de este trabajo es de principios de julio de 2010. Tenía dos cuartillas. Por esas fechas dejé un tanto a mi padre, a quien regularmente entregaba copia de todo lo que escribía. Pedí que le echara un ojo y que lo comentáramos después.

Al poco –poquísimo– tiempo enfermó (supimos que enfermó). Se debilitó rápidamente. En esos días infaustos lo visité por las mañanas, muy temprano; al mediodía, para comer con él, con mi madre y hermanas, y ya por la noche. En esas visitas conversamos sobre muchas cosas, las más referidas a pasajes de su infancia y su vida de muchacho, a los viajes en caminos de terracería que dejaría pendientes, a su querencia por los nietos y a ciertas ideas suyas acerca del derecho. En una de esas ocasiones habló sobre la noción de causa de pedir y de pretensión, para él fundamentales para comprender cómo es que opera el mundo jurídico. Le dije que sobre eso pensaba escribir un artículo breve, de corte pedagógico, que sirviera en el aula para explicar cómo impugnar un acto de autoridad. Al escucharme, no aguantó una sonrisa, al tiempo que me decía si ya había olvidado que él tenía el borrador; que le había parecido bien, aunque no sabía

si “pedagógico”; que le metiera mano, y que no fuera a quedar en el cajón de las meras intenciones. No sabía que lo había leído, con el peso de su enfermedad y del tiempo imbatible. Resultó que sí.

Cumplo ahora con entregar el texto terminado. No sé si sea pedagógico; al menos, a mí me ha permitido poner en orden algunas ideas que tenía revueltas en la cabeza. Por desgracia, ya no puedo discutir las con quien fue el mejor interlocutor que puede esperar un hijo, y a quien me gustaría decir que no dejar las cosas en el cajón de las meras intenciones es el mejor homenaje que ahora puedo hacer a su memoria.

## II. EL SIGNIFICADO DE “PODER”

Existe acuerdo en considerar que alguien tiene poder si es capaz de imponer a otro la carga de ejecutar alguna cosa o de consentir un cierto estado de cosas, en ocasiones bajo la amenaza seria y real de sufrir perjuicios si no la satisface. En contrapartida, se dice que alguien no tiene poder cuando no cuenta con la fuerza suficiente para obligar a otro a actuar conforme con su voluntad o cuando no puede repeler la imposición a que otro lo somete, y esta imposición no es de su agrado. Al mostrar el uso de la palabra, la Real Academia dice que sirve “para explicar que alguien ejecuta algo, impelido y forzado y sin *poder* excusarlo ni resistirlo”. En este caso, también se dice que una persona ha caído bajo el poder de otra, lo que no significa sino “estar sujeto a su dominio o voluntad”.

Como ejemplo trivial de lo anterior, puede pensarse en el niño que, en el restaurante, es conminado a dejar de limpiarse las manos con el mantel, bajo la mirada severa de su madre. La madre tiene poder sobre su hijo, en tanto puede hacer que éste deje de realizar una conducta, bajo la amenaza de un pellizco o de dejarlo sin su juguete favorito por el resto de la semana. El niño no puede sino soportar la carga (consentir un estado de cosas: no limpiarse más de esa manera). El niño puede repudiar esa imposición, pero no repelerla.

Tener una carga significa soportar, tolerar (a veces, incluso, sufrir): consentir que algo nos ocurra por la decisión de otro, al margen de lo que nosotros mismos podamos desear; en este contexto, resulta ilustrativa la definición de gravamen del derecho procesal: “Carga,

obligación de asumir una determinada conducta”.<sup>1</sup> En el ejemplo, el infante soporta, sufre, asume o tolera la carga de no limpiarse más con el mantel, por voluntad de otro: la mamá. Para seguir con casos de la infancia: imaginemos la escena en que el niño llama y llama a su padre, quien está conversando con otro adulto. El padre, abstraído con la plática, no atiende el llamado de su hijo, y en un momento dado hasta lo calla. El niño tiene que aceptar ese estado de cosas, en el que es ignorado. No tiene el poder de hacer que el padre lo atienda en forma inmediata. Otro ejemplo: el asaltante que, empuñando una pistola, despoja de su cartera a un hombre. Tiene poder: consigue influir por completo en la conducta de su víctima; ésta actúa por miedo al daño que puede sufrir si no atiende la exigencia del ladrón. La víctima consiente un estado de cosas: deja que le arrebaten la cartera, se mantiene en silencio, no intenta darse a la fuga... La víctima, regularmente, no tiene medios para oponerse. La víctima carece de poder.

Pensemos ahora en un médico que le dice a su paciente que lo va a inyectar. El paciente, no obstante su pánico a las inyecciones, después de oír cuáles serán las consecuencias de no someterse al tratamiento, se da la vuelta y se deja hacer. El médico tiene poder: logra que su enfermo acepte un estado de cosas.

El poder, pues, es la relación que existe entre dos sujetos por cuya virtud uno de ellos puede —en el sentido de que le es posible— hacer que el otro tenga una carga, incluso contra su voluntad: “A tiene poder sobre B cuando al primero le es posible imponer una carga al segundo”.<sup>2</sup> Esto genera, evidentemente, desigualdad entre los dos.

## III. PODER Y AUTORIDAD

Esta desigualdad se pone de manifiesto todavía más cuando quien soporta la carga es una persona, un individuo, y quien la impone no

<sup>1</sup> Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 303.

<sup>2</sup> Compárese esta propuesta con la de Steven Lukes: “A ejerce poder sobre B cuando A afecta a B en sentido contrario a sus intereses”, y con la de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar los intereses de B” (*Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Madrid, Ariel, 2004, pp. 39-40), o con la de Paul Vinogradoff: “una persona tiene poder sobre otra en el sentido de que puede dirigir la voluntad de la otra y hacerla servir a sus propios fines o a un fin común” (*Introducción al derecho*, 3a. ed., México, FCE, 1992, p. 45).

es un par, sino alguien que tiene un vínculo tal con el Estado que sus actos no pueden reputarse sino estatales: el órgano, el funcionario, el empleado de gobierno o cualquier persona que tenga una encomienda pública (a quienes llamaré “autoridad” a partir de ahora, para abreviar).<sup>3</sup> La carga, en estos casos, puede resultar:

1. De la actualización de una consecuencia normativa de derecho público, como cuando un juez impone una multa u ordena un arresto previstos como medidas de apremio en alguna ley procesal: en estas hipótesis, el individuo está constreñido a hacer algo (pagar) o a consentir un estado de cosas (verse privado de su libertad por algunas horas), por ser éstas consecuencias normativas.
2. De la omisión de desplegar la conducta prevista como consecuencia en una norma de derecho público, como cuando un funcionario de la administración pública omite dar contestación a un escrito en el que se hace valer el derecho de petición (y entonces el individuo soporta la inacción por todo el tiempo que la autoridad se abstiene de contestarle).
3. De la ejecución de un hecho prohibido o no autorizado por ninguna norma jurídica: el policía que extorsiona a un grupo de comerciantes ambulantes y éstos le entregan una suma de dinero.

En estos supuestos, el poder que se ejerce está respaldado de alguna manera por la fuerza del Estado, y se traduce en una carga que pesa sobre la persona, patrimonio o derechos de alguien concreto.

<sup>3</sup> La misma palabra “autoridad” significa “poder”. El *Diccionario de la Lengua Española* establece en una de sus acepciones: “Poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada”. Algunos autores señalan, al respecto al mismo término: “En sentido genérico, la potestad que ejerce una persona sobre otra u otras, y entonces se habla de la autoridad del jefe del Estado, del padre de familia, del marido, del maestro, del patrono [...] En sentido más restringido y más corriente, la potestad que tiene una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, imponiéndolas a los demás” (Ossorio, Manuel, voz “autoridad”, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 29a. ed., Argentina, Heliasta, 2004, p. 113).

De un ejercicio analítico de estos modelos, a fin de encontrar sus elementos esenciales, se obtiene lo siguiente:

1. Quien impone la carga es una autoridad.
2. La carga es el resultado *a)* del ejercicio de un poder público; *b)* de la omisión de ejercerlo, o *c)* de realizar una conducta que a la autoridad no le es reconocida por el orden jurídico o, incluso, que le está prohibida.
3. Quien la soporta es un particular (esto es, un individuo o una persona moral de derecho privado).
4. El particular no puede repeler la carga (salvo a costa de sacrificios importantes en su persona, bienes o derechos) ni hacer por sí mismo que ésta se destruya (el particular no es inmune, en suma).

La noción de “autoridad” tiene que ser delimitada. Como bien han advertido muchos, está tan cargada de ambigüedad, que en muchas ocasiones hay tropiezos por no precisar su significado dentro del discurso.<sup>4</sup> En efecto, no se habla aquí de la autoridad política, como aquella que toma las grandes decisiones en la colectividad. Tampoco de la autoridad como sinónimo de Poder Ejecutivo, Judicial o Legislativo. No de la autoridad legítima, como aquella que ha obtenido esa calidad por virtud de un procedimiento *ad hoc* ni como aquella que es efectivamente reconocida como tal en el seno de una comunidad. No de la autoridad en sentido fáctico (la que por el uso de su superioridad en fuerza, logra imponer sus prescripciones). Hablo más bien de un concepto restringido a los casos en que un ente o una persona, vinculados al Estado por el orden jurídico, en uso de potestades diseñadas para satisfacer necesidades públicas, imponen cargas a los individuos que afectan su persona, patrimonio o derechos. Hablo, pues, de autoridad en sentido normativo<sup>5</sup> y de índole *pública*.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Entre otros, Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Madrid, Gedisa, 2000, p. 125, y Ródenas Calatayud, Ángeles, *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 23-24.

<sup>5</sup> Mendonca, Daniel, *op. cit.*, p. 126: “A es autoridad respecto de un sujeto S si, y sólo si, A está habilitado [...] por un conjunto de normas C para dictar (o derogar) prescripciones dirigidas a S”.

<sup>6</sup> Esto es, cuando el Estado coordina los intereses individuales entre sí o éstos con el interés público: al limitar la acción de los individuos, estableciendo las hipótesis en que es

En este sentido, cabe hacer uso del concepto de “normas que confieren poderes”, es decir, aquellas que establecen potestades, cuyo ejercicio conlleva a la creación de nuevos estados de cosas, y que en el ámbito del derecho público son llamadas normas de *competencia* y en el ámbito del derecho privado normas sobre *capacidad*.<sup>7</sup> Su función es conferir la facultad o atribución de hacer algo, de modificar estados de cosas preexistentes.

Esta clase de enunciados jurídicos es muy diferente de las normas que establecen prohibiciones u obligaciones. Esto se entiende muy bien al comparar sus estructuras normativas. La de las normas de mandato es esta:

- Si se dan las circunstancias de aplicación X, entonces Y tiene prohibido realizar la acción Y.
- Si se dan las circunstancias de aplicación X, entonces Y tiene la obligación de realizar la acción Y.

La estructura sintáctica de las normas de competencia o de capacidad es la siguiente:

- Si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional R.

Si bien se ve, las primeras ordenan o prohíben; las segundas sólo son constitutivas, en el sentido de que crean la posibilidad de realizar cambios, de pasar de un estado de cosas previo a uno diferente, y esta posibilidad no existe sin ellas; el cambio –resultado institucional o cambio normativo– está unido indisolublemente a la existencia conjunta de un estado de cosas (configurado por hechos o actos) y de la

ilícita o nula; al prevenir la violación de derechos de los particulares; al establecer medios represivos de los actos ilícitos; al disponer medios de reparación de daños y perjuicios; al regular la actividad económica; al establecer contribuciones; al fomentar el desarrollo de ciertas clases o sectores; al sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella para satisfacer una necesidad colectiva, por ejemplo, en educación, salubridad o beneficencia (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1968, pp. 7-12).

<sup>7</sup> Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *op. cit.*, p. 69. En lo que sigue de este apartado, seguiré a este par de filósofos españoles, cuya teoría de las normas me parece de lo más certero y persuasivo.

realización de una o varias acciones específicamente determinadas por parte de un sujeto calificado. En el caso de los órganos del Estado, los funcionarios y empleados públicos y algunos particulares a los que la ley comisiona para realizar tareas de orden público, el ejercicio de estas competencias da como resultado actos normativos: el permiso o su denegación, la autorización o la no autorización, el arresto o la libertad, la multa o la no afectación al patrimonio, la clausura o no, la sentencia de condena o la absolutoria, el reglamento que regula una actividad, la ley que establece las hipótesis generales...; el no ejercicio de estas competencias (omisión) impide que se produzcan cambios normativos o institucionales. Algunos ejemplos ayudarán a comprender lo anterior:

Código Federal de Procedimientos Penales

Artículo 399 bis. [...]

Por conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, según corresponda, se entenderán, cuando:

I. El inculpado sea delincuente habitual o reincidente por delitos dolosos, en términos de lo dispuesto por el Código Penal Federal.

II. El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores, en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de delitos.

III. El inculpado se haya sustraído a la acción de la justicia y esté sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraditado.

IV. El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente.

V. El Ministerio Público aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia, si la libertad provisional le es otorgada.

VI. Exista el riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento, o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada.

VII. Se trate de delito cometido con violencia, en asociación delictuosa o pandilla.

VIII. El inculpado haya cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Artículo 399 *ter*. El juez podrá en todo caso revocar la libertad provisional concedida al inculpado cuando aparezca durante el proceso cualesquiera de las causas previstas en el artículo anterior y así lo solicite el Ministerio Público.

El artículo 399 *ter* del Código Federal de Procedimientos Penales confiere un poder al juez: “Si se da el estado de cosas X –que se hubiera otorgado la libertad provisional y que con posterioridad aparezca en el proceso alguno de los supuestos previstos en las fracciones I a VIII del 399 *bis* y el Ministerio Público solicita la revocación de aquélla– y Z –el juez de distrito– realiza la acción Y –revoca–, entonces se produce el resultado institucional R –cesa la libertad concedida previamente al inculpaado”.

#### Ley General de Salud

Artículo 216. La Secretaría de Salud, con base en la composición de los alimentos y bebidas, determinará los productos a los que puedan atribuírseles propiedades nutritivas particulares, incluyendo los que se destinen a regímenes especiales de alimentación [...]

El artículo 216, primer párrafo, de la Ley General de Salud confiere un poder a la Secretaría del ramo: “Si se da el estado de cosas X –después de examinar la composición de alimentos y bebidas– y Z –la Secretaría– realiza la acción Y –determina sus propiedades nutritivas particulares–, entonces se produce el resultado institucional R –a esos alimentos se les atribuirán válidamente dichas propiedades”.

#### Ley Federal del Trabajo

Artículo 404. Contrato-ley es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en un rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias entidades federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas entidades, o en todo el territorio nacional.

Artículo 419. En la revisión del contrato-ley se observarán las normas siguientes:

- I. Podrán solicitar la revisión los sindicatos de trabajadores o los patrones que representen las mayorías señaladas en el artículo 406;
- II. La solicitud se presentará a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, al Gobernador del Estado o Territorio o al Jefe del Departamento del Distrito Federal, noventa días antes del vencimiento del contrato-ley, por lo menos;
- III. La autoridad que reciba la solicitud, después de verificar el requisito de mayoría, convocará a los sindicatos de trabajadores y a los patrones afectados a una convención, que se regirá por lo dispuesto en el artículo 411; y

IV. Si los sindicatos de trabajadores y los patrones llegan a un convenio, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Estado o Territorio o el Jefe del Departamento del Distrito Federal, ordenará su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* o en el periódico oficial de la entidad federativa. Las reformas surtirán efectos a partir del día de su publicación, salvo que la convención señale una fecha distinta.

El artículo 419, fracción IV, de la Ley Federal del Trabajo confiere un poder a la Secretaría del Trabajo, al Gobernador del Estado o al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, cada uno en su ámbito: “Si se da el estado de cosas X –si después de seguido el procedimiento previsto en las fracciones anteriores, los sindicatos y los patrones llegan a un convenio– y Z –la Secretaría, el Gobernador o el Jefe de Gobierno, según sea el caso– realiza la acción Y –ordenan su publicación oficial–, entonces se produce el resultado institucional R –el convenio surtirá sus efectos desde ya, bien el día de su publicación o bien el día que se establezca en el propio convenio”.

#### Código Civil Federal

Artículo 495. La tutela dativa tiene lugar:

- I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;
- II. Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

Artículo 497. Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.

El artículo 497 del Código Civil Federal confiere un poder al juez civil: “Si se da el estado de cosas X –si se dan los supuestos del artículo 496, el menor no ha cumplido 16 años y se escucha el parecer del Ministerio Público– y Z –el juez– realiza la acción Y –hace el nombramiento del tutor de entre una lista–, entonces se produce el resultado institucional R –se genera la tutela dativa”.

Según se ve, el esquema al cual pueden ser trasladados los contenidos normativos de textos como los anteriores no tiene que ver con el de las normas de mandato, pues no están caracterizados por modalidades deónticas, es decir, ni prohíben ni obligan a nada; más

bien, confieren a su destinatario principal (quien ejerce el poder) la atribución de influir en la vida o intereses de otros (que vienen a ser, por así decirlo, los *destinatarios reflejos* de la norma). La finalidad inmediata de estos enunciados es regular la atribución y el ejercicio del poder sobre las instituciones, las personas y las cosas, imponiendo las condiciones que deben concurrir para que por virtud de una acción predeterminada un sujeto calificado pueda (en el sentido de tener poder *para*) modificar un estado de cosas preexistente.

Por otro lado, no hay que olvidar que las normas que establecen competencias del tipo que se ha visto aquí, lo hacen a favor de ciertos entes para la consecución de fines públicos, que atañen a la colectividad o a la supervivencia del Estado, y no para la realización de fines propios. A esto, por obvio, no hay que restarle importancia.

Sobre estas bases, me parece que una *autoridad*, para los efectos que estamos ensayando, puede describirse de los siguientes modos:

1. Alguien (un funcionario, empleado o una corporación) a quien el orden jurídico le confiere poderes justificados en la satisfacción de necesidades de subsistencia del propio Estado o en la satisfacción de necesidades colectivas que el Estado tiene encomendadas, que al ejercerlos produce cargas a los individuos que éstos no pueden sino asumir.
2. Alguien (un funcionario, empleado o una corporación) a quien el orden jurídico le confiere poderes justificados en la satisfacción de necesidades de subsistencia del propio Estado o en la satisfacción de necesidades colectivas que el Estado tiene encomendadas, que omite ejercerlos, y como resultado produce cargas a los individuos que éstos no pueden sino asumir.
3. Alguien (un funcionario, empleado o una corporación) a quien el orden jurídico le confiere poderes justificados en la satisfacción de necesidades de subsistencia del propio Estado o en la satisfacción de necesidades colectivas que el Estado tiene encomendadas, pero que no ejerce los propios, sino los conferidos a otro, y como resultado produce cargas a los individuos que éstos no pueden sino asumir.
4. Alguien (un funcionario, empleado o una corporación) a quien el orden jurídico le confiere poderes justificados en la satisfacción de necesidades de subsistencia del propio Estado o en

la satisfacción de necesidades colectivas que el Estado tiene encomendadas, que realiza actos prohibidos o no reconocidos por el orden jurídico, en tanto cuanto son contrarios a la realización de aquellos fines, y como resultado produce cargas a los individuos que éstos no pueden sino asumir.<sup>8</sup>

#### IV. AUTORIDAD, CARGA Y AGRAVIO<sup>9</sup>

Naturalmente, cuando un particular se enfrenta a una autoridad en los términos descritos, podría encontrarse en desacuerdo con la carga resultante, al estimarla injustificada o innecesaria; entonces, ese individuo estaría no sólo soportando una carga, sino, en su concepto, resintiendo un agravio. Resentir agravio significa, en este contexto, soportar una carga que, se estima, no tiene por qué tolerarse, al ser contraria a derecho.

Si bien se piensa, las causas por las cuales un particular podría estar inconforme con soportar la carga impuesta por una autoridad podrían ser cualquiera de las siguientes (advierto que no son necesariamente excluyentes):

1. Estima que quien le impone la carga, aunque se ostenta como autoridad, realmente no tiene ese carácter, como consecuencia de un vicio en su elección, nombramiento, conformación o integración, y por tanto no puede imponer carga alguna.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Nótese como para definir "autoridad" no hay necesidad de acudir, como lo hace la jurisprudencia en materia de amparo, a la idea de un ente que afecta en forma unilateral la "esfera jurídica de las personas", lo que lleva inmediatamente a pedir que el afectado acredite ser el titular de un derecho subjetivo (interés jurídico). En mi concepto, basta la simple noción de carga, como la imposición de una conducta o como la sujeción a un estado de cosas. Esto (espero) se verá con mucha mayor claridad en el curso de las páginas siguientes.

<sup>9</sup> Debo a Andrómeda Guerrero Franco y a Julio Eduardo Díaz Sánchez valiosas sugerencias para la preparación de este apartado.

<sup>10</sup> A esta hipótesis, la doctrina del juicio de amparo la llama "tesis de la incompetencia de origen", y no ha aceptado que sea posible su impugnación en esa vía; a este respecto, es ilustrativa la tesis con número de registro en el *Ius* 394 247, Tercera Sala, *Apéndice de 1995*, t. VI, p. 195: "Incompetencia de origen. La Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas que incumben, constitucionalmente, a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia; pues si se declara que una autoridad señalada como responsable propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de legitimidad de las

2. Estima que *ninguna* autoridad cuenta en lo absoluto con facultades para imponer esa carga.<sup>11</sup>
3. Estima que la autoridad que impone la carga carece de facultades para imponerla, porque la facultad en sí no ha nacido a la vida jurídica, al estar sujeta al cumplimiento de una condición.<sup>12</sup>
4. Estima que la autoridad que impone la carga *suplanta* a la que sí tiene la facultad de imponerla.<sup>13</sup>

autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un poder que, como el judicial, carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la existencia de poderes que deben ser independientes de él", con precedentes de la quinta época: Amparo civil en revisión 799/19. Gamboa Moreno, Manuel y Eduardo. 10 de agosto de 1920. Unanimidad de ocho votos; Amparo civil directo 3-G/20. Quintero, Rafael R. 28 de enero de 1929. Cinco votos; Amparo civil en revisión 426/21. Villicaña, María Guadalupe. 6 de febrero de 1929. Cinco votos; Amparo civil en revisión 102/21. Zafra, Cosme A. 11 de febrero de 1929. Cinco votos; Amparo civil en revisión 1892/28. Mena, José. 17 de diciembre de 1929. Cinco votos. Un ejemplo concreto está compendiado en la tesis con registro 269 028, de la Segunda Sala y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. III, tercera parte, p. 177: "Radiodifusoras, prohibición de programas religiosos en las. De acuerdo con la fracción II del artículo 115 del Reglamento de Estaciones Radiodifusoras Comerciales y con el contrato concesión respectivo, la programación con temas de tipo religioso está prohibida; por lo que debe confirmarse la sentencia del inferior que negó el amparo a la quejosa contra la orden de suspensión de transmisiones de ese tipo en su radiodifusora, si quedó demostrado que un interventor de la Secretaría de Comunicaciones comprobó la transmisión de un programa en inglés de asuntos religiosos; sin que sea de tomarse en cuenta el alegato relativo a que no se demostró que dicho interventor supiera ese idioma, porque una persona que desempeña un puesto de esa naturaleza tiene que conocer el inglés, y de no ser así, ello traería consigo el desconocimiento de su carácter de autoridad, surgiendo el problema de la incompetencia de origen de las autoridades que no están capacitadas para desempeñar el puesto para el que fueron nombradas, lo cual no puede discutirse en el juicio de garantías". Precedente: Amparo en revisión 6353/55. Flores y Martínez, S. en N. C. 23 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en un sistema jurídico en el que la pena de muerte haya sido abolida, resulta que una autoridad condena a un sujeto a morir en el paredón de fusilamiento.

<sup>12</sup> Piénsese en una ley en *vacatio legis*, por cuya virtud se otorgan nuevas atribuciones a una autoridad ya existente, las que, evidentemente, no puede ejercer sino hasta que inicie la vigencia de la norma. También es un ejemplo de este supuesto el que una ley cree un órgano o un funcionario, pero sujeta el inicio de sus funciones a una fecha determinada en lo futuro.

<sup>13</sup> Este es el caso de una autoridad que actúa ejerciendo una competencia que corresponde a otra, como cuando un juez de cierto fuero conoce de un asunto que corresponde a fuero distinto, o cuando una autoridad legislativa emite una norma cuya creación está reservada a otra asamblea, o cuando una autoridad administrativa pretende ejercer funciones encomendadas a la judicatura o a la legislatura. A guisa de ilustración, sirva, de entre muchísimas, la tesis con registro 817 508, Segunda Sala, *Informe de 1933*, quinta época, p. 253: "Trabajo. Con arreglo al artículo 178 del Código de Trabajo del Estado de Tamaulipas, la cancelación del registro, o sea, la tildación de la inscripción de los sindicatos en los registros del Ayun-

5. Estima que, al margen de si la autoridad que impone la carga tiene la facultad de imponerla, él no es el verdadero destinatario y que, en el mejor de los casos, está siendo confundido con quien sí lo es.<sup>14</sup>
6. Estima que la autoridad que impone la carga sí tiene la facultad de imponerla, pero que su caso (hechos) no se adecua al supuesto normativo que justifica el ejercicio de esa facultad, bien por clasificarlos mal o bien por interpretar mal la norma.<sup>15</sup>

tamiento, implica la pérdida de la personalidad de la agrupación. En este concepto, el acto reclamado, consistente en haber cancelado la autoridad responsable la inscripción de la unión sindical quejosa, es violatorio de garantías individuales, porque implicando, en el caso, dicha cancelación, la pérdida de la personalidad jurídica de la misma, tal privación de derechos no se produce mediante el cumplimiento de formalidades esenciales del procedimiento, además de que el presidente municipal responsable, carece de facultad constitucional para consumarlo, ya que, proviniendo la personalidad jurídica de los sindicatos, de la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal, no puede ser nulificada ni desconocida por leyes secundarias ni autoridades locales. Tampoco puede fundarse la cancelación que se reclama, en el citado artículo 178 de la ley del trabajo, de Tamaulipas, que invoca la autoridad responsable en apoyo de sus actos, porque, manifiestamente, dicho artículo se refiere a la falta de algún requisito esencial para la existencia de sindicatos y asociaciones, y no a faltas de aviso de altas y bajas de sus componentes, como entiende la autoridad responsable. Igualmente es violatorio el acuerdo reclamado, en cuanto dispuso el cese de los componentes de la unión sindical quejosa, del trabajo que venían desempeñando en el Teatro Ideal, porque la orden procede notoriamente de autoridad incompetente, como lo es la autoridad municipal responsable, por carecer de facultad constitucional para dirimir conflictos de trabajo, función, que compete exclusivamente a las Juntas de Conciliación y Arbitraje". Precedente: Amparo 4056/27. González, Pedro, Secretario General de la Unión de Tramoyistas, Electricistas, Escenógrafos, Utileros y Similares de Teatros. 27 de abril de 1933.

<sup>14</sup> Pensemos en el caso que una autoridad fiscal decreta el embargo sobre un bien de quien adeuda el pago de un impuesto, pero que al ejecutarlo, erróneamente lo traba sobre bienes de un tercero por completo ajeno; o la policía que aprehende a un homónimo de aquél contra el que se libró orden de aprehensión.

<sup>15</sup> Esta es una especie de los casos que la jurisprudencia de amparo denomina de *indebida fundamentación y motivación*, y que dan lugar a dos clases diferentes de problemas: de interpretación y de calificación o clasificación. Por ejemplo, un sujeto que roba formatos de cheque en blanco es condenado por el delito de robo de títulos de crédito; la pregunta que surge es si, probada la sustracción, se puede castigar en términos del tipo referido, pues no queda claro si un cheque en blanco es título de crédito. Tesis con registro 196 625, Cuarto Tribunal del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VII, marzo de 1998, p. 825, "Robo de títulos de crédito. No se configura si los mismos constituyen formatos de cheque en blanco (legislación del estado de Puebla). El artículo 388 del Código de Defensa Social de esta entidad federativa dispone, entre otros supuestos, que el delito de robo o destrucción de un título de crédito se sancionará como lo dispone el artículo 374 del mismo ordenamiento legal, de donde se sigue que la acción de apoderamiento debe recaer sobre un título de crédito, y para que un documento sea consi-

7. Estima que la autoridad que impone la carga sí tiene la facultad de imponerla y que su caso (los hechos) se adecua al supuesto normativo que justifica el ejercicio de esa facultad, pero que la carga está impuesta en forma excesiva o desproporcionada.<sup>16</sup>
8. Estima que la autoridad que impone la carga sí tiene la facultad de imponerla, pero mediante un procedimiento que no se ha respetado y que condiciona la validez del ejercicio del poder normativo.<sup>17</sup>

derado así, en él debe constar el lugar y fecha en que fue expedido, la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero y la firma del librador. Por tanto, si el robo que se atribuye al activo consiste en el apoderamiento de unos formatos de cheque en blanco, resulta evidente que no se colman los elementos del tipo penal, porque hasta ese momento no constituyen un título de crédito en los términos de las fracciones II, III y VI del artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito". Precedente: Amparo en revisión 696/97. José Miguel Rojas Xochitotol. 16 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Jesús Ortiz Cortez.

<sup>16</sup> Este es otro supuesto de lo que la jurisprudencia llama *indebida* fundamentación y motivación. Verbigracia el caso examinado en la tesis de registro 328 132, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, tomo LXIX, p. 5141: "Impuesto sobre la Renta, monto de las multas por omisión de cantidades por concepto de. Si un causante presenta su manifestación relativa al impuesto sobre una cantidad, omitiendo el pago de otra, tal omisión no constituye un fraude al fisco, ni mucho menos un deseo manifiesto de violar la ley, atendiendo al pago que hizo, por lo que la multa que se imponga por la susodicha omisión no debe ser excesiva, ya que para la imposición de la pena debe tenerse en cuenta, esencialmente, la gravedad de la infracción, y si la multicitada omisión en que incurrió dicho causante pudo ser involuntaria, no debe sancionarse con multa cinco veces mayor de la suma que oportunamente debió haber enterado". Precedente: amparo administrativo en revisión. 1311/1939. Duarte, Leopoldo. 2 de noviembre de 1940. Mayoría de tres votos. Disidentes: Agustín Gómez Campos y Abenamar Eboli Paniagua.

<sup>17</sup> El caso se presenta en los órdenes legislativo, judicial o administrativo; para ejemplificarlo, baste por el momento la tesis de registro 179 496, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, enero de 2005, p. 425: "Producción y servicios. El proceso legislativo que dio origen al artículo 2o., fracción I, inciso A), numeral 3, de la Ley relativa, vigente en dos mil dos, infringió el artículo 72, inciso E), de la Constitución federal. Conforme al referido precepto de la Carta Magna, todo proyecto de ley o decreto que sea motivo de modificación por la Cámara Revisora, debe regresarse a la Cámara de Origen para la discusión exclusivamente de la reforma propuesta. De las versiones estenográficas de treinta y treinta y uno de diciembre de dos mil uno, que dieron nacimiento al artículo 2o., fracción I, inciso A), numeral 3, de la referida ley, se colige que la tasa tributaria para la enajenación o, en su caso, importación de bebidas con contenido alcohólico y cerveza con graduación de más de 20° G.L., fue fijada por la Cámara de Diputados, como Cámara de Origen, en un 45%, y al pasar a la Cámara de Senadores, en su calidad de Cámara Revisora, ésta aprobó la ley, empero, elevando esa tasa al 60%, remitiéndola luego a la de origen para los efectos constitucionales, la cual, una vez que de-

9. Estima que la autoridad que impone la carga sí tiene la facultad de imponerla, pero que la carga en sí misma considerada es contraria o incompatible con una norma de rango superior.<sup>18</sup>
10. Desconoce si la autoridad que impone la carga tiene la facultad de imponerla y si merece o no soportar la carga, por ausencia total de fundamentación y motivación que la justifiquen.<sup>19</sup>

terminó la aprobación de la ley, la pasó de inmediato al Ejecutivo para su publicación. Sin embargo, el proceso de formación de la ley no culminó conforme al texto constitucional, si se considera que la modificación o reforma a la tasa tributaria de referencia propuesta por la Cámara Revisora, al no haber sido reservada por ésta, en realidad, consistió en una iniciativa de ley, en términos de la facultad que deriva del artículo 71, fracción I, de la Constitución federal, y que por tratarse de un aspecto relativo a impuestos, la Cámara de Diputados, una vez que recibió de aquélla la modificación, debió fungir como Cámara de Origen y haber reservado para su discusión y aprobación en su caso, la propuesta, para, enseguida, remitirla a la de Senadores a efectos de su revisión, y una vez concluido este proceso, de no haber existido reprobación por parte de los integrantes de dicha Cámara original, entonces remitirla al Ejecutivo para los efectos constitucionales, requisitos que no se cumplieron en ese proceso de creación de la norma cuestionada". Precedente: Amparo en revisión 846/2003. Nueva Wal-Mart de México, S.A. de C.V. y otra. 3 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Enrique Luis Barraza Uribe.

<sup>18</sup> Los más claros ejemplos son los de inconstitucionalidad de actos o normas, en donde se alega que la obligación que imponen a sus destinatarios contraviene disposiciones de la Constitución. Ejemplos sobran; bastará la cita de uno: tesis con registro 182 532, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 87: "Sociedad legal. El artículo 220 del Código Civil para el estado de Hidalgo, vigente hasta el 8 de noviembre de 1983, que establece que la mujer casada sólo podrá administrarla por consentimiento del marido o en ausencia o impedimento de éste, viola la garantía de igualdad jurídica. Al establecer el mencionado precepto que para el caso de la administración de la sociedad legal 'La mujer sólo puede administrar por consentimiento del marido o en ausencia o por impedimento de éste', viola la garantía de igualdad jurídica prevista en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que coloca a la mujer casada en un plano de desigualdad en relación con su cónyuge, al impedirle ejercer un derecho que éste sí puede disfrutar, menoscabando la esfera jurídica de una en favor del otro, y sin que dicha distinción tenga base objetiva alguna". Precedente: Amparo directo en revisión 1184/2003. 22 de octubre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

<sup>19</sup> De entre un acervo copioso, basten estos ejemplos: tesis con registro 910 973, Segunda Sala, *Apéndice 2000*, t. III, p. 46: "Fundamentación y motivación. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas". Precedentes: Amparo en revisión 8280/67. Augusto Vallejo

11. Estima que la autoridad que impone la carga sí tiene la facultad de imponerla, pero que al margen de si respetó el procedimiento para hacerlo, de si funda y motiva su actuación, de si la carga es proporcional, de si no es en sí misma contraria a ninguna norma de rango superior, de si es el destinatario correcto, lo cierto es que considera ilegítima o ilegal la finalidad perseguida al ejercer aquella facultad.<sup>20</sup>

La singularidad de estos supuestos se aprecia cuando se ven en conjunto. En todos concurre un vínculo de carga y agravio con el

Olivo. 24 de junio de 1968. Cinco votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos. Amparo en revisión 3713/69. Elías Chahin. 20 de febrero de 1970. Cinco votos. Ponente: Pedro Guerrero Martínez. Amparo en revisión 4115/68. Emeterio Rodríguez Romero y coags. 26 de abril de 1971. Cinco votos. Ponente: Jorge Saracho Álvarez. Amparo en revisión 2478/75. María del Socorro Castrejón C. y otros. 31 de marzo de 1977. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Amparo en revisión 5724/76. Ramiro Tarango R. y otros. 28 de abril de 1977. Cinco votos. Ponente: Jorge Iñárritu. También la tesis con registro 394 756, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Apéndice de 1995*, t. VI, p. 542: "Fundamentación y motivación, garantía de. La autoridad al emitir el acto debe citar el numeral en que fundamenta su actuación y precisar las fracciones de tal numeral. El artículo 16 de la Constitución federal, al disponer que nadie puede ser molestado en su persona, posesiones o documentos, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, exige a las autoridades no simplemente que citen los preceptos de la ley aplicable, sino que también precisen con claridad y detalle la fracción o fracciones en que apoyan sus determinaciones. Lo contrario implicaría dejar al gobernado en notorio estado de indefensión, pues se le obligaría, a fin de concertar su defensa, a combatir globalmente los preceptos en que funda la autoridad el acto de molestia, analizando cada una de sus fracciones, menguando con ello su capacidad de defensa". Precedentes: Amparo directo 612/78. Aladino de los Mochis, S. A. 28 de septiembre de 1978. Unanimidad de votos. Amparo directo 458/78. José Víctor Soto Martínez. 11 de enero de 1979. Unanimidad de votos. Amparo directo 1088/83. Ana Griselda Rubio Schwartzman. 23 de agosto de 1984. Unanimidad de votos. Amparo directo 1115/83. Benavides de la Laguna, S. A. 12 de septiembre de 1984. Unanimidad de votos. Amparo directo 675/84. Investigación y Desarrollo Farmacéutico, S. A. 8 de octubre de 1984. Unanimidad de votos.

<sup>20</sup> La doctrina denomina "desviación de poder" a esta figura (*cf.* Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 91 y ss.). Estos autores citan a Carmen Chinchilla para dar cuenta con el ejemplo siguiente: el Consejo de Estado francés "declaró que si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquel que el legislador había concedido".

orden jurídico. La carga es la imposición de una conducta (hacer una cosa o consentir un estado de cosas) respaldada, al menos *prima facie*, por el orden normativo; el agravio es la alegación de que la imposición de la carga es contra derecho. Esto, como se verá, tiene importantes consecuencias.

## V. AGRAVIO Y PRETENSIÓN

Al inconformarse con la carga, el individuo puede buscar alguno o los tres efectos siguientes: nulificar la carga, por ser contraria a derecho; castigar a quien estima infractor, por haberle impuesto una carga contraria a derecho; recibir una indemnización por el daño sufrido al resentir una carga contraria a derecho.

En el primer caso, se impugna;<sup>21</sup> en el segundo, se denuncia y en el tercero, se reclama. Son *pretensiones* diferentes. De las tres, la primera se antoja más inmediata: antes que pedir castigo o exigir una reparación, lo que se busca es evitar seguir soportando la carga; no obstante, todas descansan en una misma base: el agravio que, según vimos, es la estimación de que la carga contraviene al derecho.

Pero el agravio solo no basta para que prospere la pretensión: en el caso de la impugnación, el orden jurídico además debe permitir la nulificación de la carga contraria a derecho; en el de la denuncia, el orden jurídico debe prohibir la emisión del acto y condenar su realización; en el de la reclamación, el orden jurídico debe establecer que el acto es fuente de obligaciones. Si el orden jurídico no contempla la posibilidad de anular un acto, de sancionar a quien lo realiza o de compensar a quien lo sufre, por más contrario a derecho que sea, no podrá acoger la pretensión respectiva. Y un corolario: no puede pretenderse un efecto en la vía equivocada. Cuando se pretende la nulidad, no hay que acudir al expediente penal ni a la demanda; cuando lo que se busca es que se sancione al infractor, el medio impugnativo

<sup>21</sup> "Los medios de impugnación son los procedimientos a través de los cuales las partes y los demás sujetos legitimados combaten la validez o la legalidad de los actos procesales o las omisiones del órgano jurisdiccional, y solicitan una resolución que anule, revoque o modifique el acto impugnado o que ordene subsanar la omisión", Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 1999, p. 328.

no es el adecuado; si lo que se quiere es ser indemnizado, no hay que pedirlo en el recurso.

Ejemplifiquemos. El juicio de amparo es improcedente, entre otros casos, contra actos dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: la carga que de ella se pretenda impugnar puede ser contraria a derecho; pero el orden jurídico impide que la pretensión pueda plantearse siquiera (artículo 73, fracción I, de la Ley de Amparo vigente). A través del juicio contencioso-administrativo no puede combatirse la carga que impone un reglamento, de acuerdo con el artículo 80., fracción IX, de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo. La resolución que decide sobre una excusa en el procedimiento civil federal es irrecurrible, al tenor del artículo 46, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Civiles, y por ello la carga resultante (soportar un juicio seguido por un juez con el vicio de la parcialidad) no puede hacerse desaparecer mediante los medios impugnativos ordinarios: apelación, denegada apelación, revocación, reposición. La resolución que otorga o niega la aclaración de sentencia no admite ningún recurso, según lo dispuesto en el artículo 358 del Código Federal de Procedimientos Penales y es así que la carga resultante no puede destruirse en vía ordinaria. El Código de Comercio previene que son irrecurribles las sentencias en negocios cuya cuantía sea inferior a doscientos mil pesos por concepto de suerte principal, sin contar los accesorios e intereses, de modo que la carga (soportar una condena o una absolución, según sea el caso) no encuentra remedio en vía de apelación. Las resoluciones que dictan las Juntas de Conciliación y Arbitraje no admiten recurso ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 848 de la Ley Federal del Trabajo. Como se ve, no basta con que haya agravio (en el sentido que se ha dicho: la estimación de que una carga es contraria a derecho); es necesario que el orden jurídico permita que la anulación de la carga pueda ser planteada.

Pretensión es querer un determinado efecto jurídico. La doctrina procesalista enseña que consta de dos elementos: el objeto y la razón. El primero es el efecto perseguido; la segunda, la afirmación de que dicho efecto es posible y de que *tiene que ser*. La eficacia de la pretensión dependerá de que el objeto sea posible jurídica y materialmente

y de que la razón sea fundada. Si cualquiera de éstos no se satisface, la pretensión será ineficaz.<sup>22</sup>

En términos generales y obviando una discusión ius-filosófica de enorme fuste,<sup>23</sup> se dice que un acto es válido cuando ha sido realizado conforme a derecho, y se cita por caso, que dicho acto haya emanado de quien tiene la atribución de realizarlo, o que se haya producido con base en el procedimiento reconocido para lograrlo, o que materialmente no contravenga ni resulte incompatible con normas de rango superior. Será inválido si no se satisfacen estas condiciones.

Hemos visto que en vía práctica pueden distinguirse once casos de alegaciones de que la carga es inmerecida. Quien alega que una carga lo agravia, alega que la carga es inválida. En efecto, cuando un individuo se inconforma con la carga producida en su contra por una autoridad y quiere librarse de ella, que se la rependa o que se le indemnice, los argumentos que puede aducir en su impugnación se traducen, todos, en sostener que la carga es contraria a derecho, *inválida*.

Así, su pretensión –impugnar, denunciar o reclamar– descansará en estos hechos: que el orden jurídico permite su pretensión, que existe una autoridad, que existe una carga, que él es quien la soporta, y que se actualiza cualquiera de las razones de invalidez que hemos visto (esto es, que la carga es contraria a derecho).

## VI. PRETENSIÓN Y ARGUMENTACIÓN

Centremos nuestro estudio en el caso de que lo que se pretende es la impugnación de un acto de poder público. Se trata de pedir la nulidad de un acto, por inválido, y hacer desaparecer la carga.

Para verlo con ejemplos extraídos de los repertorios jurisprudenciales: el decreto de extinción de Ferrocarriles Nacionales de México (emitido por el Congreso de la Unión) establece que el liquidador cuenta con facultades para desincorporar bienes de ese organismo público descentralizado, comprendidos los inmuebles, y una de las

<sup>22</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pp. 219 y ss.

<sup>23</sup> Entre otros, Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 25 y 26; Serrano, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 24-25.

vías previstas para ello es la donación a quienes tengan la condición de jubilados. Además, en ese decreto se designó como liquidador al Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, sociedad nacional de crédito, institución que también actúa como fiduciaria. Este ente nombró a un delegado fiduciario para ejecutar la desincorporación de bienes. Un grupo de jubilados solicita al liquidador y fiduciario la donación de diversos inmuebles. El delegado niega la petición.<sup>24</sup>

¿Este acto puede ser anulable a través de medios de impugnación de actos del poder público? Para sostener que sí, varias son las preguntas que deben contestarse previamente. Primero hay que determinar cuál

<sup>24</sup> Tesis de registro 178 737, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, abril de 2005, p. 736: "Ferrocarriles Nacionales de México en liquidación. El delegado fiduciario nombrado por el liquidador, al dar respuesta negativa a la solicitud de los jubilados o pensionados de que les sean donados los inmuebles a que se refiere el decreto por el que se extingue dicho organismo, emite actos de autoridad para efectos del juicio de amparo. El 4 de junio de 2001 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se extingue el organismo público descentralizado Ferrocarriles Nacionales de México, en el que se estableció que conservaría su personalidad jurídica en el proceso de liquidación y que el liquidador debería llevar a cabo la regularización y desincorporación de sus activos remanentes, inclusive las casas habitación que han estado en posesión de jubilados y pensionados de dicho organismo o sus sucesores, a través de los siguientes actos: 1) Donación, entre otros, a pensionados y jubilados. 2) Reversión al gobierno federal. 3) Enajenación, sujetándose a lo previsto por la Ley General de Bienes Nacionales y la Ley General de Asentamientos Humanos. Asimismo, se designó como liquidador al Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, el que a su vez actuó como fiduciario y con esa calidad nombró un delegado fiduciario que sería el encargado de regularizar y desincorporar tales activos. En ese sentido, se concluye que cuando el indicado delegado fiduciario da respuesta negativa a la solicitud de los jubilados y pensionados de que les sean donados los inmuebles a que se refiere el Decreto mencionado, emite actos de autoridad susceptibles de impugnarse en el juicio de garantías, en virtud de que con fundamento en la facultad de desincorporar todos los activos con que contara el organismo, puede modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica que afecta la esfera legal de los gobernados, por lo que aquél no se encuentra en un plano de igualdad con éstos, sino en uno de supra a subordinación, al imponer el mencionado organismo su voluntad sin el consenso del afectado, es decir, el delegado en uso de la relación fiduciaria ejerce facultades de decisión que le están atribuidas al fiduciario y liquidador en un decreto expedido por el Congreso de la Unión y que, por ende, constituye una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable al ser su fuente de naturaleza pública". Precedente: Contradicción de tesis 2/2005-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo y Segundo, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 18 de marzo de 2005. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Israel Flores Rodríguez.

es la pretensión; segundo, establecer si el orden jurídico la permite; finalmente, señalar las razones de hecho y de derecho.

Vamos paso a paso. La pretensión descansa en la existencia de una autoridad, de una carga y de un agravio. ¿El delegado fiduciario tiene el carácter de autoridad? En los términos que aquí se han expuesto, parece que sí: se trata de un sujeto al que el orden jurídico (el decreto de extinción y las reglas del fideicomiso) atribuye competencias justificadas en la satisfacción de necesidades de subsistencia del Estado (pues no a otra cosa forma parte un organismo descentralizado), y esas competencias son, precisamente, para decidir si desincorpora o no ciertos bienes a través de una cierta vía.

La carga, en el ejemplo, es la de soportar un estado de cosas en el que no se obtiene algo, la donación de bienes inmuebles. El agravio sería la manifestación de que ese estado de cosas no tiene por qué soportarse. Hemos visto que son once las razones que pueden ser hechas valer: los jubilados tendrían que sostener que la carga es contraria a derecho sobre la base de que el delegado fiduciario no tiene el carácter de autoridad, habida cuenta de vicios en su designación; que carece en absoluto de facultades para negarse a desincorporar bienes del organismo en extinción; que esa facultad está sujeta a una condición aún no cumplida; que ejerce atribuciones que en realidad corresponden a otro ente o funcionario; que les impone la carga sin ser el destinatario correcto; que aplica sus poderes a un hecho que no está debidamente acotado; que ejerce sus facultades desproporcionadamente; que dio la negativa sin seguir el procedimiento correspondiente; que esa competencia es contraria a una norma superior (el decreto, un reglamento, una ley, un tratado, la Constitución); que se ha dado la negativa con ausencia de fundamentación y motivación; que con la negativa se persigue un fin avieso.

Podría surtir más de una hipótesis; para efectos de claridad escogamos una al azar. Supongamos que, a juicio del grupo de jubilados, la negativa se patentizó en un documento signado por el delegado fiduciario, pero en el que no se da absolutamente ninguna razón para negar la solicitud ni se señalan qué disposiciones jurídicas le sirven de fundamento. Los jubilados sostendrían entonces que la negativa se dio con ausencia de fundamentación y motivación, y por ello resulta inválida.

He aquí la pretensión: "El acto generador de la carga es inválido, dado que carece de fundamentación y motivación y es obligación de los actos del orden administrativo el estar prolijamente fundados y motivados. Por tanto, queremos que la carga cese, y se nos conteste con fundamentación y motivación". Esta pretensión es posible, en términos del derecho positivo, vía el juicio de amparo.

Pero el que la pretensión sea posible, no lleva sin más a estimarla eficaz. La pretensión tiene que ser demostrada, en los hechos y en el derecho; y esto se logra mediante el uso de argumentos. Veámoslo esquemáticamente.

La pretensión de los jubilados es que desaparezca la negativa carente de razones del delegado fiduciario del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, sociedad nacional de crédito, lo que sólo puede lograrse, si se parte de que hay ausencia total de fundamentación y motivación, con la anulación de la misma y su sustitución por otra manifestación de su parte, pero debidamente fundada y motivada. Este es el objeto. La razón será demostrar que este objeto es posible material y jurídicamente, y que la negativa sin fundamentación ni motivación es contraria a derecho, es decir, que es inválida.

Para que el objeto pueda darse, el orden jurídico debe permitir que se produzca el efecto deseado. Vía el amparo, es posible nulificar un acto carente de fundamentación y motivación, y ordenar a su emisor que lo sustituya por otro sin defecto. Pero para que ello ocurra, además, materialmente debe ser dable el efecto anulatorio. Así, el acto tiene que existir, pues no puede nulificarse lo que existió y ya no, ni lo que existirá. Además, ha de ser cierto que el documento en que consta la negativa haya sido emitido por la autoridad y que sus destinatarios sean, precisamente, los jubilados que pretenden la nulidad. Si no fue emitido por una autoridad, sino, verbigracia, por un líder sindical, el acto no será anulable, por no ser un acto de autoridad. Si el destinatario del acto es un diverso grupo de jubilados, el acto no será anulable en beneficio de los que lo impugnan, porque la carga no la sufren ellos. Los jubilados, no sobra decirlo, tienen que existir, porque no se nulifica a favor de quien no vive ni de quien es irreal; ninguna carga pesa al fantasma. Y, por añadidura, el acto en verdad debe carecer de fundamentación y de motivación, porque si sí estuviera fundado y motivado, no podría ser nulificado por *esa* causa, la alegada en nuestro ejemplo.

Ahora, si se tiene acreditado todo lo anterior, ¿cómo demostrar que el acto impugnado es contrario a derecho? Dirán los afectados: porque se trata de un acto de autoridad que no está fundado ni motivado. Esto solo no basta. Es necesario argumentar: demostrada la ausencia de fundamento, ¿en qué se basa la afirmación de que esto es contrario a derecho? Responderán: en que el artículo 16 de la Constitución dispone que los actos de molestia que emiten las autoridades deben estar fundados y motivados. ¿Y esta disposición es aplicable al caso? Sostendrán que sí, porque el delegado fiduciario es una autoridad y su negativa constituye un acto de molestia. ¿En qué se basa la afirmación de que es una autoridad y su acto es de molestia? Tendrían que establecer la existencia de una potestad prevista en una norma y justificada en la satisfacción de necesidades de subsistencia del Estado a favor del delegado fiduciario; y establecer que la negativa de donar los bienes, siendo cierta, constituye una carga y toda carga es al menos un acto de molestia. ¿La negativa verdaderamente carece de fundamentación y motivación? Dirán: sí, porque en su texto no se cita ningún precepto ni se establece ninguna razón, y se limita a decir que se niega la solicitud. Entonces podrán concluir que la negativa del delegado fiduciario del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, sociedad nacional de crédito, es inválida (inconstitucional, en el bagaje del amparo). Y lo que sigue, si se acepta lo anterior, es pedir que la negativa inmotivada e infundada desaparezca, esto es, que sea sustituida por otra que purgue tales vicios.

## VII. RECuento

El propósito central de este trabajo ha sido mostrar la utilidad de las nociones de carga, agravio y pretensión para explicar cualquier medio impugnativo positivo de los actos del poder público que lesionan a los individuos. Para quien me haya seguido hasta aquí, creo que quedará claro que a los efectos de este ensayo, "medio de impugnación de actos del poder público" es el instrumento procesal que permite a un individuo pedir la nulidad de leyes, sentencias, actos administrativos y hasta actos meramente materiales, en tanto cuanto le imponen una carga contraria a derecho (esto es, que le infringen agravio), y que esta idea abarca, por tanto, desde los recursos ordinarios de las leyes

procesales (revocación, queja, apelación), hasta institutos más complejos, como los juicios contencioso-administrativos y el amparo.

La noción de carga es relevantísima, porque de ella se desprenden la noción de autoridad y la de su contrario, el agraviado: la primera, es la persona o corporación que crea cargas a un particular (obligarlo a ejecutar alguna cosa o a aceptar un estado de cosas), por virtud del ejercicio de potestades públicas (propias o ajenas), de omitir ejercerlas o de realizar un acto que el orden jurídico le prohíbe en atención al bien colectivo a que está obligada a resguardar; el segundo resulta ser aquel que soporta dicha carga —a la que no es inmune—, y aduce que ésta es contraria a derecho, por una o más de once posibles causas, con miras a hacer valer una pretensión específica de entre tres: nulificar la carga, denunciar al trasgresor o pedir una indemnización.

No he pretendido sino la síntesis (que estimo útil) de elementos regularmente desarticulados. Pienso que puede facilitar las cosas a los estudiantes de derecho. No obstante, pido disculpas por los yerros de pensamiento encontrados por quien haya tenido la paciencia de leer estas páginas; como dije, ya no está aquí mi padre, con quien solía discutir previamente para aclarar el discurso. En tanto, mientras aprendo en esta nueva condición a traerlo a mí a modo de atmósfera, a invitarlo a que entre en mi alma y se hospede en ella, a preguntarle y recibir sus respuestas,<sup>25</sup> dejo a ustedes mi texto.

<sup>25</sup> Reyes, Alfonso, "Oración del 9 de febrero", en *Obras completas*, México, FCE, 1990, t. XXIV, pp. 27-28.

# LA POSESIÓN DE ARMAS DE FUEGO. BREVE COMENTARIO SOBRE LA GARANTÍA INDIVIDUAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 10 CONSTITUCIONAL

Luis Norberto CACHO PÉREZ  
Patricia MORALES CANALES

*“Compatriotas. Las armas os darán la independencia, las leyes os darán la libertad”.*

Simón Bolívar<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Segunda Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos*. III. *Constitución de 1857*. IV. *Texto actual del artículo 10 constitucional*. V. *Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*. VI. *La seguridad como obligación del Estado*. VII. *Legítima defensa, derecho del gobernado*. VIII. *Comentario final*.

## I. INTRODUCCIÓN

Es derecho lo que el Estado quiere que sea derecho. En un sistema positivista como el mexicano, sólo cuando el Estado así lo decide, una norma de conducta se convierte en derecho. Sin embargo, el Estado requiere allegarse de diversos elementos para crear el derecho. No puede ser ajeno a todos los factores (propiamente jurídicos, históricos, políticos, religiosos, económicos, sociales, internacionales, entre otros) que inciden, influyen y determinan la formación de la norma jurídica.

<sup>1</sup> Gary B., Sandy, *12 500 frases célebres*, 2a. ed., México, 2007, p. 490.

Es así, que en la creación del derecho, el Estado capta valores medios imperantes en la sociedad y, a su vez, impone valores propios. En la génesis del derecho, el legislador no puede ser irresponsable. Su actuar debe responder a las necesidades y requerimientos del momento y del futuro, propios del Estado o de la sociedad.

En el caso específico de la garantía individual prevista en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debemos revisar cuál es el valor que el Constituyente decidió proteger. Y una vez integrada la norma constitucional, ese valor se convirtió en un bien jurídicamente tutelado. Para esto nos servirá revisar, en los apartados III y IV de nuestro breve comentario, los debates que se dieron, en su caso, en los congresos constituyentes de 1857 y 1917. Pero antes, haremos un rápido recorrido por la historia constitucional de los Estados Unidos, para conocer el que, en nuestra opinión, es el antecedente extranjero del artículo 10 constitucional, o sea, la Segunda Enmienda del Bill of Rights.

En la quinta parte veremos cómo, en la ley reglamentaria del artículo 10 de nuestra Constitución, es decir, en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, se regula esta materia. Señalaremos diversos supuestos donde la política de prohibición y de excesivo control existente en la ley secundaria, ha vuelto nugatoria la libertad de poseer armas de fuego, concebida por los constituyentes como una garantía individual. Las leyes ordinarias en ningún caso deben ir más allá del texto constitucional o pretender legislar de manera exagerada, hasta el punto de que desaparezca la intención del constituyente al haber previsto ese derecho fundamental.

Las últimas partes de nuestro breve comentario se refieren a la seguridad, entendida como una obligación del Estado proporcionarla, y así lo comprendieron desde el Constituyente de 1857 hasta el Constituyente Permanente actual; esto se complementa con la legítima defensa que los habitantes del país pueden ejercer como un derecho, lo que comentaremos en el apartado VII.

Es así, que en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de octubre de 1971, se prevé:

“Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con

excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.

Como reglamentaria del precepto constitucional mencionado, se expidió la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Es a esa clase de armas, las de fuego, y a su posesión en el domicilio, a lo que nos referiremos en el presente comentario. Aun cuando en el texto constitucional se menciona a las “armas”, de manera general, el legislador secundario ha regulado de manera extensa, que no siempre afortunada, a las armas de fuego, dejando otras, como las armas punzocortantes y las contundentes, con una regulación escasa y, en muchos casos, por completo omisa.

Las armas de fuego no están expresamente definidas por nuestra ley, sino que se hace un catálogo de las que pueden poseer o portar los particulares (artículo 9o. de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos), las que pueden autorizarse a los deportistas de tiro o cacería (artículo 10 de la mencionada Ley Federal de Armas de Fuego), y las armas reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea (artículo 11 de la Ley citada). Armas de fuego<sup>2</sup> son, conforme al criterio de la Secretaría de la Defensa Nacional, expre-

<sup>2</sup> Para ofrecer una bibliografía y hemerografía mínima sobre el extenso tema de las armas de fuego, se presenta una selección de libros y revistas, nacionales las menos y mayoritariamente extranjeras, en español y en inglés, que el lector interesado podrá consultar:

*Libros:*

Achard, Olivier, *El mundo de las armas. Fusiles y carabinas*, Barcelona, Ultramar, 1996; *Armas de alta tecnología*, Naucalpan, Estado de México, Corporativo Mina, 2008 (Colección Mina, núm. 34); Campisano, Nicky, *Armas largas*, Barcelona, Iberlibro, Ultramar, Javajan; *Catálogo de armas del Nuevo Milenio*, México, Corporativo Mina, 1999 (“Armamento ligero, deportivo y militar”, núm. especial 13); Covent Garden Books, *Weapon. A visual History of arms and armor*, 5a. ed., Nueva York, DK Publishing, 2006; Decourcy, Brian, *Armas cortas*, Barcelona, Iberlibro, Ultramar, Javajan; Díez, Octavio, *Armas deportivas*, Barcelona, Aboitiz-Dalmau, 2001; Díez, Octavio, *Armas deportivas. Revólveres y escopetas*, Barcelona, Aboitiz-Dalmau, 2000; Díez, Octavio, *Armas deportivas. Rifles*, Barcelona, Aboitiz-Dalmau, 2000; Donald, David y Bishop, Chris, *Combat guns*, Londres, Temple Press, Aerospace Publishing, 1987; Grant, R. G., *Warrior. A visual history of the fighting man*, Nueva York, DK Publishing, 2009; Hartink, Tom, *Enciclopedia de pistolas y revólveres*, Madrid, Edimat; Hogg, Ian V. y Batchelor, John, *The complete handgun. 1300 to the present*, Nueva York, Exeter Books, 1979; Larrea, Juan C., *Manual de armas y de tiro*, 3a. ed., Buenos Aires, Universidad, 2005; Mouret, Jean-Noël, *El mundo de las armas*.

sado en una de sus publicaciones oficiales, “*aquellas que utilizan municiones con carga de pólvora*”.<sup>3</sup> Esto excluye a las armas que, aun cuando puedan lanzar proyectiles de plomo o de acero, utilizan como medio propulsor del cartucho el aire (rifles y pistolas de diábolos o de municiones redondas sin pólvora), el CO<sub>2</sub> (rifles y pistolas para tiro deportivo), o la electricidad (pistolas para uso no letal, por parte de las corporaciones policíacas).

Ante un clima de violencia generalizada, provocada por la delincuencia organizada y la común, y en menor medida por la delincuencia política, y considerando cuál fue la intención del Constituyente, es necesario que la legislación ordinaria proporcione los medios para

*Revólveres y pistolas*, Barcelona, Ultramar, 1996; Venner, Dominique, *El mundo de los revólveres americanos*, Barcelona, Ultramar, 1997.

#### Revistas en inglés.

*45 Auto Handbook*. Broadway, Nueva York, Ikonos Press; *Gun World*, Filadelfia PA, Beckett Media; *Guns & Ammo*. Palm Coast FL, Intermedia Outdoors; *Guns Magazine*. San Diego CA, Publishers Development Corporation; *Guns & Weapons for law enforcement*. Broadway, Nueva York, Nueva York, Harris Publications; Modern Day Periodicals; *Shooting Times*, Peoria, Illinois, Intermedia, Outdoors; *Small Arms Review*. Sugar Hill Road, Harmony, Me., Moose Lake Publishing; *Soldier of Fortune*. Boulder Co, Soldier of Fortune; *Special Weapons for military & police*. Broadway, Nueva York, Harris Publications; *S.W.A.T. Weapons, tactics and training for the real world*. Ocean Ridge, FL., Group One Enterprises; *Tactical Weapons*. Broadway, Nueva York, Harris Publications.

#### Revistas en español.

*Armamento deportivo y militar*, México, Ed. Mina; *Armamento ligero, deportivo y militar*, México, Corporativo Mina; *Armas*, México, Corporativo Mina; *Armas y municiones*, Madrid, Larpress; *Catálogo de Armas*, México, Ed. Mina; *FAM. Fuerzas militares del mundo*, Madrid; *Fuerza terrestre*, Barcelona, MC Ediciones (Revista española dedicada a los ejércitos del mundo; en materia de fuerzas armadas, esta publicación periódica se complementa con *Fuerza Aérea*, revista española dedicada a la aviación militar y *Fuerza Naval*, revista española dedicada a las marinas de guerra); *Serga. Historia militar del siglo XX*, Madrid, Almena; *Todo armas*, Madrid, Algui Ediciones; *Todo seguridad*. Madrid, Mercopalabra Editores.

Igualmente, se consultaron las siguientes revistas publicadas en México, las cuales, a pesar de sus títulos, no contienen ninguna información sobre armas de fuego: *Seguridad en América*. Naucalpan, Estado de México, Ed. Seguridad en América; *Armas. Revista militar. Al servicio de las fuerzas armadas*, México, Ed. Gea. Esta última sólo contiene noticias y reportajes sobre el ejército, la armada y la fuerza aérea mexicanos.

Una revista especializada en las fuerzas armadas de América Latina es *Centuria. Siglo XXI. Publicación latinoamericana sobre el mundo de la defensa*, México, Juan Benet Noguera.

<sup>3</sup> *Glosario de términos militares*. s.l., Secretaría de la Defensa Nacional, s.a., pp. 27 y 28 (Manuales del Ejército Mexicano).

que los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos puedan, a través de la posesión de armas de fuego en sus domicilios, proveer a su seguridad y legítima defensa.

Esta garantía individual es, dicho de otro modo, un derecho fundamental. Igualmente, se le puede considerar un derecho humano, y un derecho del ciudadano. Incluso, para algunos como el liberal decimonónico Guillermo Prieto,<sup>4</sup> es un derecho natural. Para efectos de nuestro tema, baste saber que es derecho positivo y, como tal, de plena aplicación y vigencia.

Atendiendo a la naturaleza esencialmente jurídica de este breve comentario, no ahondaremos en situaciones relacionadas con el artículo 10 constitucional y su ley reglamentaria, en las cuales influyen diversas clases de causas extrajurídicas. Sin embargo, los tres siguientes casos, y en especial los dos primeros, tienen un claro origen en la entrada en vigor de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, desde 1972. Los ejemplos que deseamos destacar son:

- a) El monopolio estatal que, de hecho, ejerce la Secretaría de la Defensa Nacional, en materia de venta de armas. A pesar de que en la Ley de Armas de Fuego y Explosivos se prevé que los particulares puedan ejercer el comercio de armas de fuego, en las pocas armerías abiertas al público que fue posible encontrar durante el desarrollo de nuestra investigación, únicamente se venden cartuchos, pero no armas de fuego. En 1972, al entrar en vigor la ley reglamentaria del artículo 10 constitucional, se cerraron las armerías existentes, que hasta entonces vendían armas de fuego, y las que han sido autorizadas después durante todos estos años, sólo venden cartuchos. El comercio de armas de fuego está previsto en los artículos 37, 40, 41, fracción I, inciso a), 42, fracción I, 45, 49, 50 y 53 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

<sup>4</sup> Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Edición acordada en Veracruz, por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, 1916, p. 189.

Francisco Zarco, diputado constituyente en 1857, como cronista del Congreso Constituyente de 1857, además de la *Historia*, escribió *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, y fue el encargado de recopilar las *Actas Oficiales y minutario de decretos del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*.

- b) El procedimiento para que un particular pueda adquirir un arma de fuego, comprándola en la Secretaría de la Defensa Nacional, es tardado y complejo. Esto puede provocar que el particular abandone el trámite, con lo que su derecho a la posesión de armas de fuego se ve conculcado. Además, lo anterior va en contra de la política de desregulación administrativa y mejora regulatoria que ha llevado a cabo el gobierno federal. Al particular se le exigen mayores requisitos que los actualmente previstos en los artículos 45 a 60, que integran el “Capítulo VI. De la compraventa” del Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; específicamente, en el artículo 50 se señalan los requisitos que los comerciantes autorizados solicitarán al particular que adquiera un arma de fuego.
- c) El acceso a una bibliografía y hemerografía especializada es bastante restringido. Libros y revistas, nacionales y extranjeros, que hace años era común encontrar en librerías y hasta en puestos de periódicos, el día de hoy son muy difíciles de encontrar y, en muchos casos, sólo pueden ser adquiridos fuera del país. Resultaría aplicable, por lo menos en parte, el artículo 50. de la citada Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos:

“Artículo 50. El Ejecutivo Federal, los gobiernos de los estados, del Distrito Federal y los ayuntamientos, realizarán campañas educativas permanentes que induzcan a reducir la posesión, la portación y el uso de armas de cualquier tipo.

Por razones de interés público, sólo se autorizará la publicidad de las armas deportivas para fines cinegéticos y de tiro, en los términos del Reglamento de esta Ley”.

Las anteriores situaciones, que van más allá de lo jurídico, pueden deberse a diversos factores, pero debe ser algo indiscutible que el espíritu de prohibición y excesivo control que existe en la legislación ordinaria, permea en todas las actividades relacionadas con las armas de fuego.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Al revisar el Catálogo de la *Armería Búfalo*, México, s.e., circa 1970 (una de las armerías que hasta 1972 existían en la Ciudad de México), se encuentran armas de fuego que podían ser adquiridas por particulares y que actualmente están reservadas para el uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea. Algunos ejemplos son:

## II. SEGUNDA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

“Para preservar la libertad, es esencial que todo el cuerpo social esté siempre en posesión de armas y se enseñe a todos por igual, en especial cuando son jóvenes, cómo usarlas”.

Richard Henry Lee, 1788, firmante de la Declaración de Independencia y miembro del Primer Senado, que aprobó la Bill of Rights.<sup>6</sup>

Una de las legislaciones extranjeras que más ha influido en nuestro derecho, además de la española y la francesa, es la de los Estados Unidos de América, sobre todo en materias como el derecho constitucional. Es así, que la forma de gobierno y la división de poderes, por poner dos ejemplos, son muy similares en las constituciones y leyes de México y de Estados Unidos.<sup>7</sup> Pero el caso que deseamos

- a) Pistolas: calibre 380, marca Star; calibre 38 súper automática, marca Llama; calibre 38 súper automática, marca Star; calibre 380, marca Llama; calibre 9 mm. automática, marca Browning; calibre 380, marca Mauser; calibre 9 mm, marca Walter P-38; calibre 9 mm. parabelumm, marca Luger; calibre 9 mm, marca Smith and Wesson, modelo de doble acción; calibre 38, marca Colt, modelo Súper; calibre 38, marca Colt, modelo Súper Match; calibre 38, marca Colt, modelo Comando.
- b) Revólveres: calibre 38 special, marca Ruby-Extra; calibre 38 special, marca Smith and Wesson, modelo M.P.; calibre 38 special, marca Smith and Wesson, modelo Chief; calibre 357 magnum, marca Smith and Wesson; calibre 44 magnum, marca Smith and Wesson.
- c) Rifles: calibre 30-06, marca Weatherby Magnum (actualmente sólo para caza mayor); calibre 270, marca Weatherby Magnum (igualmente, sólo autorizado para caza mayor).
- d) Escopetas: calibre 16, marca Stevens calibre 20, marca Beretta.
- e) Carabina: calibre 30-30, marca Winchester.

Por supuesto no aparece la pistola calibre 45, marca Colt, que en ese tiempo era, según la terminología militar de entonces, “reglamentaria” del ejército.

<sup>6</sup> McNab, Chris, *Atlas ilustrado de armas de fuego militares y deportivas del siglo XX*, Madrid, Susaeta, s.a., p. 6.

<sup>7</sup> La organización del gobierno de los Estados Unidos, incluyendo al Poder Legislativo y a los tribunales, puede consultarse en: Farah Gebara, Mauricio y Serna de la Garza, José María, *La institución parlamentaria en América del Norte y su impacto en el quehacer político de México*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, LVI Legislatura, Cámara de Diputados, 1987 (Enciclopedia Parlamentaria de México. Serie IV. El Congreso y las políticas nacionales, vol. II, El Congreso de la Unión y la política económica de México,

destacar es, dentro de los derechos individuales de los gobernados, el de la posesión de armas de fuego.<sup>8</sup>

Las 13 colonias inglesas establecidas en Norteamérica regulaban su gobierno local, a finales del siglo XVII, conforme al derecho inglés y al principio de subordinación, a través de los instrumentos denominados “cartas”. Es de mencionarse, como ejemplo de una de estas “cartas”, la Virginia Company of London. Sin embargo, el ataque a las libertades individuales que sufrieron los habitantes de las colonias, con motivo de diversas disposiciones previstas en las leyes del reino inglés, provocó su lucha de independencia.

La Declaración de Independencia de las 13 colonias fue firmada el 4 de julio de 1776. Durante el transcurso de la guerra que sostuvieron las colonias contra Inglaterra para lograr su independencia, en julio de 1778 fue elaborado el documento denominado “Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”, en el cual se estableció que la forma de gobierno de las colonias durante la guerra, sería el de una confederación. Cuando la lucha contra los ingleses terminó, fue evidente la debilidad de ese gobierno emanado de los “Artículos de la Confederación” y su necesidad de optar por otra forma de gobernar al naciente país.

Es así, que la Confederación era una unión de estados independientes y soberanos, sin que tuviera un gobierno nacional, con soberanía y poder sobre los estados miembros. Aun cuando tenía un Congreso, no tenía Poder Ejecutivo ni Poder Judicial.

El primer gobierno nacional que tuvo Estados Unidos, constituido como una Confederación, fue incapaz de unificar en una sola nación a las 13 colonias originarias. Esto provocó que se pensara en otra forma de gobierno, para lo cual se reunió en Filadelfia, con

t. 2); Fribourg, Marjorie G., *La Suprema Corte en la historia de los Estados Unidos de América. Diez fallos celebres. El pueblo, los tiempos y los sucesos*. Trad. Francisco Gómez Palacio, del original en inglés *The Supreme Court in American History. Ten great decisions*, México, Limusa, 1966; Meador, Daniel John, *Los tribunales de los Estados Unidos*. Trad. Thomas W. Bartenbach, México, Pereznieta, 1995; Schroeder, Richard C., *Perfil del gobierno norteamericano*, s.l., Servicio Informativo y Cultural de los EUA, 1990; Wilson, James Q., *El gobierno de los Estados Unidos*. Trad. Juan Naves Ruiz, del original en inglés, *American Government*, México, Limusa, 1992.

<sup>8</sup> Un comentario sobre la regulación actual en materia de armas de fuego en Estados Unidos, puede verse en Aguilar V., Rubén y Castañeda, Jorge G., *El narco: la guerra fallida*, México, Santillana, 2009, pp. 65-81.

la representación de nueve estados, la Convención Constitucional el 25 de mayo de 1787, expidiéndose la carta fundamental el 4 de marzo de 1789. La Convención estudió los siguientes documentos y propuestas:<sup>9</sup>

- a) Plan de Virginia. Fue propuesto por Edmund Randolph, en representación de la delegación de ese estado. Corregía la integración de la Confederación, y proponía un nuevo gobierno nacional, formado por poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, estando la legislatura integrada por dos cámaras, las cuales representarían proporcionalmente a los estados.
- b) Un plan de oposición de Nueva Jersey. Fue propuesto por William Paterson, a nombre de los estados pequeños (Connecticut, Delaware, Maryland y Nueva Jersey), en oposición a los estados grandes (Massachusetts, Pennsylvania, Virginia, las dos Carolinas y Georgia), estando los otros estados divididos o ausentes (Nueva York, Nueva Hampshire y Rhode Island). Se apoyaba la continuidad de la Confederación, pero proponía que se confiriera al Congreso las facultades de imponer contribuciones y regular el comercio interestatal y con el extranjero y designar un poder ejecutivo plural sin veto.
- c) Pacto de Connecticut. Se especificaba que el número de delegados fuese proporcional a la población en la cámara baja, teniendo cada estado un voto en el Senado.

La Convención Constitucional acordó que la representación de cada uno de los estados, en la cámara baja, debería basarse en el total de su población blanca y en las tres quintas partes de su población

<sup>9</sup> Para la historia de la Constitución y del Bill of Rights hemos seguido a: Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005; Morris, Richard B., *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, trad. Antonio Guzmán Balboa, del original en inglés *Basic documents in American History*, publicado por D. Van Nostrand, en Princeton, 1a. ed., México, Limusa, 1986, pp. 78-112; Motano Pahissa, Ángela y Velasco Márquez, Jesús, *EUA. Documentos de su historia política*, t. I, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 1988, pp. 261-296; Steele Commager, Henry, *Documentos básicos de la historia de los Estados Unidos de América*, s.l., Servicio de Información de los Estados Unidos, s.a., pp. 9-16.

de color, y admitía el principio de que cada estado debía tener un voto igual en el Senado.

El proyecto final de Constitución fue preparado por el gobernador Morris. Nueva Hampshire, el noveno estado que era necesario para que la Constitución entrara en vigor, la ratificó el 21 de junio de 1788. Sin embargo, los autores de la Constitución no incluyeron en ese documento una Declaración de Derechos. La razón no fue indiferencia hacia los derechos fundamentales, sino la idea imperante de que, toda vez que la Constitución no concedía concretamente atribuciones en materias como la libertad de prensa o de reunión, por ejemplo, no era necesario afirmar que no existían tales atribuciones. Las convenciones de cinco estados, reunidas para la ratificación de la Constitución, habían insistido en la necesidad de hacer enmiendas inmediatas a la misma, y en el primer Congreso, James Madison propuso doce enmiendas, de las cuales los estados ratificaron diez, que integraron la Declaración de Derechos, la cual se incorporó a la Constitución el 15 de diciembre de 1791.

La necesidad de la Declaración de Derechos era clara: el pueblo norteamericano quería que sus derechos se proclamaran concretamente en la Constitución. Es así, que poco después de que James Madison presentara la mencionada larga Declaración de Derechos como enmienda a la Constitución, se aprobaron 10 enmiendas por el Congreso. Fueron ratificadas por los estados e incorporadas a la Constitución y se les dio el título de Declaración de Derechos o Bill of Rights. La mayoría de ellas estaban formuladas como limitaciones impuestas al gobierno, actos que el gobierno nacional no podía hacer. Con el tiempo se interpretó que, en general, eran también de aplicación a los gobiernos estatales, puesto que constituyen derechos del pueblo frente a la autoridad. La mayoría de los estados de la Unión Americana tienen una Declaración de Derechos como parte de su Constitución estatal o en forma de enmiendas a ella. Por lo anterior, puede decirse que todos los ciudadanos de Estados Unidos gozan de la protección de la Declaración de Derechos contra cualquier autoridad de los condados, gobiernos estatales o gobierno federal. Después de la expedición de esas 10 enmiendas originales, se fueron añadiendo otras, hasta el siglo XX. En la Segunda Enmienda se prevé lo siguiente:

“Artículo Segundo. Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre, no se violará el derecho del pueblo de poseer y portar armas”.

Ha sido una constante, en la conciencia del pueblo norteamericano y en la responsabilidad de todos sus gobiernos, que es un derecho fundamental para todo ciudadano de Estados Unidos, el poseer y portar armas de fuego.<sup>10</sup> Es un valor medio imperante en la sociedad y, como tal, los intentos de restringir esa libertad son siempre rechazados y nulificados.

El caso más reciente que podemos mencionar es el ocurrido en junio de 2010, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que el derecho a portar armas, previsto en la Segunda Enmienda de la Constitución, debe ser plenamente respetado por todos los estados y ciudades del país. De esta manera, la Corte declaró inconstitucional una prohibición para portar armas cortas, existente en Chicago y en Oak Park, Illinois. Se ratificó que el derecho a portar armas es una garantía fundamental y que debe respetarse por todos los niveles de gobierno (federal, estatales y condados).<sup>11</sup>

La Segunda Enmienda es el antecedente extranjero de nuestra garantía individual para poseer y portar armas. Los autores del Bill of Rights reconocieron, como después en México lo hicieron los diputados constituyentes de 1857 y de 1917, que el acceso a las armas, en general y, como consecuencia, a las de fuego, en especial, es un derecho fundamental a favor del pueblo (como lo dice el Bill of Rights de los Estados Unidos), de todo hombre (como aparece en la Constitución mexicana de 1857), o de todos los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos (como se prevé en nuestro texto constitucional actual).

<sup>10</sup> Resulta ilustrativo el siguiente reportaje: Esquivel, J. Jesús, “¿Qué calibre quiere?”, en *Proceso*, México, 24 de mayo de 2009, núm. 1699, pp. 6-11. Anunciado en la revista como “Reporte Especial”, el reportaje sobre la exposición y venta de armas de fuego, organizada en el Centro de Convenciones de Phoenix, Arizona, del 15 al 17 de mayo de 2009, de manera conjunta con la 138 Reunión Anual de la Asociación Nacional del Rifle, incluyó la portada (donde se anunció como “De shopping en Phoenix...”), seis páginas interiores y diversas fotografías de las armas presentadas.

<sup>11</sup> “El Supremo de EE UU confirma el derecho de los ciudadanos a portar armas”, en el diario electrónico español *20 Minutos*. Consulta hecha el 28 de junio de 2010 en la página de Internet, [www.20minutos.es/noticia/750334/0/supremo/portar/armas](http://www.20minutos.es/noticia/750334/0/supremo/portar/armas).

### III. CONSTITUCIÓN DE 1857

*“Las armas (...) tienen por objeto y fin la paz, que es el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida”.*

Miguel de Cervantes<sup>12</sup>

El antecedente directo del actual artículo 10 constitucional, lo encontramos en el artículo 10 de la Constitución de 1857, promulgada el 5 de febrero de ese año. El texto aprobado por el Constituyente es el siguiente:<sup>13</sup>

“Artículo 10. Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibidas y la pena en que incurrirán los que las portaren”.

Este artículo fue presentado como artículo 60. del proyecto de Constitución, y se aprobó como 10, en la sesión del 17 de julio de 1856. La primera parte del artículo fue aprobada por 67 votos contra 21, y la segunda por 58 contra 21. Durante toda la vigencia de la Constitución de 1857, el artículo 10 no tuvo ninguna reforma.<sup>14</sup>

Para tener un mejor panorama sobre el debate en el Constituyente, hemos transcrito, de manera completa, la crónica que hace Francisco Zarco, quien fue uno de los diputados constituyentes participantes en la discusión del proyecto del artículo 10. El objeto de revisar las opiniones expresadas por los diputados de 1857, es saber cuáles fueron sus motivos para plasmar este derecho fundamental, lo que

<sup>12</sup> Cervantes, Miguel de, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, México, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004, Primera parte, Capítulo XXXVII, p. 395 (Edición del IV Centenario).

<sup>13</sup> *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1857, p. 5.

<sup>14</sup> Para este capítulo hemos utilizado: *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. III. *Antecedentes y evolución de los artículos 10. a 15 constitucionales*, 2a. ed., México, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, L. Legislatura, Manuel Porrúa, 1978, pp. 659-667; Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1985*, 13a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 595-629; Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857...*, op. cit., pp. 148-151.

nos llevará a conocer la intención del Constituyente y el espíritu de la disposición constitucional.

“Sesión de 17 de julio de 1856. Empeñose un largo debate en que mediaron unos veintidós discursos. Impugnaron el artículo los Sres. Barragán, Zarco, Cerqueda, Villalobos y Ruiz; lo defendieron los Sres. Cendejas, García Granados, Prieto, Arriaga, Ramírez, Moreno, Gamboa, Olvera y Guzmán. Los impugnadores temían mucho que se abusara de ese derecho concedido de una manera absoluta, y querían que el pueblo estuviese armado en defensa de sus derechos, pero en la guardia nacional. El Sr. Barragán proponía esta nueva redacción: todo hombre tiene el derecho de portar armas. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho. El Sr. Zarco, sin oponerse a que todos los hombres anden armados en los caminos, y a que en las fronteras todos puedan defenderse de los bárbaros, cree indigno de una nación civilizada que la Constitución declare que el poder público no puede amparar a los hombres, y que éstos necesitan defenderse por sí mismos; le parece que esto es más propio de una ley secundaria o de un reglamento de policía, que de una Constitución; y teme que en lo de adelante ya no haya reyertas de palabras, sino que la menor disputa se decida a estocadas y a balazos, y teme también el abuso que las facciones que quieran extraviar al vulgo, pueden hacer uso de este derecho.

El Sr. García Granados no teme ningún mal, puesto que los ladrones ya están armados, y que se trata de armar a los que tienen que defenderse de ellos.

El Sr. Prieto cree que los temores nacen de pura imaginación, que se trata del derecho natural, y que reglamentando este derecho por la ley, no hay que temer ningún abuso.

El Sr. Cerqueda no se tranquiliza con estas explicaciones.

El Sr. Ramírez definiendo al hombre como un animal imperfecto, cree que las armas remedian el defecto de su debilidad, como las ciencias el de su ignorancia, como la moral el de su inclinación a lo malo. Se opone a que se monopolice la fuerza como se opone a que se monopolice la ciencia y la virtud, y propone como adición que se diga que todos los hombres tienen obligación de tener sus armas para el servicio público.

El Sr. Moreno acepta esta idea; pero no está por restricciones que puedan nulificar el derecho.

El Sr. Arriaga comenta extensamente el artículo, nota que el proyecto da a los ciudadanos el derecho de pertenecer a la guardia nacional, no teme que las restricciones nulifiquen la ley, porque ésta debe ser expedida por el Congreso. Cree conveniente que se declare cuáles son las armas prohibidas. Sostiene el derecho de legítima defensa, y es por fin, el orador que con mejores razones y menos exageraciones defiende el artículo.

El Sr. Villalobos refuta los argumentos del Sr. Ramírez, y observa que, concedido el derecho con tanta latitud, el derecho de reunión y el electoral se ejercerán con las armas en la mano.

El Sr. Cedejas pronunció un extensísimo discurso, en que se mostró muy poco indulgente, no sólo con los impugnadores, sino también con los defensores del artículo. Los primeros que hablan de policía y de leyes secundarias, desnaturalizan la cuestión, la ven bajo un aspecto que no tiene, y no se remontan a los que el orador llama filosofía del derecho constitucional. Entre los segundos el Sr. Ramírez no queda muy bien parado, pues aunque inició bien la cuestión, como se permitió una que otra ironía, el Sr. Cedejas le echa en cara su falta de circunspección y el haberse apartado de la verdadera filosofía. El orador se encumbra poco a poco a la región de las abstracciones, donde humildemente confesamos que no puede seguirlo ni nuestra inteligencia, ni nuestra pobre pluma de cronista. Cree que se trata de la emancipación del género humano, y en su entusiasmo compara el art. 5o. del proyecto en sus resultados morales, con los que en el mundo físico tuvo el descubrimiento de la América.

Sostiene que en las sociedades modernas el hombre debe estar armado, se detiene en consideraciones filosóficas sobre lo que es un fusil, sobre las armas primitivas, que debieron ser las uñas y los dientes, y por fin llega a decir que los pueblos serán felices cuando no necesiten soldados que los protejan, ni médicos que los curen, ni abogados que los defiendan, ni sacerdotes que los encomienden a Dios. El artículo se divide en partes y todavía sigue un debate muy reñido, en que fulgura el entusiasmo del Sr. Prieto, presentando notable contraste con las tranquilas objeciones del Sr. Ruiz. El Sr. Cedejas vuelve a la liza; se opone a toda restricción, quiere el derecho enteramente absoluto, y al fin entre su señoría y el Sr. Villalobos se entabla un vivo diálogo sobre si hay contradicción en dar el derecho absoluto y en restringirlo para los actos electorales. Debemos añadir que en muchos discursos hubo el tecnicismo de las circunstancias, esto es, que se habló de puñales, dagas, espadas, sables, trabucos, tranchetes, verdugillos, rifles, pistolas, escopetas de viento, piedras, reatas, culebrinas, alabardas, tijeras, corta-plumas, navajas, estiletos y cuanto ha inventado la industria humana para destruir a los hombres, o para defenderlos, que es de lo que ayer se trataba”.

Los diputados constituyentes que votaron en contra del artículo fueron: Juan B. Barragán, Francisco Zarco, Juan N. Cerqueda, Francisco Villalobos y Joaquín Ruiz.

Los diputados que votaron a favor del artículo fueron: Francisco de P. Cedejas, Joaquín García Granados, Guillermo Prieto, Ponciano

Arriaga, Ignacio Ramírez “El Nigromante”, Espiridión Moreno, José Antonio Gamboa, Isidoro Olvera y León Guzmán.

Toda vez que el artículo fue aprobado por mayoría, debemos revisar las opiniones que se emitieron a favor y que fueron, al final, las que prevalecieron para su aprobación. Dichas opiniones las podemos resumir de la siguiente forma y son, en consecuencia, la intención del Constituyente, que se subsume en el texto constitucional:

- a) Joaquín García Granados: “No teme ningún mal, puesto que los ladrones ya están armados, y que se trata de armar a los que tienen que defenderse de ellos”.
- b) Guillermo Prieto: “Cree que los temores nacen de pura imaginación, que se trata del derecho natural, y que reglamentando este derecho por la ley, no hay que temer ningún abuso”.
- c) Ignacio Ramírez, llamado “El Nigromante”: “Definiendo al hombre como un animal imperfecto, cree que las armas remedian el defecto de su debilidad; se opone a que se monopolice la fuerza”.
- d) Espiridión Moreno: “No está por restricciones que puedan nulificar el derecho”.
- e) Ponciano Arriaga: “Sostiene el derecho de legítima defensa”.
- f) Francisco de P. Cedejas: “Sostiene que en las sociedades modernas el hombre debe estar armado; se opone a toda restricción, quiere el derecho enteramente absoluto”.

De lo anterior, consideramos que el Congreso Constituyente de 1857 tuvo presente, al establecer el derecho de posesión y portación de armas, que el mismo no debe implicar restricción alguna, que los hombres deben armarse para el ejercicio de la legítima defensa, y que el gobierno no debe tener el monopolio de la fuerza. Al tener por objeto la legítima defensa, ésta protege la integridad personal y la vida. Entonces, en última instancia, es a la vida, el bien jurídicamente tutelado más valioso, lo que se subsume en el texto del artículo 10 de la Constitución de 1857. Lo anterior fue la intención del Constituyente y el espíritu del texto de esta disposición constitucional.

IV. TEXTO ACTUAL  
DEL ARTÍCULO 10 CONSTITUCIONAL<sup>15</sup>

“*Cedant arma togae*” (Que las armas cedan a la toga)

Marco Tulio Cicerón<sup>16</sup>

Pretender aplicar un criterio similar al que usamos para el caso de la Constitución de 1857, en la de 1917, para saber cuál fue la intención del Constituyente, no es posible, toda vez que, como veremos adelante, el artículo respectivo fue aprobado sin discusión. Por lo tanto, al no haberse dado un debate, como en el caso del Congreso de 1857, sólo podemos revisar el dictamen respectivo.

En el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechado en Querétaro el 1 de diciembre de 1916, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista propuso el siguiente texto para la libertad de poseer y portar armas:<sup>17</sup>

“Artículo 10. Los habitantes de la República Mexicana son libres de poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley, y de las que la nación reserve para el uso exclusivo del ejército, armada y guardia nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía”.

<sup>15</sup> Para un panorama general sobre el artículo 10 constitucional, véase Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 25a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 394-398; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 96-99; García, Genaro, *Nociones de derecho constitucional ajustadas a la Constitución de 1917*, 3a. ed., México, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1920, pp. 31 y 32; García Ramírez, Efraín, *Armas. Análisis jurídico de los delitos contemplados en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*, 5a. ed., México, Sista, 2005, XXV, 407; Góngora Pimentel, Genaro David y Acosta Romero, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente. Doctrina. Jurisprudencia*, 4a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 275-277; Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*. t. I. Artículos 1-29, 17a. ed., México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 160-167; Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías Individuales*, 8a. ed., facsimilar de la edición de 1873, México, Porrúa, 1991, pp. 310-315; Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 617 y 618.

<sup>16</sup> García-Pelayo y Gross, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado 1995*, 19a. ed., México, Larousse, 1994, p. IV.

<sup>17</sup> *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. III, op. cit., p. 663.

Se presentó como artículo 10 del Proyecto de Constitución, y en la 17a. Sesión Ordinaria, celebrada la tarde del martes 19 de diciembre de 1916, se leyó el siguiente dictamen:<sup>18</sup>

“Ciudadanos diputados:

El derecho de portación de armas aparece mejor establecido en el artículo 10 del proyecto de Constitución, que en la de 1857, pues se sujeta ese derecho, dentro de las poblaciones, a los reglamentos de policía, y se prohíbe a los particulares usar la misma clase de armas que el Ejército, Armada y Guardia Nacional. Proponemos, por tanto, se apruebe el:

Artículo 10. Los habitantes de la República Mexicana son libres de poseer armas de cualquiera clase para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la nación reserva para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía. Querétaro de Arteaga, 16 de diciembre de 1916. General Francisco J. Múgica. Alberto Román. L. G. Monzón. Enrique Recio. Enrique Colunga”.

Se abrió el dictamen a discusión y no hubo ningún diputado que quisiera hacer uso de la palabra. Por lo tanto, habiéndose aplazado la votación, ese mismo día se procedió a la misma, resultando que en votación nominal y por unanimidad se aprobó el artículo 10 del proyecto de Constitución, presentado por el ciudadano Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. El texto original, aprobado por los Constituyentes de 1917, es:<sup>19</sup>

“Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la Nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía”.

<sup>18</sup> *Diario de los debates del Congreso Constituyente*, t. I, núm. 30, Querétaro, 19 de diciembre de 1916, 17a. sesión ordinaria, pp. 557 y 558.

<sup>19</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edición oficial*, México, Secretaría de Gobernación, 1917, p. 8.

Del Dictamen presentado, como puede apreciarse, no es posible derivar ninguna conclusión. Las motivaciones y las ideas de los diputados constituyentes de 1917, respecto del artículo 10, no quedaron por escrito. Igualmente, fuera de lo que existe en el Diario de Debates, tampoco hemos encontrado una fuente secundaria o paralela, como pudiera ser la narración de un cronista, sobre la intención del Congreso Constituyente en la redacción y aprobación de este artículo en especial. Luego entonces, consideramos que se conserva el espíritu de los constituyentes del 57: la libertad de poseer y portar armas protege, en última instancia, la integridad personal y la vida de los habitantes del país. Las armas que se posean en el domicilio tienen por objeto la seguridad y legítima defensa, y ésta busca resguardar la vida y la integridad de las personas.

El 28 de diciembre de 1967 el Ejecutivo Federal presentó en el Senado, como Cámara de origen, una Iniciativa de reforma al artículo 10 constitucional. La reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de octubre de 1971, siendo este el texto vigente:

“Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrán autorizar a los habitantes la portación de armas”.

La reforma constitucional entró en vigor en la misma fecha en que lo hizo la ley federal reglamentaria que se menciona en el propio artículo 10 reformado. Dicha ley es la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo de 1972, en vigor 15 días después de su publicación.

En nuestra opinión, lo que se garantiza, en última instancia, en el artículo 10 constitucional, es la vida. Es cierto que la posesión de armas en el domicilio tiene por objeto la seguridad y legítima defensa. Pero esa defensa es para proteger un bien jurídicamente tutelado, como es la integridad personal y la propia vida. En un orden lógico y jurídico, la vida es el bien jurídicamente tutelado más valioso jerárquicamente, es la base y presupuesto de los demás bienes jurídicos que puede tener el ser humano. Al prever la garantía individual de la

libertad y el derecho a poseer armas, el Estado reconoce como válido que el individuo tiene la facultad de defender su propia vida contra una agresión. En este precepto constitucional se subsume la idea de ejercer un derecho, como lo es la legítima defensa, para conservar la propia vida o la de terceros que se encuentren en el domicilio.

#### V. LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS

“Si queremos gozar la paz, debemos velar bien las armas; si deponemos las armas, no tendremos jamás paz”.

Marco Tulio Cicerón<sup>20</sup>

Antes de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el único ordenamiento federal que reguló a las armas de fuego lo encontramos en la Ley que Reglamenta la Portación de Armas de Fuego, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de febrero de 1943. Expedida por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la Unión y durante la suspensión de garantías individuales, con motivo de la Segunda Guerra Mundial, sus principales regulaciones fueron: a) Sólo la Secretaría de la Defensa Nacional, con exclusión de cualquier otra autoridad federal o local, podía expedir licencias para portar armas de fuego. b) No sería necesaria la licencia, cuando la portación del arma de fuego se hiciera en cumplimiento de una obligación o en ejercicio de un derecho fijado en las leyes militares. c) Las armas que fueran autorizadas para ser portadas, en ningún caso podían ser de las “reglamentarias para el Ejército Nacional” (artículo 4o. de la comentada Ley que Reglamenta la Portación de Armas de Fuego). d) Las licencias serían particulares y oficiales. e) Las licencias particulares eran las expedidas a personas que no desempeñaran puestos oficiales y que por la naturaleza de sus ocupaciones habituales, necesitaran portar armas de fuego. f) Las licencias oficiales se otorgaban a los que

<sup>20</sup> Gran parte de la obra de Marco Tulio Cicerón, traducida al español, puede consultarse en diversos volúmenes de la Bibliotheca Scriptorvm Graecorvm et Romanorum Mexicana, publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México.

desempeñaran “cargos públicos” (artículo 8o. de la mencionada Ley). g) En el artículo 32 se establecía una facultad de requisa, de la siguiente forma: “Artículo 32. El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de la Defensa Nacional, podrá ordenar, cuando las circunstancias lo reclamen, requisa de armas de fuego”.

Es hasta la vigente Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo de 1972, que se expide una ley reglamentaria del artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>21</sup> En seguida, reproducimos los artículos 9o. (armas que un particular puede poseer o portar), 10 (armas que pueden autorizarse a los deportistas de tiro o cacería) y 11 (armas reservadas para el uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea) de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos:

“Artículo 9o. Pueden poseerse o portarse, en los términos y con las limitaciones establecidas por esta Ley, armas de las características siguientes:

I. Pistolas de funcionamiento semi-automático de calibre no superior al .380 (9 mm), quedando exceptuadas las pistolas calibres .38 Súper y .38 Comando, y también en calibres 9 mm las Mausser, Luger, Parabellum y Comando, así como los modelos similares del mismo calibre de las exceptuadas, de otras marcas.

II. Revólveres en calibres no superiores al .38 Especial, quedando exceptuado el calibre .357 Magnum.

Los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, fuera de las zonas urbanas, podrán poseer y portar con la sola manifestación, un arma de las ya mencionadas, o un rifle de calibre .22, o una escopeta de cualquier calibre, excepto de las de cañón de longitud inferior a 635 mm (25), y las de calibre superior al 12 (.729 o 18.5 mm).

III. Las que menciona el artículo 10 de esta Ley.

IV. Las que integren colecciones de armas, en los términos de los artículos 21 y 22”.

“Artículo 10. Las armas que podrán autorizarse a los deportistas de tiro o cacería, para poseer en su domicilio y portar con licencia, son las siguientes:

I. Pistolas, revólveres y rifles calibre .22, de fuego circular.

II. Pistolas de calibre .38 con fines de tiro olímpico o de competencia.

III. Escopetas en todos sus calibres y modelos, excepto las de cañón de longitud inferior a 635 mm (25), y las de calibre superior al 12 (.729 o 18.5 mm).

IV. Escopetas de tres cañones en los calibres autorizados en la fracción anterior, con un cañón para cartuchos metálicos de distinto calibre.

V. Rifles de alto poder, de repetición o de funcionamiento semi-automático, no convertibles en automáticos, con la excepción de carabinas calibre, 30, fusil, mosquetones y carabinas calibre .223, 7 y 7.62 mm y fusiles Garand calibre .30.

VI. Rifles de alto poder de calibres superiores a los señalados en el inciso anterior, con permiso especial para su empleo en el extranjero, en cacería de piezas mayores no existentes en la fauna nacional.

VII. Las demás armas de características deportivas de acuerdo con las normas legales de cacería, aplicables por las secretarías de Estado u organismos que tengan injerencia, así como los reglamentos nacionales e internacionales para tiro de competencia.

A las personas que practiquen el deporte de la charrería podrá autorizárseles revólveres de mayor calibre que el de los señalados en el artículo 9o. de esta Ley, únicamente como complemento del atuendo charro, debiendo llevarlos descargados”.

“Artículo 11. Las armas, municiones y materia para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son las siguientes:

a) Revólveres calibre .357 Magnum y los superiores a .38 Especial.

b) Pistolas calibre 9 mm. Parabellum, Luger y similares, las .38 Súper y Comando, y las de calibres superiores.

c) Fusiles, mosquetones, carabinas y tercerolas en calibre .223, 7 mm, 7.62 mm y carabinas calibre .30 en todos sus modelos.

d) Pistolas, carabinas y fusiles con sistema de ráfaga, sub-ametralladoras, metralletas y ametralladoras en todos sus calibres.

e) Escopetas con cañón de longitud inferior a 635 mm (25), las de calibre superior al 12 (.729 o 18.5 mm) y las lanzagases, con excepción de las de uso industrial.

f) Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales como trazadores, incendiarios, perforantes, fumígenos, expansivos de gases y los cargados con postas superiores al 00 (.84 cm de diámetro) para escopeta.

<sup>21</sup> “Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos”, en *Legislación militar*, t. IV, s.l., Secretaría de la Defensa Nacional, s.a., pp. 5-36.

- g) Cañones, piezas de artillería, morteros y carros de combate con sus aditamentos, accesorios, proyectiles y municiones.
- h) Proyectiles-cohete, torpedos, granadas, bombas, minas, cargas de profundidad, lanzallamas y similares, así como los aparatos, artificios y máquinas para su lanzamiento.
- i) Bayonetas, sables y lanzas.
- j) Navíos, submarinos, embarcaciones e hidroaviones para la guerra naval y su armamento.
- k) Aeronaves de guerra y su armamento.
- l) Artificios de guerra, gases y sustancias químicas de aplicación exclusivamente militar, y los ingenios diversos para su uso por las fuerzas armadas.

En general, todas las armas, municiones y materiales destinados exclusivamente para la guerra.

Las de este destino, mediante la justificación de la necesidad, podrán autorizarse por la Secretaría de la Defensa Nacional, individualmente o como corporación, a quienes desempeñen empleos o cargos de la Federación, del Distrito Federal, de los estados o de los municipios”.

Comparando los tres artículos anteriores, tenemos que existen enormes diferencias, entre las armas que pueden autorizarse para posesión a particulares y deportistas de tiro o cacería, y las armas de fuego que están reservadas para uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. Armas de fuego que antes de la Ley de 1972, en su gran mayoría, podían ser libremente adquiridas y poseídas por los particulares, en la actualidad sólo pueden tenerlas el ejército, armada y fuerza aérea.

Por ejemplo, haciendo una interpretación por exclusión del artículo 9o. de la referida Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en materia de pistolas y revólveres sólo se permite a particulares la libertad de poseerlas en calibres 22, 25, 30 y 32, los cuales son muy menores y las armas respectivas, por lo general, son de bajo nivel de fuego. Situaciones similares ocurre respecto de rifles y escopetas.

Lo anterior, además de que deja a los particulares en un virtual estado de indefensión frente a la delincuencia, implica una restricción a la libertad prevista en el artículo 10 constitucional. La excesiva regulación ha provocado que dicho precepto de la Constitución se vuelva nugatorio y que esta garantía individual sea casi inaplicable. El objeto que tiene señalado el artículo 10 de nuestra Ley Fundamental, consistente en que los habitantes del país estén armados en

sus domicilios para seguridad y legítima defensa, se diluye ante las pocas opciones que tiene un particular en materia de armas de fuego.

El particular, al tener sólo acceso a armas de pequeño calibre, no puede ejercer una defensa eficaz contra la delincuencia, la cual está mejor abastecida con armas de fuego de mayor calibre. Esta clase de armamento implica más potencia de fuego, mayor alcance, indiscutible capacidad de afectar la integridad personal y privar de la vida, entre otras características, que lo hacen superior a la clase de armamento que en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos se le autoriza a un particular a poseer. Luego entonces, la mencionada ley no está acorde con lo previsto en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no cumple la previsión de nuestra Ley Fundamental, toda vez que las armas de los calibres autorizados a particulares, rara vez pueden servir, de una manera plena, para la seguridad y legítima defensa que se prevé en el precepto constitucional referido y, en consecuencia, para salvaguardar la integridad personal y la vida. De esta forma, la población del país, en general, no tiene acceso a las armas de fuego que necesita para defenderse.

La delincuencia (la común y la organizada y, en menor medida, la delincuencia política), tienen armas de fuego que, en muchas ocasiones, superan a las de las corporaciones policiacas y, en otras, por lo menos, igualan a las que tienen las fuerzas armadas. Mientras tanto, del otro lado, el individuo que es respetuoso de la ley, está desarmado o, en el mejor de los casos, podrá adquirir armas de fuego de pequeño calibre, que de ninguna manera le servirán para hacer frente al armamento de los delincuentes, lo cual significa, desde el punto de vista jurídico, que no tiene los elementos para proveer, en su domicilio, a su seguridad y legítima defensa. El propio Estado, encargado de proporcionar seguridad a los habitantes del país, restringe el derecho a la posesión de armas de fuego en su domicilio y, en consecuencia, les impide ejercer de manera adecuada la garantía individual prevista en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La adquisición de armas de fuego, por ejemplo, en calibres .38 Súper y superiores (en pistolas) o .38 Special y superiores (en revólveres), que antes de la reforma al artículo 10 de la Constitución y de la ley reglamentaria de 1972 era una actividad lícita, desde entonces se volvió un acto prohibido y hasta delictuoso. En la Ley

Federal de Armas de Fuego y Explosivos se prevé una serie de delitos en la materia que comentamos y en los que el sujeto activo puede ser cualquier persona. Al señalarse una conducta específica como acreedora de pena, de manera implícita se está prohibiendo, puesto que el legislador ordena que al que la realice se le impondrá una sanción, luego entonces existe una prohibición implícita en el tipo. El legislador no dice “te prohíbo esta conducta”, sino que afirma “al que realice esta conducta, se le impondrá esta sanción”. Entonces, “te estoy ordenando, de manera implícita, que no realices esa conducta, o sea, que te la prohíbo, porque en caso de que la cometes, te impondré una pena”.

Cuando una persona tiene la intención de adquirir un arma de fuego, con el objeto de tenerla en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, acude a la Secretaría de la Defensa Nacional y ahí encuentra que el trámite para adquirir el arma es complejo y requiere mucho tiempo. Esa dificultad, aunada al hecho de que al final sólo podrá adquirir alguna de las armas en los pequeños calibres permitidos, puede dar origen a alguna de las siguientes situaciones:

- a) Abandonará su intención de adquirir un arma de fuego, con lo que estará dejando de ejercer el derecho previsto en el artículo 10 constitucional.
- b) Tiene que recurrir, ante la necesidad de contar con los medios necesarios para protegerse, a adquirir el arma de fuego de forma ilícita. Se provoca el comercio informal y el tráfico ilícito de armas de fuego, para satisfacer una necesidad legítima de las personas, consistente en la salvaguarda de su integridad personal mediante la legítima defensa.

Estas situaciones se evitarían con el hecho de establecer un régimen similar al que existía antes de 1972. Habría, de esta forma, un efectivo control sobre el comercio de armas de fuego y, más importante aún, se cumpliría plenamente la obligación que tiene el Estado de respetar la garantía individual del artículo 10 constitucional.

Ahora bien, revisemos dos inconstitucionalidades, entre otras, que tiene la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. El artículo 10 constitucional podemos dividirlo en dos partes:

“Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional.

La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrán autorizar a los habitantes la portación de armas”.

A su vez, en los artículos 7o. y 15 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, se prevé:

“Artículo 7o. La posesión de toda arma de fuego deberá manifestarse a la Secretaría de la Defensa Nacional, para el efecto de su inscripción en el Registro Federal de Armas”.

“Artículo 15. En el domicilio se podrán poseer armas para la seguridad y defensa legítima de sus moradores. Su posesión impone el deber de manifestarlas a la Secretaría de la Defensa Nacional, para su registro.

Por cada arma se extenderá constancia de su registro”.

Comparando estos artículos con la primera parte del 10 constitucional, podemos ver que el registro a que se obliga al particular en los artículos 7o. y 15 de la Ley mencionada, no está previsto en el texto constitucional, sino que es algo que el legislador ordinario estableció, yendo más allá de lo que dijo el Constituyente, y convierte a esos preceptos de la ley reglamentaria en inconstitucionales. La única restricción de la primera parte del 10 constitucional es que las armas que se posean no sean de las prohibidas o de las reservadas para el Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, pero de ninguna manera estableció que esas armas estaban sujetas a cualquier clase de registro ante la Secretaría de la Defensa Nacional o cualquier otra autoridad.

Aun cuando es en materia de portación de armas de fuego, que no es el tema de este breve comentario, deseamos destacar un caso más de inconstitucionalidad, para hacer notar otro de los errores de la ley federal de la materia. En el artículo 27 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos se señala:

“Artículo 27. A los extranjeros sólo se les podrá autorizar la portación de armas cuando, además de satisfacer los requisitos señalados en el artícu-

lo anterior, acrediten su calidad de inmigrados, salvo el caso del permiso de licencia temporal para turistas con fines deportivos”.

Comparemos entonces este precepto con la segunda parte del 10 constitucional:

“La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrán autorizar a los habitantes la portación de armas”.

En el texto constitucional se señala que los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos pueden portar armas, con los requisitos que se señalen en la ley federal. Ahora bien, los extranjeros son habitantes del país, por lo que deben gozar de la garantía de poseer y portar armas, pero en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos se prevé que sólo a los inmigrados se les podrá autorizar a portar armas, lo que va más allá del texto constitucional y, por lo tanto, resulta contrario a la garantía individual que se comenta. Lo anterior implica que todos los demás extranjeros, excepto los turistas con fines deportivos, no podrán portar armas de fuego.

## VI. LA SEGURIDAD COMO OBLIGACIÓN DEL ESTADO

“*Homo homini lupus*” (El hombre es un lobo para el hombre)

Plauto, repetido por Bacon y Hobbes<sup>22</sup>

Primero definiremos qué entendemos por seguridad. La seguridad son las acciones y elementos necesarios para salvaguardar la integridad y existencia, del Estado, de la sociedad o de las personas.

En el caso específico del artículo 10 constitucional, el objeto de que los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos posean armas en su domicilio, es para su seguridad y legítima defensa. Lo anterior implica dos objetivos distintos: a) la seguridad, por un lado; y b) la legítima defensa, por el otro. En este capítulo veremos lo relativo al primero de los supuestos.

<sup>22</sup> García-Pelayo y Gross, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado 1995...*, op. cit., p. VIII.

Una función del Estado, indelegable por su propia naturaleza, es la de salvaguardar la integridad y existencia de la población que gobierna. Esta función es, al mismo tiempo, una obligación del Estado, lo que implica el derecho de los gobernados, a que se les proteja. La forma de ejercer esa protección es mediante el ejercicio y regulación de la seguridad, en cada una de sus distintas variantes.

Es así que en materia de seguridad, podemos mencionar cuatro clases: a) seguridad nacional; b) seguridad pública; c) seguridad privada; y d) seguridad personal o individual. Para conocer los conceptos de cada una de las clases de seguridad que mencionamos, nuestra normatividad es específica en todos los casos, excepto en el de la seguridad personal o individual.

En la parte conducente del artículo 21 constitucional, se prevé a la seguridad pública como una función a cargo de todos los niveles de gobierno, de la siguiente manera:

“Artículo 21.

La seguridad pública es 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, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

- a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.
- b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá in-

gresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.

- c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública.
- e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines”.

Como reglamentaria del referido artículo 21 de la Constitución, en materia de seguridad pública se expidió la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la cual en su artículo 2, en la parte conducente, señala:

“Artículo 2. La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, que tiene como fines 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, en términos de esta Ley, en las respectivas competencias establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

En el artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional se define qué se entenderá por seguridad pública:

“Artículo 3. Para efectos de esta Ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, que conlleven a:

- 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”.

En materia local del Distrito Federal, se prevé el objeto de la seguridad pública en el artículo 2o. de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal:

“Artículo 2o. La seguridad pública es un servicio cuya prestación, en el marco de respeto a las garantías individuales, corresponde en forma exclusiva al Estado y tiene por objeto:

- I. Mantener el orden público.
- II. Proteger la integridad física de las personas así como sus bienes.
- III. Prevenir la comisión de delitos e infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía.
- IV. Colaborar en la investigación y persecución de los delitos.
- V. Auxiliar a la población en caso de siniestros y desastres.

Estas funciones se entienden encomendadas al Departamento y a la Procuraduría, de acuerdo con la competencia que para cada uno de los cuerpos de seguridad pública establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Un concepto de seguridad privada lo tenemos en el artículo 2o., fracción I, de la Ley Federal de Seguridad Privada:

“Artículo 2. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

- I. Seguridad privada. Actividad a cargo de los particulares, autorizada por el órgano competente, con el objeto de desempeñar acciones relacionadas con la seguridad en materia de protección, vigilancia, custodia de personas, información, bienes inmuebles, muebles o valores, incluidos su traslado; instalación, operación de sistemas y equipos de seguridad; aportar datos para la investigación de delitos y apoyar en caso de siniestros

tros o desastres, en su carácter de auxiliares a la función de Seguridad Pública”.

Y por último, otro concepto de seguridad privada se da en el artículo 3, fracción XXVII, de la Ley de Seguridad Privada para el Distrito Federal:

“Artículo 3. Para la aplicación, interpretación y efectos de la presente Ley se entiende por:

XXVII. Seguridad privada: La actividad o servicio que conforme a las disposiciones jurídicas y administrativas vigentes, realizan o prestan para sí o para terceros, los prestadores, los autorizados, los permisionarios y las instituciones oficiales debidamente registrados por la Secretaría, que tiene por objeto proteger la integridad física de personas específicamente determinados y/o de su patrimonio; prevenir la comisión de delitos e infracciones en perjuicio de éstos; auxiliarlos en caso de siniestros y desastres, y colaborar en la aportación de datos o elementos para la investigación y persecución de delitos, en forma auxiliar y complementaria a la seguridad pública y previa autorización, licencia, permiso o aviso de registro expedido por las autoridades competentes”.

De la transcripción de los anteriores preceptos, se deriva como conclusión que la seguridad es obligación del Estado proporcionarla y, en su caso, regularla. Sin embargo, y en un orden lógico, el Estado no puede proporcionar en todo tiempo y todo lugar, la seguridad que requieren los habitantes del país. Entonces, siguiendo el texto constitucional, son los habitantes los que, con las armas que posean en su domicilio, atenderán y se procurarán ellos mismos su seguridad.

Cabe mencionar que no existe, en nuestra legislación, un concepto de seguridad personal o individual; por lo tanto, entenderemos por esa clase de seguridad, las acciones y elementos que cada persona se procura para atender y preservar su propia integridad.

La seguridad es obligación del Estado. En caso de que el Estado no pueda proporcionarla, por lo menos debe otorgar y permitir que el particular busque su propia seguridad. La forma en que el Estado tiene para cumplir esa obligación, ante la omisión de proporcionar seguridad, es permitiendo al particular que tenga acceso a todos los medios materiales para hacer efectiva su seguridad y legítima defensa.

Sin embargo, al restringir, en la ley ordinaria, la garantía de posesión de armas, el Estado, que no ha cumplido su obligación de proteger a las personas, tampoco permite que éstas, en ejercicio de su derecho a poseer armas, procuren su propia seguridad y tengan los recursos materiales que les permitirán una adecuada legítima defensa.

## VII. LEGÍTIMA DEFENSA, DERECHO DEL GOBERNADO<sup>23</sup>

“Es lícito repeler la fuerza con la fuerza”

Ulpiano<sup>24</sup>

Delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Como elemento del delito, la antijuridicidad es el reproche a la fase externa de la conducta. Como aspecto negativo de la antijuridicidad, tenemos a las causas de justificación, también denominadas justificantes, las cuales se resumen en dos aspectos: ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. Es así, que a su vez éstas pueden subdividirse en excluyentes específicas, como es el caso de la legítima defensa, la cual es la facultad de repeler una agresión.

La legítima defensa está prevista, en materia federal, en el artículo 15, fracción IV del Código Penal Federal, de la siguiente forma:

“Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al

<sup>23</sup> En teoría del delito seguimos las ideas de Alba Muñoz, Javier, *Contrapunto penal*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1988, pp. 161-184; y de Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal (Parte general)*, 41a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 178-202.

<sup>24</sup> Gary B., Sandy, *12 500 frases célebres...*, op. cit., p. 362.

hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren los bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

La excluyente que se comenta, mencionada en el artículo 10 constitucional, tiene una razón de ser muy lógica: ante un ataque (con las características previstas en la legislación penal), es válido repeler esa agresión. Este acto de rechazar la violencia, es lo que constituye la defensa. No es la huida (aquí se está evitando la agresión), no es la aceptación de la violencia, ejerciendo a su vez violencia (esto es la riña), sino que, en la legítima defensa, el agredido sufre un ataque de manera injusta, por lo que se le contrapone una respuesta justa. Es así, que la persona en quien recae la agresión, responde justificadamente rechazándola. Por lo tanto, es justa la conducta defensiva del agredido. Al ser justa, significa que está apegada a derecho. En consecuencia, se tiene el derecho de repeler una agresión injusta. De esta forma, al defenderse, el agredido está ejercitando un derecho. Por lo anterior, la legítima defensa es el ejercicio de un derecho.

La agresión siempre es un comportamiento que afecta la esfera jurídica en forma típica, mientras que la justificante es un derecho específicamente autorizado.<sup>25</sup> De esta manera, la legítima defensa, como justificante o causa de justificación, está señalada expresamente en la ley penal.

Para la Escuela Clásica,<sup>26</sup> la legítima defensa es una necesidad, toda vez que no es posible que el Estado, en todo momento, acuda en auxilio del injustamente agredido. Luego entonces, para evitar que se consuma la agresión, es lícito y justo que el agredido se defienda, siendo la defensa privada sustitutiva de la pública.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Alba Muñoz, Javier, *Contrapunto penal...*, op. cit., p. 183.

<sup>26</sup> La Escuela Clásica nace con Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, y termina con Francesco Carrara. Con dicha denominación se clasifican diferentes tendencias dentro del derecho penal, pero podemos decir que las características comunes a todas ellas son: siguen un método lógico abstracto; la imputabilidad se basa en el libre albedrío; la pena es un mal; el delincuente es igual a todos los hombres; y el delito es considerado un ente jurídico.

<sup>27</sup> Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal (Parte general)...*, op. cit., p. 192.

Según la Escuela Positiva,<sup>28</sup> cuando el agresor demuestra su temibilidad agrediendo de manera injusta, es lícito que sea rechazado, toda vez que es un acto de justicia social; al contrario, la persona que se defiende no es peligrosa.<sup>29</sup> Nosotros agregaremos que a la temibilidad la conceptuamos como el miedo que un individuo despierta en la sociedad, por su peligrosidad. Y por peligrosidad entendemos que es la tendencia o inclinación de un individuo a delinquir.

## VIII. COMENTARIO FINAL

*“Here’s my credo. There are no good guns. There are no bad guns. A gun in the hands of a bad man is a bad thing. Any gun in the hands of a good man is no threat to anyone, excepted bad people”* (Este es mi credo. No hay buenas armas. No hay malas armas. Un arma en las manos de una mala persona es algo malo. Cualquier arma en manos de una persona buena no es amenaza para nadie, excepto para la gente mala).

Charlton Heston<sup>30</sup>

En 1947, en la desaparecida Unión de Republicas Socialistas Soviéticas, Mikhail Timofeyevich Kalashnikov diseñó y fabricó un arma que,

<sup>28</sup> La Escuela Positiva, dentro de la historia del derecho penal, se inicia con César Lombroso, y la continúan Enrique Ferri y Rafael Garofalo. Sus características principales son: adopta un método experimental; niega el libre albedrío; la pena es un medio de defensa social; su objeto principal de estudio es el delincuente y no el delito; supone un determinismo de la conducta; existe una responsabilidad social; y la sanción debe ser proporcional al estado peligroso.

<sup>29</sup> Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 192.

<sup>30</sup> Charlton Heston, además de un excelente actor cinematográfico, fue durante varios años presidente de la influyente y poderosa Asociación Nacional del Rifle. La National Rifle Association (NRA, por sus siglas en inglés), es una organización de los Estados Unidos, fundada en 1871, y que tiene el propósito de defender el derecho a poseer armas de fuego, tanto para defensa personal como para actividades de recreación. En la actualidad cuenta con más de 4 000 000 de miembros.

Una biografía sobre Charlton Heston puede consultarse en *Gran historia ilustrada del cine*, vol. 11, Madrid, Sarpe, 1984, p. 1681.

con el tiempo, se convirtió en el mejor fusil de asalto del mundo: el AK-47.<sup>31</sup> Adoptado en 1950 por el Ejército Rojo, para armar a todas sus unidades, el AK-47 es símbolo de una época. Fabricado en la mayoría de los países del antiguo bloque socialista, el Kalashnikov ha sido el arma utilizada por muchos ejércitos (como todos los que formaron el Pacto de Varsovia), guerrillas, terroristas y, en la actualidad, por los integrantes de los cárteles de la droga en México.<sup>32</sup> Fue el arma favorita, y con gran éxito, de los combatientes comunistas en Vietnam.<sup>33</sup> Conocido popularmente en nuestro país como “cuerno de chivo”, por la forma curva del cargador, su potencia de fuego, maniobrabilidad, peso, resistencia a los elementos naturales y alcance, entre otros factores, lo hacen el fusil de asalto más confiable. Se calcula que desde 1947 han sido fabricados, en sus distintas variantes y copias, más de 100 000 000 de fusiles.

Este es el tipo de armas contra las que la población en general tiene que defenderse. En la lucha contra el crimen organizado, y las demás clases de delincuencia, el Estado debe apoyar a los particulares, para que cada quien pueda ser responsable, en sus domicilios, de su propia integridad y vida. El precepto constitucional tiene por objeto poner las armas al alcance de los habitantes del país, para seguridad y legítima

<sup>31</sup> Para una referencia reciente del AK-47, véase Hernán Saez Dios, José María, “Mikail Kalashnikov y el mundo de los fusiles de asalto”, en *Ares Enyalios. Revista de Historia y actualidad militar*, núm. 5, Valladolid, España, Galland Books, 2008, pp. 48-52.

<sup>32</sup> Es interesante consultar Labrousse, Alain, *La droga, el dinero y las armas*. Trad. Benito Alazraki, del original en francés *La drogue, l'argent et les armes*. México, Siglo XXI, 1995.

<sup>33</sup> En la guerra de Vietnam, mientras el ejército de Vietnam del Norte y el Vietcong utilizaban el fusil de asalto AK-47, las fuerzas armadas de Estados Unidos usaron el fusil automático M-16. Concebido originalmente como Colt AR-15, para uso civil, la primera versión militar empleada en combate fue el M-16. Sin embargo, en el clima tropical y húmedo de las selvas del sureste asiático, el fusil tenía frecuentes fallas, sobre todo en la alimentación de los cartuchos hacia la recámara, provocando que se atascara y requiriendo que tuviera que ser desarmado para una mejor reparación. Esto lo hacía sumamente peligroso en los combates, pues el soldado que lo usaba podía quedar, de improviso, completamente indefenso frente al enemigo. Por lo tanto, la Colt y las fuerzas armadas estadounidenses buscaron superar sus errores técnicos y hacia la segunda mitad de la guerra, se utilizó una versión mejorada y más segura en su funcionamiento, que se denominó M-16 A1.

Mencionaremos sólo una fuente, de la gran cantidad de referencias bibliográficas y hemerográficas que existen acerca de esta legendaria arma: Donald, David y Bishop, Chris, Capítulo “The M16 in Action”, en *Combat guns*. Londres, Temple Press, Aerospace Publishing, 1987, pp. 158-162.

defensa. En última instancia el texto del artículo 10 constitucional pretende, mediante esa garantía individual, proteger la integridad y la vida de los habitantes de México. Cualquier regulación que vaya en contra de este valor subsumido en la ley fundamental, como la Ley de 1972, resulta inevitablemente inconstitucional.

LA AUTONOMÍA EN LOS HECHOS  
COMO RESPUESTA A LA ADVERSIDAD  
DE LA LEGALIDAD. EL SAGRADO MAÍZ  
Y LA DISPUTA POR LA ENUNCIACIÓN  
DEL DERECHO

Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA

SUMARIO: I. Contexto mexicano. II. Régimen de patentes y protección a la propiedad intelectual. III. Marco jurídico internacional. IV. Marco jurídico nacional. V. La autonomía en los hechos: una posible respuesta ante un contexto legal adverso.

Es bien sabido que el maíz es de suma importancia alimentaria para diversos países a nivel mundial, e incluso constituye la base alimentaria de pueblos que son centros de origen y diversificación constante de este grano, como es el caso de México y Guatemala. Sin embargo, este cereal no sólo figura como nuestro alimento primordial, sino que constituye un elemento esencial de la matriz cultural de los diversos grupos que actualmente conforman México y Guatemala: a saber, de los pueblos que tienen una matriz cultural mesoamericana.

El maíz para los pueblos mesoamericanos no es sólo un producto agrícola, es una forma de vida: el maíz es cultura, fiesta, intercambio, saberes, relación, territorio. Es don de nuestra tierra que milenios de cultura campesina llevaron a una profunda diversidad y adaptabilidad a diversas geografías, climas y altitudes, cuya importancia se ve expresada como fundamento de ritos, rezos, bailes, cantos, fiestas y un sinnúmero de manifestaciones culturales populares, al encarnar un soporte mítico ancestral que forma parte del ciclo cosmogónico de

diversos pueblos indios y campesinos. La importancia del sagrado maíz para los pueblos indios y campesinos mesoamericanos es tal, que es concebido como elemento fundamental de una red de relaciones en cuya trama está el *lugar* desde donde miran y construyen su futuro, apelando a sus *saberes de subsistencia*<sup>1</sup> –entendidos como aquellos conocimientos precisos, apropiados al lugar, adecuados a su clima, y en armonía con su cultura particular– propios de la convivencia comunitaria y autónoma.

Incluso, como atinadamente lo expresa Armando Bartra, los mesoamericanos más que gente de maíz, somos gente de milpa. “En rigor los mesoamericanos no sembramos maíz, hacemos milpa, con toda la diversidad entrelazada que esto conlleva. Y la milpa –sus dones, sudores y saberes– es el origen de nuestra polícroma cultura”.<sup>2</sup>

### I. CONTEXTO MEXICANO

En el caso de México, dentro del actual contexto de globalización neoliberal, esta forma de ser humanidad solamente es posible en la resistencia, pues se encuentra seriamente amenazada con la introducción de maíces transgénicos en México y la lógica corporativa bajo la cual se hace dicha introducción. Los ordenamientos y disposiciones jurídicas que abren la puerta del territorio mexicano a la depredación agrobiotecnológica están basados en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula, por lo que tienen un amplio espectro de consecuencias no sólo a nivel social, económico y ambiental, sino que también tiene fuertes repercusiones socioculturales, principalmente para los pueblos indios y campesinos.

Asistimos a una nueva fase de reordenamiento del capitalismo y de consolidación del libre comercio en forma total, mediante la aplicación de medidas liberalizadoras y de apertura indiscriminada, a través de las cuales se está operando el desmantelamiento del Estado social. Así las cosas, se puede interpretar –a la manera neozapatista– que esta fase neoliberal de reordenamiento del capitalismo es una

<sup>1</sup> Cfr. Jean Robert, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, *Conspiratio. Los motivos de la esperanza*, núm. 1, año 1, México, septiembre-octubre, 2009, pp. 46-59.

<sup>2</sup> Armando Bartra, “Hacer milpa”, *Ciencias*, núm. 92-93, octubre-marzo, UNAM, México, 2009, p. 42.

nueva guerra de conquista, dirigida una vez más contra los pueblos indios y campesinos de América.<sup>3</sup> Esta neo-conquista y por lo tanto neo-colonización tiende a separar masivamente a los campesinos e indígenas de sus territorios, por medio de múltiples acciones. Ya sea mediante leyes, políticas públicas o programas gubernamentales, la finalidad es escindir tierra, agua, biodiversidad, maíz (y otros cultivos tradicionales), cultura comunitaria, trabajo campesino y saber acumulado, con el fin de facilitar la apropiación privada de todo aquello susceptible de generar ganancia.

Este proceso inicia concretamente en México, con la reforma al artículo 27 constitucional de 1992, misma que implicó la derogación, modificación y promulgación de nuevas leyes no sólo en materia agraria sino también de otros ámbitos íntimamente ligados al mundo rural.<sup>4</sup> Se derogó la Ley Federal de la Reforma Agraria, y se promulgó una nueva, así como el inicio en la implementación del Programa de Certificación y Derechos Ejidales y Titulación de Solares (Procede), y su equivalente para tierras comunales (Procecom), que permiten la incorporación de las tierras ejidales y comunales al mercado. Así, mediante estas políticas y programas gubernamentales, a inicio de los años noventa del siglo pasado la tecnocracia neoliberal en el poder reconvierte la orientación respecto a la tenencia de la tierra y las políticas agrarias. De este modo la reforma agraria revolucionaria que se venía dando con altibajos, a base de luchas y presiones, tomas de tierras, resistencias y negociaciones, se clausura, poniendo fin al reparto agrario y el abandono del carácter de la propiedad social (inalienable, imprescriptible, intransmisible e inembargable), iniciándose un proceso de reforma agraria de mercado.<sup>5</sup>

Las reformas salinistas al artículo 27 constitucional (1992) eliminan la posibilidad de que los pueblos indios y campesinos tengan la seguridad de conservar su patrimonio y el futuro de sus comunidades,

<sup>3</sup> Cfr. Sub Comandante Insurgente Marcos, *Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial*, Ediciones del FZLN, México, 2004.

<sup>4</sup> Otra ley que nace a raíz de la reforma al artículo 27 constitucional fue la Ley de Aguas Nacionales cuyos principales objetivos son: el fomento a la actividad empresarial en la construcción y operación de infraestructura hidráulica, la consolidación de organismos privados operadores de los servicios de agua potable y saneamiento urbanos y la creación de un régimen de concesiones de aguas nacionales incorporado al mercado bajo ciertas regulaciones.

<sup>5</sup> Cfr. Ana de Ita, *México: impactos del Procede en los conflictos agrarios y la concentración de la tierra*, Ceccam, México, 2003.

pues estas reformas neoliberales permiten la penetración del capital privado y extranjero perdiendo los campesinos el control de los procesos productivos y la conservación de sus recursos, transformando la tierra –principal fuente de sustento e importantísima referencia histórica y cultural– en mera mercancía. De este modo se ponen las bases jurídicas para la desintegración de la propiedad ejidal y comunal, mediante la posibilidad de su transformación en propiedad individual de parcelas particulares, permitiendo que pasen a manos de grandes empresas, o cualquier otro particular, para construir autopistas, aeropuertos, hoteles, campos de golf, restaurantes, casinos, presas, industrias, centros comerciales, minas o cualquier otro tipo de megaproyectos.

Estas reformas constitucionales no sólo echan por tierra conquistas campesinas revolucionarias, sino que tienen repercusiones muy serias para la vida social del campo, y las culturas campesino-indígenas que ahí se expresan, permitiendo por la vía legal un proceso de neocolonización de los ámbitos comunitarios campesino-indígenas. Así las cosas, dentro de este contexto de cruzada anticampesina, lo que ahora nos interesa resaltar es el hecho de que la acumulación y despojo de bienes ya no sólo se limita a tierras y agua campesina, sino que ahora el gran capital ha posado sus ojos sobre los saberes indígenas y campesinos, y las bases materiales de su subsistencia, a saber: sus semillas nativas y el conocimiento ligado a la biodiversidad de sus territorios. Este nuevo proceso de neo-conquista-neo-colonización, desatado desde el capitalismo neoliberal, se sustenta en una concepción del mundo y la vida basada en la idea de producción y acumulación de bienes a gran escala, bajo principios normativos de eficiencia, competitividad y obtención del máximo beneficio. Bajo esta lógica la naturaleza ha sido cosificada, desnaturalizada de su complejidad ecológica y convertida en materia prima de un proceso económico; en el que los recursos naturales y la vida misma se transforman en simples objetos para la explotación del capital. Como señala Jerry Mander: “Para la conciencia técnico-corporativa, las cuestiones de bienestar comunitario o de sustentabilidad del medio ambiente son sólo temas de las relaciones públicas. Los valores intrínsecos de las criaturas de la tierra –sus plantas, su vida salvaje, sus bosques– se reducen a su potencial comercial objetivo, y su destino último está deter-

minado por lo que se acomoda de la mejor manera a los procesos tecnológicos industriales”.<sup>6</sup>

En este contexto es que opera el proceso de despojo de tierras y agua campesina, y ahora también, la monopolización de las semillas y los saberes campesinos; esto último a través de: a) la concentración económica, b) el régimen de patentes y derechos de propiedad intelectual y c) la ingeniería genética.

América Latina es el continente que posee una de las mayores biodiversidades del planeta y una rica socio-diversidad, representada por sus pueblos y culturas. Éstos poseen un gran acervo de conocimientos tradicionales sobre la utilización sostenible de los recursos naturales, así como sobre el valor medicinal de plantas y otros organismos vivos, muchos de los cuales forman la base de su economía. Tales conocimientos son actualmente objeto de apropiación intelectual ilícita, siendo patentados por industrias farmacéuticas y de biogenética, generando vulnerabilidad de los agricultores y sus familias que dependen de esos recursos para su supervivencia.<sup>7</sup>

## II. RÉGIMEN DE PATENTES Y PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A través de la figura jurídica de la patente, se crea –mediante la ley– un derecho, que se le otorga a una persona física o moral, para que mediante éste excluya, por un periodo de tiempo determinado, a los demás (personas físicas y morales) de actos o uso sobre la nueva “invención” patentada; es por esto que la patente otorga a su titular un verdadero monopolio de la producción y distribución de determinados productos en un lugar o por un cierto periodo de tiempo. De esta forma las grandes empresas transnacionales (farmacéuticas y biogenéticas) se valen de este tipo de figuras jurídicas, para esconder su pillaje y explotación de los recursos naturales y el conocimiento tradicional ligado a la biodiversidad.

Las patentes son usadas como instrumento encaminado a proteger el derecho e intereses de las corporaciones provenientes de potencias

<sup>6</sup> Jerry Mander, “Maquina lógica. La industrialización de la naturaleza y la agricultura”, *Ixtus, espíritu y cultura*, núm. 53, año XII, México, 2005, p. 112.

<sup>7</sup> V Conferencia General del Episcopado Latinoamericano y del Caribe, 13 al 31 de mayo de 2007, Ed. Conferencia Episcopal de Venezuela, Caracas, 2007, p. 75.

occidentales, ya que el régimen jurídico de patentes y protección a la propiedad intelectual ligados a la ingeniería genética permiten la creación de nuevas colonias, sobre los saberes tradicionales y los seres vivos. Las tierras, los bosques, los ríos, los océanos y la atmósfera han sido ya colonizados, erosionados y contaminados, y tratados como mercancía negociable, por lo que el capital tiene que redefinirse y buscar nuevas colonias que invadir y explotar para continuar con el proceso de acumulación.

Lo anterior es lo que Vandana Shiva llama *biopiratería*.<sup>8</sup> La apropiación por parte de corporativos transnacionales y también de algunas instituciones públicas de investigación (a menudo en curso de privatización) de los recursos genéticos y conocimientos asociados a ellos, para su privatización y con la finalidad de lucrar con ellos. Previo a la biopiraterización existe un proceso de búsqueda y evaluación, que permite identificar, seleccionar y aislar componentes últimos de estos recursos. A este proceso se le conoce como bioprospección, el cual consiste en la exploración de la diversidad biológica y conocimiento indígena y tradicional asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar aplicables en productos comerciales. De esta forma opera la apropiación de estos espacios vitales, como son las especies vegetal, animal y humana, con el afán de obtener ganancias, sin el consentimiento y excluyendo a las comunidades tradicionales, creadoras y conservadoras de dichos conocimientos.

Las consecuencias que implican la protección en exclusividad de ese conocimiento, mediante la figura de la patente y la protección de la propiedad intelectual con fines comerciales, van desde la creación de dependencia alimentaria, la restricción o limitación de las condiciones de existencia humana y la satisfacción de necesidades humanas reales, por ejemplo, por el pago obligado –y excesivo– por semillas genéticamente modificadas, medicamentos básicos o por productos farmacéuticos con sustancias de origen animal o vegetal.

En el ámbito de la agricultura, el uso de semillas genéticamente modificadas –mediante un proceso biotecnológico– por los agricultores, implica la adquisición, junto con la semilla, de un paquete tecnológico

<sup>8</sup> Vandana Shiva, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 102.

(pesticidas o agroquímicos, sin los cuales no crecen los cultivos), de modo que ya no sólo se da la contaminación transgénica, sino que también se da una contaminación del suelo y pérdida de biodiversidad por el uso de agroquímicos y pesticidas, provocando una ausencia de sustentabilidad y ruptura en los agroecosistemas y las economías familiares comunitarias, basadas en la autosubsistencia, además del peligro de impacto medioambiental y pérdida de biodiversidad y los riesgos a la salud humana y animal por el uso y consumo de productos elaborados con OGM's.

La introducción de OGM's en la agricultura no sólo crea dependencia a los paquetes tecnológicos de las agrocorporaciones, pues no contentos con el control mediante las patentes, han desarrollado una "patente biológica" denominada tecnología *terminator*,<sup>9</sup> que produce semillas estériles en la segunda generación. Una patente típica le otorga al propietario un monopolio legal exclusivo por 20 años. Con las semillas *terminator*, este monopolio no tiene fecha de expiración. Es la herramienta perfecta para la industria corporativa de semillas en el mercado global.<sup>10</sup> Mediante esta nueva tecnología se rompe el ciclo ancestral a través del cual los campesinos productores recuperan las semillas con la cosecha, reservándolas para ciclos de cultivo posteriores; y consecuentemente se acaba también el intercambio de semillas entre agricultores y comunidades, degradando el tejido social y la generación de conocimiento ligado a la práctica en el manejo de semillas y recursos naturales. Lo que se crea es dependencia de los campesinos hacia las empresas biotecnológicas, que son las únicas beneficiadas al ser las productoras y vendedoras de las semillas.<sup>11</sup>

En palabras de Vandana Shiva, "el desarrollo desenfrenado, ética y ecológicamente, de la biotecnología, proporciona nuevas herramientas para la manipulación; y las patentes proporcionan nuevas

<sup>9</sup> En marzo de 1998, el USDA y la Delta and Pine Land Company anunciaron que habían desarrollado y patentado conjuntamente una nueva biotecnología agrícola a la que denominaron, en términos benignos, *control de la expresión genética de las plantas*. La nueva patente hace posible que sus dueños y los poseedores de una licencia creen semillas estériles mediante la programación selectiva del ADN de la planta para que mate a sus propios embriones. Tomado de Vandana Shiva, *Cosecha...*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>10</sup> Silvia Ribeiro, "Cultivos transgénicos: contexto empresarial y nuevas tendencias", en *Alimentos transgénicos. Ciencia, ambiente y mercado: un debate abierto*, Siglo XXI, UNAM, México, 2004, p. 85.

<sup>11</sup> *Cfr.* Shiva, *Cosecha...*, *op. cit.*, p. 113.

herramientas para la apropiación de los monopolios de lo que es gratis por su propia naturaleza".<sup>12</sup> De este modo opera una colonización y monopolización de las bases materiales de vida, a través del "libre comercio", produciendo lo que Ivan Illich atinó en llamar *monopolios radicales*, creando nuevas formas de escasez, limitando el acceso a los recursos e instalando a la gente dentro de la dependencia mediante la transformación de la agricultura y alimentación en una realidad económica y artificial, sustituyendo el valor de uso por el valor de cambio.

Ivan Illich llamó *monopolio radical* "más que la dominación de una marca, la de un tipo de producto. En ese caso un proceso de producción industrial ejerce un control exclusivo sobre la satisfacción de una necesidad apremiante excluyendo en ese sentido todo recurso a las actividades no industriales. Hay monopolio radical cuando la herramienta programada despoja al individuo de su posibilidad de hacer. Esta dominación de la herramienta instauro el consumo obligatorio y con ello limita la autonomía de la persona. Es un tipo particular de control social, reforzado por el consumo obligatorio de una producción en masa que sólo las grandes industrias pueden garantizar".<sup>13</sup> De esta forma las empresas biotecnológicas pretenden ejercer el *monopolio radical* de la agricultura y la alimentación, apropiándose de las fuentes materiales de subsistencia, a través de la biotecnología, el régimen de patentes y protección a la propiedad intelectual, alterando la relación entre lo que la gente necesita y hace por sí misma para obtener su alimento, y lo que obtiene de la industria.

Las políticas de patentes y de protección a la propiedad intelectual posibilitan la creación de monopolios radicales, al proteger únicamente al conocimiento científico empresarial orientado al lucro, pues al ser registradas las semillas de cultivos genéticamente modificados, medicamentos básicos, productos farmacéuticos de origen animal o vegetal, el conocimiento tradicional se vuelve objeto de apropiación individual [corporativo], oponiéndose frontalmente a la naturaleza colectiva de dicho conocimiento, y tiene como consecuencia la supresión del derecho de uso y disfrute de los bienes comunes y la eliminación de

<sup>12</sup> *Las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*, Ed. Popular, Madrid, 2007, p. 56.

<sup>13</sup> Iván Illich, *La convivencialidad*, Ed. Joaquín Mortiz, Planeta, México, 1985, pp. 81 y 83.

las formas alternativas y autosustentables de producción y consumo, en beneficio de formas neocoloniales e imperialistas de apropiación de los saberes tradicionales, los recursos naturales y la vida misma.

Estas *nuevas colonias del capital*, instrumentalizadas por medio del sistema de propiedad intelectual, priorizan las relaciones mercantiles sobre las necesidades humanas, distorsionando el equilibrio que el ser humano tiene consigo mismo y con la naturaleza, fuente de su sustento y cosmovisión. "De esta forma, este sistema económico, que valora y subordina todos los elementos de la realidad en función de la obtención del máximo beneficio, termina por articular de manera consistente una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de imperio, dominación, explotación, exclusión y marginación".<sup>14</sup> Esta reducción de los bienes materiales de subsistencia y el conocimiento tradicional, a bienes susceptibles de apropiación y regulación por intereses de libre mercado y su control corporativo, los desliga de su ancestral significación cultural, desestructurando los conocimientos y a las comunidades que los crearon y los han conservado durante siglos, ya que esta "cosificación de los seres vivos" —ahora denominados recursos naturales, elementos genéticos, material orgánico— supone una adaptación forzosa a los instrumentos jurídicos que son propios de los bienes materiales de naturaleza patrimonial.<sup>15</sup> Esta transformación de los bienes comunes en bienes privados, "deja a los pequeños productores y agricultores, atrapados en una terrible trampa, ya que los *inputs* para la producción como los *outputs* para la distribución son controlados siempre por un número cada vez más pequeño de gigantescas corporaciones, que, además de vender, junto con las semillas sus fertilizantes y herbicidas, controlan los precios de los mercados".<sup>16</sup>

A su vez los riesgos por el uso de estas nuevas tecnologías van más allá del despojo de conocimiento y creación de dependencia campesina, ya que con la liberación de las variedades de maíz transgénico

<sup>14</sup> David Sánchez Rubio y Norman J. Solórzano Alfaro, "Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos", *Pasos*, enero-febrero, 2004, p. 30.

<sup>15</sup> Andressa Caldas, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, ILSA, Bogotá, 2004, p. 122.

<sup>16</sup> Guy Georges Voet de Keyser, "Editorial", *Ixtus. Espíritu y cultura. El lugar de la Tierra*, núm. 53, año XII, México, 2005, p. 9.

en campo mexicano, se corre el riesgo de que las variedades de maíz criollo, tradicionalmente cultivadas en México, se vean contaminadas por el maíz genéticamente modificado, mediante la *polinización abierta*,<sup>17</sup> alterándose la pureza y características de las variedades nativas. Innumerables estudios demuestran que es imposible la coexistencia de ambos tipos de cultivos sin contaminación transgénica.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> El maíz es un grano de polinización abierta o fertilización cruzada (Frankel y Galun, 1977). Por lo tanto, las distintas variedades de maíz locales y mejoradas (híbridos mejorados industrialmente), se pueden entrecruzar de manera natural entre sí y con sus parientes silvestres, los teosintes. En caso de crecer en cercanía, las variedades transgénicas podrían, de manera natural, polinizar y ser polinizadas por las variedades nativas y los maíces silvestres o teosintes. Tomado de Elena R. Álvarez-Buylla, *Aspectos ecológicos, biológicos y de agrobiodiversidad de los impactos del maíz transgénico*. Estudio para el Secretariado de la Comisión de la Cooperación Ambiental de América del Norte. Como parte de la Iniciativa del artículo 13: maíz y biodiversidad. Efectos del maíz transgénico en México, p. 7.

<sup>18</sup> *En la Sierra Juárez del estado de Oaxaca en el año 2000*: David Quist e Ignacio Chapela, Introgresión de ADN transgénico en variedades tradicionales de maíz en Oaxaca, México (Hecho VII). *En el área de conservación del Distrito Federal en el año 2003*, José Antonio Serratos-Hernández, José Luis Gómez-Olivares, Noé Salinas-Arreortua, Elena Buendía-Rodríguez, Francisco Islas-Gutiérrez y Ana de Ita, "Transgenic proteins in maize in the soil conservation area of Federal District, Mexico", *Frontiers in Ecology and the Environment*, núm. 5, 2007, pp. 247-252. *En la Sierra Juárez del estado de Oaxaca en los años 2001 a 2004*: Alma Piñeyro-Nelson, Jan van der Heerwaarden, Hugo R. Perales, José Antonio Serratos-Hernández, A. Rangel, M. B. Hufford, Paul Gepts, A. Garay-Arroyo, R. Rivera-Bustamante y Elena R. Álvarez-Buylla, "Presencia de transgenes en maíz mexicano: evidencia molecular y consideraciones metodológicas por la detección de organismos genéticamente modificados" ("Transgenes in Mexican maize: molecular evidence and methodological considerations for GMO detection in landrace populations"), *Molecular Ecology*, núm. 18, 2009, pp. 750-761. Este artículo fue reseñado y validado por la Dra. Allison Snow (última autora de la publicación de Ortiz *et al.*, 2005), en un comentario en el mismo número de la revista *Molecular Ecology*. En noviembre de 2008, unos meses antes de la publicación de este trabajo, la prestigiosa revista *Nature* publicó una reseña del estudio del laboratorio de Elena Álvarez-Buylla, en donde el propio Exequiel Ezcurra, también autor del artículo de Ortiz *et al.*, 2005, ratifica que los datos de este nuevo artículo son sólidos y demuestran que si se han escapado transgenes de las siembras aprobadas en Estados Unidos y han llegado a los maíces nativos de México. Unos meses después, el grupo de científicos encabezados por la Dra. Elena Álvarez-Buylla publicó en la misma revista *Molecular Ecology*, un comentario aportando nuevos datos de la presencia de transgenes en maíces nativos de Oaxaca y de la insuficiencia técnica de la compañía Genetic ID para detectar transgenes en maíces nativos de México. Esta es la compañía que hizo los análisis moleculares para el artículo de Ortiz *et al.*, 2005. Este nuevo comentario (Piñeyro *et al.*, 2009b, *Molecular Ecology*) también fue reseñado en *Nature* (diciembre de 2009), y ahí nuevamente varios científicos de renombre validan la evidencia presentada por el grupo de la Dra. E. Álvarez-Buylla. Además, un especialista en bioseguridad y biomonitorio de la USDA (Departamento de Agricultura de Estados Unidos) también asegura que los resultados del laboratorio de Álvarez-Buylla proveen de evidencia incontestable en torno

La revolución biotecnológica constituye la antítesis de la agricultura tradicional, e inaugura una nueva era agrícola mediante el uso de la ingeniería genética, la cual ofrece un conjunto de técnicas que permiten modificar la herencia de los seres vivos, creando nuevos organismos, usando combinaciones novedosas de material genético que no existían antes en la naturaleza y no han pasado por el proceso de evolución. Se da una combinación de patrimonios genéticos de especies que no se cruzarían naturalmente, rompiendo las barreras naturales de cruzamiento entre ellas mediante la introducción directa de genes obtenidos de otros seres, ya sean vegetales, animales, bacterias, virus, etc. Estos nuevos Organismos Genéticamente Modificados (OGM's) son producidos en laboratorios para aumentar rendimientos, resistir heladas, sequías, plagas, enfermedades y herbicidas, o producir sus propios insecticidas, obtener nuevos productos, a fin de responder a los mercados globalizados.

La agrobiotecnología constituye la continuación de la revolución verde, obedece a su misma lógica y como aquella pretende ser una panacea para acabar con el hambre en el mundo. Comparte también con ella una visión fragmentada de la socio-bio-diversidad, basada en

a la presencia de transgenes en los maíces nativos de Oaxaca. *En regiones de los estados de Guanajuato, Veracruz, Oaxaca y Yucatán en el año 2002*, George A. Dyer, José Antonio Serratos-Hernández, Hugo R. Perales, Paul Gepts, Alma Piñeyro-Nelson, Ángeles Chávez, Noé Salinas-Arreortua, Antonio Yunes-Naude, J. Edward Taylor y Elena R. Álvarez-Buylla, "Dispersal of transgenes through maize seed systems in Mexico", *Plos one*, núm. 5, 2009, pp. 1-9. En conclusión, contrariamente a los resultados del estudio elaborado por Sol Ortiz-García y otros científicos, "Ausencia de transgenes detectables en variedades locales de maíz en Oaxaca, México (2003-2004)", sugiriendo que la presencia de transgenes detectados en la Sierra Juárez de Oaxaca en 2001 está desapareciendo, los nuevos estudios confirman la persistencia de transgenes en los maíces nativos, hasta siete años después de que lo anunciaran los primeros estudios en el caso de los campos oaxaqueños, así como la imposibilidad de que los transgenes se eliminen en forma natural. También revelan la rápida dispersión —y a larga distancia— de los transgenes de un sembradío donde hay transgénicos a otros donde no existen, aportando nuevas evidencias científicas sobre la incertidumbre de los métodos existentes para llevar a cabo una detección confiable de transgenes, con lo cual se demuestra la ineficacia e inutilidad de un monitoreo a escala nacional (8.5 millones de hectáreas de maíz cultivado en México). Tomado de *Denuncia Popular interpuesta ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente* por el Grupo de Estudios Ambientales, Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad, Greenpeace México, María Elena Álvarez-Buylla Rocas, Eckart Boege, Antonio Turrent Fernández, Álvaro Salgado Ramírez, Elena Lazos, Carlos H. Ávila Bello [en línea], formato html, Disponible en Internet: [http://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Actualidad/Enero-Junio%202010/Denuncia\\_Popular\\_DEFINITIVA%2016%20Feb%202010.pdf](http://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Actualidad/Enero-Junio%202010/Denuncia_Popular_DEFINITIVA%2016%20Feb%202010.pdf) [consulta: 2 de junio de 2011].

la homogenización de los cultivos (monocultivos), y la búsqueda de altos rendimientos.<sup>19</sup> Sin embargo, a pesar de la retórica “humanitaria” mediante la cual se quieren imponer a toda costa, la verdad es que el uso de estas nuevas tecnologías constituye un riesgo desproporcionado, pues además de los problemas y distorsiones socioeconómicas y culturales que provoca en las comunidades tradicionales, no se sabe a ciencia cierta cuáles serían los riesgos a la salud humana y animal por el uso y consumo de OGM’s, además de la contaminación transgénica de los maíces criollos mexicanos, como consecuencia del flujo génico de transgenes.

Bajo esta lógica corporativa, es que los ordenamientos jurídicos vigentes de los Estados nacionales se han venido subordinando a las directrices marcadas por la OMC (Organización Mundial de Comercio), a través del APDIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), el UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales) y el GATT (Acuerdo General de Tarifas y Comercio), los cuales exigen la configuración de sistema de leyes uniformes sobre patentes y derechos de propiedad intelectual, sin tomar en cuenta las diferencias éticas y culturales de los pueblos y comunidades tradicionales del Tercer Mundo y sus formas de relacionarse con la naturaleza. Cada Estado signatario de estos acuerdos (como México), debe hacer su legislación interna compatible con los mismos. Estos mecanismos jurídicos tienen una gran fuerza operativa y acaban siendo cumplidos con mayor eficacia que las normas protectoras del medio ambiente y de derechos humanos.

Así es que este proceso de globalización neoliberal —entendido como la máscara que encubre la diseminación y la eficacia de las redes territoriales de la dominación y las estrategias anónimas de la circulación creciente del capital—<sup>20</sup> se impone como la única forma de ver e imaginar el mundo, incorporándose a su lógica todos los ámbitos de la vida humana, en un proceso cada vez más amplio de homogenización, lo cual nos lleva a un régimen totalitario en el que

<sup>19</sup> Cfr. Jasmin Aguilar, Catarina Illsley y Catherine Marielle, “Los sistemas agrícolas del maíz y sus procesos técnicos”, en *Sin maíz no hay país*, Gustavo Esteva y Catherine Marielle (coords.), Conaculta, México, 2003, pp. 105 y 106.

<sup>20</sup> Raymundo Mier, “La velocidad de la pesadilla y el simulacro del tiempo: la lógica de la contemplación y las guerras íntimas”, *Rebeldía*, año 3, núm. 30, abril de 2005, p. 31.

lo “global no responde a un interés humano universal, sino que representa un interés y una cultura local y pueblerina, que ha adquirido el rango global a través de su capacidad de dominio y control, su irresponsabilidad y su falta de reciprocidad”.<sup>21</sup>

Por lo tanto, este proceso implica una pretensión totalizadora y hegemónica de apropiación de la realidad y reducción de todo en su lógica de pesadilla en la que no cabe interacción y diálogo entre culturas, modos de vida, de hacer y de pensar y el respeto por lo humano y su entorno ecológico.

Esta lógica impuesta y en expansión planetaria hace fundamental llevar a un amplio debate el tema del maíz y las demás semillas nativas en México, ya que la misma se ve cristalizada en el contexto mexicano (en el ámbito de la agricultura) en la firma y entrada en vigor del apartado agropecuario del TLCAN<sup>22</sup> y diversos ordenamientos jurídicos aprobados en México en los últimos 20 años. De este modo es que el derecho —en su expresión positiva—, junto con la ciencia, se

<sup>21</sup> Vandana Shiva, citada por Sánchez Rubio y Solórzano Alfaro, *op. cit.*, p. 27.

<sup>22</sup> En 1993, los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México suscribieron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual entró en vigor el 1 de enero de 1994. El capítulo agropecuario del TLCAN establece, entre otros aspectos, cupos de importación para ingresar determinadas cantidades de maíz y frijol, entre otros, provenientes de Estados Unidos a nuestro país, con un pago de arancel o impuesto que fue disminuyendo progresivamente hasta llegar a cero. Esta situación significó importar cada vez más maíz a México, mientras que en Estados Unidos, a partir de 1996, se destinaron cada año más hectáreas a la siembra comercial de maíz transgénico. Como consecuencia de la entrada en vigor del TLCAN, la comercialización y producción de maíz en México, en el mercado interno, enfrenta en estos momentos grandes problemas, por la competencia con las importaciones procedentes de Estados Unidos, que son controladas en su mayoría por grandes consorcios privados. A su vez se utiliza como argumento “la caída de las reservas internacionales de maíz y el desastre causado por el frío en los cultivos del cereal en el norte del país para apresurar la imposición de la siembra comercial de maíz transgénico en México, presentando sus semillas manipuladas como la solución ante la escasez y encarecimiento de la gramínea. Ahora resulta que México perdió autosuficiencia en maíz e importa millones de toneladas anuales, no por una política agropecuaria favorable a las transnacionales y un modelo de libre comercio injusto, que privilegia las compras al exterior y ha abandonado a la mayoría de los productores nacionales, sino porque el país no ha adoptado la siembra comercial del maíz transgénico”. Alfredo Acedo, *México: Monsanto y el petate del muerto* [en línea]. Disponible en Internet, <http://www.kaosenlared.net/noticia/mexico-monsanto-petate-muerto> [consulta: 13 de junio de 2011].

ponen abiertamente al servicio del proceso de subsunción<sup>23</sup> real de la sociedad y la naturaleza en el capital.<sup>24</sup>

De este modo se han venido creando las bases jurídicas para la expansión y dominación del mercado por un puñado de empresas, creando leyes de “bioseguridad” a modo, y modificando las leyes de semillas en muchos países del mundo para garantizar las ganancias, ventajas e impunidad de estos crecientes oligopolios. Con pequeñas diferencias nacionales, en la última década hemos presenciado la legalización de las patentes y otras formas restrictivas de privatización de las semillas, el desmantelamiento de la investigación pública y de la producción y distribución pública de variedades y, concomitantemente, la privatización de la “certificación”, es decir quién define qué semillas pueden estar en el mercado, descalificando los controles de calidad locales, permitiendo que la certificación sea entregada a terceros, que incluso podrían ser las propias empresas que las producen o firmas creadas por ellas.<sup>25</sup>

Por lo anterior es preciso hacer un recorrido por el marco jurídico internacional concerniente a pueblos indígenas en aquello que tiene que ver con el reconocimiento de sus recursos naturales y bienes culturales y el marco jurídico nacional relacionado con OGM's y semillas.

### III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

En el presente apartado haremos un recorrido general de los tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano que tienen que ver con los pueblos indígenas y campesinos, en aquello que les concierne, así como la legislación nacional en materia de bioseguridad y semillas.

<sup>23</sup> El concepto subsunción puede definirse como fuerza que constituye algo abstracto en real, con base en el apoderamiento de algo real y ajeno, que no reconoce. Es decir, que si decimos que el derecho, junto con la ciencia, se ponen abiertamente al servicio del proceso de subsunción real de la sociedad y la naturaleza en el capital, estamos diciendo que la ciencia y el derecho colaboran para que la naturaleza y la sociedad queden subordinadas a las necesidades de la reproducción ampliada del capital, y no a los intereses y necesidades humanas.

<sup>24</sup> Cfr. Sánchez Rubio y Solórzano Alfaro, *op. cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> Cfr. Silvia Ribeiro, “El asalto corporativo a la agricultura”, *Ciencias*, núm. 92, octubre, México, 2009.

### Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT) entró en vigor en México en 1991 y fue ratificado por el Estado mexicano y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1990, por lo cual forma parte del marco jurídico nacional y constituye ley suprema de la unión.<sup>26</sup> Este Convenio distingue condiciones sociales, culturales y económicas de las poblaciones indígenas, reconociéndolas como pueblos con identidad y organización propia (Art. 1); que sostienen una relación especial con las tierras y territorios que tradicionalmente han ocupado, con derechos sobre sus tierras y recursos naturales (Art. 7, 13-19), y a decidir prioridades en sus procesos de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual (Art. 7).

Mediante este Convenio el Estado mexicano quedó obligado a respetar la integridad de los pueblos indígenas y a adoptar medidas especiales para salvaguardar sus bienes, su trabajo, su cultura y su medio ambiente (Art. 4, 8); así como a consultarles mediante sus instituciones representativas, cada vez que prevea medidas susceptibles de afectarles directamente; y a establecer medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente en decisiones que les atañen (Art. 6), entre otros.

<sup>26</sup> Según el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales ratificados por el gobierno mexicano son ley suprema de toda la Unión. Al respecto, la siguiente tesis jurisprudencial señala: “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, 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 cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Registro núm. 172 650. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 6. Tesis: P. IX/2007. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional.

### **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

En resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007 se aprobó la adopción de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, misma que fue adoptada por el Estado mexicano el 13 de septiembre de 2007. Esta Declaración, además de reforzar derechos de reconocimiento previo, reconoce la contribución de los conocimientos, las culturas, y las prácticas tradicionales indígenas al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente; su derecho al disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo; a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales; a conservar y proteger el ambiente y a mantener sus semillas (Art. 31); a determinar libremente sus condiciones para lograr su “desarrollo” (Art. 3, 4); el derecho de los pueblos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (Art. 5); a ser consultados mediante sus instituciones representantes antes de adoptarse medidas administrativas o legislativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado (Art. 19, 32); a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con la tierra, territorios y otros recursos que tradicionalmente han poseído y a asumir las responsabilidades, que en este sentido les incumben, para con las generaciones venideras (Art. 25-30); entre otros.

### **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**

Del 3 al 14 de junio de 1992 los gobiernos del mundo se reunieron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en donde se planteó la preocupación por la amenaza de pérdida de especies y de ecosistemas provocada por la acción humana y sus profundas repercusiones en el desarrollo económico y social de los países. De esta reunión internacional derivó la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. En esta Declaración quedaron consensuados una serie de principios en materia ambiental. De entre los principios consagrados en la Declaración de Río es importante destacar el llamado “Principio de Precaución”, el cual

determina la aplicación de medidas eficaces ante cualquier peligro o amenaza de daño grave o irreversible para el ambiente, con el fin de impedir estos peligros y garantizar la seguridad ambiental. Dicho principio se encuentra expuesto en el numeral 15 de dicha Declaración, que a la letra dice:

Principio 15. “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Además de que el Principio 14 establece que los Estados “deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana”. A su vez, la Declaración de Río también contempla en su Principio 10 la participación ciudadana en torno a las cuestiones ambientales, lo que implica el derecho de los ciudadanos a tener acceso a la información necesaria para la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

Principio 10. “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

### **Convenio sobre Diversidad Biológica**

Dentro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 quedó dispuesto a la firma de los

Estados el primer acuerdo mundial enfocado a la conservación de la biodiversidad: el *Convenio sobre Diversidad Biológica* (CDB). Esta ley internacional, que es de observancia obligatoria para los Estados signatarios –entre ellos México–, reconoce que la conservación de la diversidad biológica es de “interés común de toda la humanidad”, así como “el valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes” y “la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes” (preámbulo).

El CDB plantea la existencia de riesgos derivados del uso y de la liberación de transgénicos y probables repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación, así como riesgos para la salud humana, observando para los Estados parte que es vital prever, prevenir y atacar, en su fuente, las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica y que no podrán alegar la falta de pruebas científicas inequívocas, como razón para aplazar medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo la amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica (Preámbulo, Art. 14). Es decir que amplía el *Principio Precautorio* que había quedado establecido en la Declaración de Río.

Los Estados parte quedaron obligados a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (Art. 8). El CDB fue ratificado por el Estado mexicano y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1993.

Asimismo en 2002, el Estado mexicano ratificó el *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica* (Protocolo de Cartagena), el cual reconoce la importancia que tienen para la humanidad los centros de origen y diversidad genética así como las “necesidades especiales” de los

países que lo son (Preámbulo y Art. 20 b), a fin de protegerse de los efectos adversos derivados de la aplicación de la biotecnología moderna (base de la producción de transgénicos).

Con la firma y ratificación del CDB, el Estado mexicano queda obligado –conforme al *Principio Precautorio*– a prever, prevenir y atacar, en su fuente, las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica, sin poder alegar la falta de pruebas científicas inequívocas, como razón para aplazar medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo la amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica. Asimismo, es correspondiente con su obligación internacional –asumida con la firma del Protocolo de Cartagena– de desarrollar un sistema particular o *sui generis* para proteger a los cultivos originarios frente a la tecnología de los transgénicos.

#### IV. MARCO JURÍDICO NACIONAL

##### **Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM)**

La *Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados* (LBOGM) entró en vigor el 18 de marzo de 2005, y con ella se puso fin a la *moratoria de facto*<sup>27</sup> a la introducción de OGM's en territorio mexicano, al crear el marco legal para dicha introducción.

De su *Artículo 1* se desprende que la LBOGM tiene por “objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de OGM's, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal y acuícola”. Es decir, que es materia

<sup>27</sup> En 1998, derivado de un consenso científico, el Comité Nacional de Bioseguridad Agrícola propuso al gobierno federal la moratoria a la liberación de maíces transgénicos. En respuesta, la Dirección General de Sanidad Vegetal (hoy Senasica) tomó la disposición burocrática en ese mismo año de cerrar la recepción de solicitudes de siembra de maíz transgénico, con lo cual se instauró una moratoria *de facto* a las siembras de maíz transgénico en México. Sin embargo, la moratoria no alcanzó a las importaciones de maíz provenientes de Estados Unidos, por lo que la introducción de maíces mezclados con transgénicos ha venido sucediendo hasta nuestros días y cada vez en mayores cantidades y con mayores riesgos. *Cfr. Denuncia popular...*, *op. cit.*

de esta ley la bioseguridad de todos los OGM's obtenidos o producidos a través de la aplicación de las técnicas de la biotecnología moderna<sup>28</sup> con fines agrícolas, pecuarios, acuícolas, forestales, industriales, comerciales, de biorremediación y cualquier otro, con las excepciones que establece esta misma ley (Art. 4).

Asimismo, es materia de esta ley la autorización de los OGM's que se destinen a su uso o consumo humano o al procesamiento de alimentos para consumo humano, para poder realizar su comercialización e importación para su comercialización, así como la autorización de OGM's, distintos de los anteriores, que se destinen a una finalidad de salud pública o a la biorremediación (Art. 5), por lo que las actividades, organismos y productos sujetos al ámbito de esta ley, no requerirán, en materia de bioseguridad e inocuidad, de otros permisos, autorizaciones, avisos y, en general, requisitos, trámites y restricciones que los establecidos en este ordenamiento (Art. 7). De lo que se desprende que la ley que ahora nos ocupa constituye el marco jurídico federal en materia de bioseguridad.

Es importante mencionar que en el artículo 9 de la LBOGM se establecen una serie de principios a seguir en materia de bioseguridad, entre los que se reconoce: que la nación mexicana es poseedora de una biodiversidad de las más amplias en el mundo, y en su territorio se encuentran áreas que son centro de origen y de diversidad genética de especies y variedades que deben ser protegidas; la obligación del Estado mexicano de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su alimentación, salud, desarrollo y bienestar; que la bioseguridad de los OGM's tiene como objetivo garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la utilización confinada y la liberación de OGM's que puedan tener efectos adversos para la conservación y utilización sustentable del medio ambiente y de la diversidad biológica, así como de la salud humana y de la sanidad animal, vegetal y acuícola; el *enfoque de precaución*

<sup>28</sup> *Biotecnología moderna*. Se entiende como la aplicación de técnicas *in vitro* de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN y ARN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u organelos, o la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que supera las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional, que se aplican para dar origen a organismos genéticamente modificados, que se determinen en las normas oficiales mexicanas que deriven de esta ley (Art. 3, fracc. VI).

consagrado en el Acuerdo de Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena; la evaluación de riesgos "caso por caso", sustentada en la mejor evidencia científica y técnica disponible; la liberación de OGM's al ambiente "paso a paso" que presupone que previamente a su liberación deben ser sometidos a pruebas satisfactorias conforme a los estudios de riesgo, la evaluación de riesgos y reportes de resultados; los procedimientos administrativos para otorgar permisos y autorizaciones para realizar actividades con OGM's, deben ser eficaces y transparentes; además de que el Estado mexicano se compromete a cooperar en la esfera del intercambio de información e investigación sobre los efectos socioeconómicos de los OGM's, especialmente en las comunidades indígenas y locales.

La LBOGM establece los lineamientos que deben seguir los interesados a fin obtener permisos para la liberación de OGM's, en las tres distintas fases que la misma ley contempla, a saber:

1. *Liberación experimental*. Es la introducción, intencional y permitida en el medio ambiente, de un organismo o combinación de organismos genéticamente modificados, siempre que hayan sido adoptadas medidas de contención, tales como barreras físicas o una combinación de éstas con barreras químicas o biológicas, para limitar su contacto con la población y el medio ambiente, exclusivamente para fines experimentales, en los términos y condiciones que contenga el permiso respectivo (Art. 3, fracc. XVII).
2. *Liberación en programa piloto*. Es la introducción, intencional y permitida en el medio ambiente, de un organismo o combinación de organismos genéticamente modificados, con o sin medidas de contención, tales como barreras físicas o una combinación de éstas con barreras químicas o biológicas, para limitar su contacto con la población y el medio ambiente, que constituye la etapa previa a la liberación comercial de dicho organismo, dentro de las zonas autorizadas y en los términos y condiciones contenidos en el permiso respectivo (Art. 3, fracc. XVIII).
3. *Liberación comercial*. Es la introducción, intencional y permitida en el medio ambiente, de un organismo o combinación de organismos genéticamente modificados, sin que hayan

sido adoptadas medidas de contención, tales como barreras físicas o una combinación de éstas con barreras químicas o biológicas, para limitar su contacto con la población y el medio ambiente, que se realiza con fines comerciales, de producción, de biorremediación, industriales y cualesquiera otros distintos de la liberación experimental y de la liberación en programa piloto, en los términos y condiciones que contenga el permiso respectivo (Art. 3, fracc. XVI).

Asimismo la ley establece las competencias (Art. 10) y atribuciones de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) y la Secretaría de Salud (SSA) en materia de bioseguridad. En el caso de la liberación de semillas de maíz transgénicas, que es el caso que nos ocupa, corresponde a la Sagarpa resolver y expedir los permisos para la realización de actividades con OGM's, así como establecer y dar seguimiento a las condiciones y medidas a las que se deberán sujetar dichas actividades (Art. 13, fracc. III), así como analizar y evaluar caso por caso los posibles riesgos que las actividades con OGM's pudieran ocasionar a la sanidad animal, vegetal y acuícola, al medio ambiente y a la diversidad biológica, con base en los estudios de riesgo y los reportes de resultados que elaboren y presenten los interesados (Art. 13, fracc. IV).

Previo a la resolución de las solicitudes de permiso por parte de la Sagarpa, la Semarnat deberá emitir dictamen de bioseguridad, como resultado del análisis y evaluación de riesgos que realice con base en el estudio que elaboren y presenten los interesados, sobre los posibles riesgos que la actividad con OGM's de que se trate pueda causar al medio ambiente y a la diversidad biológica, cuando se trate de solicitudes de permisos para liberación experimental de dichos organismos, o con base en los reportes de resultados y la información que adjunten los interesados a sus solicitudes de permisos para liberación en programa piloto y para liberación comercial (Art. 15, fracc. I). Este informe tendrá carácter vinculante, es decir que la Sagarpa expedirá el permiso de liberación de OGM's al ambiente que corresponda, siempre y cuando el dictamen que emita la Semarnat sea favorable (Art. 66). Asimismo, en el caso del maíz, al tratarse de un grano destinado a uso y consumo humano, tiene

que recibir la autorización de la SSA para su importación (Art. 3, fracc. III y 91).

Por otro lado, para efectos de liberación de OGM's, la LBOGM considera y divide el territorio mexicano en dos categorías: las *zonas autorizadas* y las *zonas restringidas*. Las primeras abarcan las áreas o regiones geográficas que se determinen caso por caso en la resolución de un permiso, en las cuales se pueden liberar al ambiente OGM's que se hubieren analizado (Art. 3, fracc. XXXV); mientras que las segundas corresponde a los centros de origen, los centros de diversidad genética y las áreas naturales protegidas, dentro de los cuales se restrinja la realización de actividades con OGM's (Art. 3, fracc. XXXVI).

A pesar de que en apariencia la LBOGM establece un marco jurídico para regular las actividades de utilización de OGM's, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos a la salud humana, animal, vegetal y acuícola, el medio ambiente y la diversidad biológica la misma establece las bases para la introducción de OGM's de forma deficiente e irresponsable, especialmente en lo concerniente al caso del maíz dentro del contexto mexicano. Además, ni siquiera contempla los peligros e impactos que encarna la introducción de esta nueva tecnología en ámbitos comunitarios campesinos e indígenas.

La LBOGM, mejor conocida como Ley Monsanto, fue impuesta a pesar de las múltiples protestas y críticas desde amplios sectores académicos y sociales. Se le critica que más que ser una ley de bioseguridad parece una ley de fomento a la biotecnología. Está plagada de deficiencias, incluso se puede decir que tendenciosamente beneficia a los grandes corporativos dedicados a la biotecnología o producción de OGM's, por lo que no puede tratarse de una ley de interés general ni de orden público, ya que da un trato particular preferencial a las empresas agrobiotecnológicas interesadas en la liberación de OGM's.

En palabras de Silvia Ribeiro, la LBOGM es "una aberración, ya que no crea un marco de seguridad para la diversidad biológica, la soberanía alimentaria, los cultivos y plantas de los que México es centro de origen o diversidad, base del sustento y las culturas de campesinos e indígenas que los crearon; pero le ofrece seguridad a las cinco empresas transnacionales que controlan los transgénicos a escala

global”.<sup>29</sup> El planteamiento de esta ley se hace desde una visión empresarial y tecnocrática, soslayando las dimensiones socioeconómicas y culturales, además de las repercusiones en el medio ambiente y en la salud humana y animal, que encarna el concepto bioseguridad, el cual de ninguna manera se encuentra reflejado en esta ley.

En este apartado trataremos sólo algunas cuestiones fundamentales en torno a la LBOGM y por qué se considera que es perjudicial no sólo para el medio ambiente, la salud humana y animal y la diversidad biológica, sino también para los pueblos indios y campesinos mexicanos, al impedir la defensa de su patrimonio cultural expresado en sus cultivos tradicionales, fundamentalmente el maíz. La crítica la haremos desde deficiencias en torno a dos principios medulares en materia de bioseguridad y para sentar bases mínimas para una verdadera soberanía y seguridad alimentarias, a saber: participación y consulta pública, y el principio de precaución.

La LBOGM establece que los interesados en la liberación de OGM's pueden identificar claramente en su solicitud de permiso, aquella información que deba considerarse como confidencial (Art. 33 y 70), conforme al régimen de propiedad industrial o de derechos de autor. Es decir, que dicha información no puede ser revelada al público en general. Lo anterior vulnera derechos ciudadanos, pues esto está íntimamente ligado a los mecanismos previstos en la misma ley para participación ciudadana y la consulta pública (Art. 33), ya que dispone que la Secretaría correspondiente (Sagarpa, Semarnat, SSA), al recibir una solicitud de permiso de liberación al ambiente de OGM's –siempre y cuando cumpla con la información y los requisitos establecidos en la ley– pondrá a disposición del público dicha solicitud, para su consulta pública, debiendo observar las previsiones sobre confidencialidad. Sin embargo, tal cual está previsto en la ley, si se pone a disposición del público la solicitud, pero con previsiones de confidencialidad, no se le da a los ciudadanos toda la información necesaria para hacer un juicio y emitir una opinión respecto al OGM en cuestión, a pesar de que dicha información es de suma importancia, ya que sin ésta, consumidores, productores e investigadores no tienen

<sup>29</sup> Silvia Ribeiro, “Ley Monsanto: parece mala pero es peor”, *La Jornada*, México, 22 de enero de 2005.

elementos para identificar y saber el origen del OGM y sus posibles riesgos a la salud y la diversidad biológica.

El mismo artículo 33 establece que cualquier persona, incluyendo los gobiernos de las entidades federativas en las que se pretenda realizar la liberación respectiva, podrá emitir su “opinión”, la cual deberá estar sustentada técnica y científicamente, a fin de que sean consideradas por las secretarías correspondientes para el establecimiento de medidas de bioseguridad adicionales, en caso de que proceda expedir el permiso de liberación. De este modo, no sólo la ley permite que haya información que no es revelada con base en la confidencialidad que se otorga a los solicitantes, sino que además atribuye la carga de la prueba a los interesados en la no liberación de OGM's por sus posibles riesgos. Siendo que si realmente se tuviera un enfoque de bioseguridad, la carga de la prueba debería corresponder a los solicitantes interesados en la liberación de OGM's en beneficio y cuidado de la sociedad y la biodiversidad. Tal cual está establecido en la ley pareciera que lo primordial es la liberación de OGM's –sin importar los riesgos– y no el cuidado de la salud y la biodiversidad. Además de que, según el artículo 33, las opiniones solamente “serán consideradas por las secretarías correspondientes para el establecimiento de medidas de bioseguridad adicionales, en caso de que proceda expedir el permiso de liberación de OGM's al ambiente que corresponda”, por lo que es evidente que lo primordial es la liberación de transgénicos.

Otra cuestión básica en materia de bioseguridad es lo referente al derecho a la información y el derecho a la libre elección del consumidor, mismos que van íntimamente ligados al etiquetado. En la LBOGM se encuentra previsto el etiquetado (Art. 101) para los productos que contengan OGM's para consumo humano directo; sin embargo, se limita a aquellos casos en que sus características sean “significativamente” diferentes respecto de los productos convencionales, es decir que presenten cambios significativos, basándose en el absurdo principio de *equivalencia sustancial*,<sup>30</sup> impuesto por las

<sup>30</sup> Establecer equivalencia sustancial implica una comparación genética entre el organismo genéticamente modificado y el similar convencional; la comparación agronómica del organismo genéticamente modificado con el similar convencional (diferentes presiones, diversas generaciones, diferentes presiones); y la comparación química estadísticamente válida del organismo genéticamente modificado con el similar convencional (composición centesimal,

empresas biotecnológicas. Nociones vagas como la de equivalencia sustancial no ayudan a que se cumpla con un examen riguroso, un etiquetado preciso y un seguimiento post-comercialización de los OGM's. En cambio, cosa muy distinta ocurre en cuanto al etiquetado de las semillas transgénicas. Éstas sí son etiquetadas, pues dicho etiquetado constituye una garantía para el cobro de regalías por ventas o contaminación.

Por lo anterior, la LBOGM no establece un marco adecuado para salvaguardar el derecho a la información de los consumidores y productores, ni las bases jurídicas para la consulta pública y participación ciudadana para la toma de decisiones en materia de bioseguridad, ya que las resoluciones de autorizaciones (SSA) y permisos (Sagarpa y Semarnat) para liberación de OGM's al ambiente se harán con base en la información –estudios y evaluaciones de riesgo– aportada por las empresas interesadas, sin que exista un procedimiento adecuado de consulta pública y participación ciudadana, en virtud de las previsiones de confidencialidad contempladas en la ley, además de que la opinión de los particulares –según el Art. 33– solamente será considerada para establecer “medidas de bioseguridad adicionales”, sin que prevea la ley la negación del permiso con base en la información aportada por particulares, además de no permitir el acceso a la información necesaria para hacer una pertinente evaluación de

nutrientes críticos, antinutrientes y componentes tóxicos, metabolitos relevantes). Dicho de manera más sencilla: equivalencia sustancial significa en la práctica que las propiedades generales de un vegetal genéticamente modificado son similares a las del vegetal tradicional, el cual no exhibe modificación alguna. Esta presunción de identidad remite a ciertos aspectos bien delimitados, es decir a un número acotado de variables. No parece lícito, entonces, extender esa equivalencia más allá de sus límites iniciales, hasta abarcar otros aspectos no contemplados en la comparación primera. Es decir, comparaciones agronómicas y químicas no pueden responder respecto de la equivalencia de consumir durante un largo periodo de tiempo vegetales tradicionales en relación con el consumo a largo plazo de vegetales genéticamente modificados. El biólogo molecular norteamericano, John B. Fagan, defendió un argumento idéntico en el juicio que le siguió la Alianza para la Bio-Integridad a la Food and Drug Administration (FDA) en Estados Unidos durante 1998: las comparaciones entre organismos bajo parámetros exclusivamente químicos sólo pueden detectar sustancias previstas, pero jamás determinar inocuidad. Según opina, los riesgos previsibles para la salud humana sólo pueden minimizarse si se echa mano a una experimentación toxicológica con voluntarios pagados que acepten llevar adelante pruebas extendidas en el tiempo. Y aun así, persistiría cierto riesgo residual. Tomado de Sergio Cecchetto, *Equivalencia sustancial*, Conicet [en línea]. Disponible en Internet, [http://www.biotech.bioetica.org/docta3.htm#\\_Toc10895495](http://www.biotech.bioetica.org/docta3.htm#_Toc10895495) [consulta: 25 de mayo de 2011].

los riesgos que implican la liberación de OGM's en virtud del derecho de confidencialidad otorgado a las empresas interesadas, y las salvedades implícitas en la regulación del etiquetado. Todo lo cual es abiertamente violatorio de derechos consagrados y obligaciones contraídas en convenios y tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Convenio sobre Diversidad Biológica, expuestos anteriormente.

Asimismo otra cuestión fundamental en materia de bioseguridad es lo concerniente al llamado *principio o enfoque de precaución* (Protocolo de Cartagena). Este principio establece la aplicación de medidas eficaces ante cualquier peligro o amenaza de daño grave o irreversible para el ambiente, la salud humana y animal y la diversidad biológica, con el fin de impedir estos peligros y garantizar la seguridad ambiental. Es decir que en caso de presunción de riesgos o efectos no deseados por uso de OGM's y ante insuficiencia de evidencias científicas sobre los posibles daños a la diversidad biológica y a los seres humanos, las decisiones que se tomen deberán seguir invariablemente este principio.

Sin embargo, en la LBOGM los márgenes de incertidumbre están eliminados en la medida en que propone actuar una vez que se haya liberado el OGM, haciéndolo pasar por las distintas fases previas a la comercial –experimental y programa piloto– y sólo cuando sea obvio el peligro de daño grave o irreversible (Art 63, 64, 9, fracc. IV). Es decir, que se pretende actuar una vez liberado el OGM, lo cual es una irresponsabilidad, pues la precaución implica prevención, y más aún tratándose de esta clase de organismos, de los cuales aún no existe un conocimiento preciso de los posibles daños a largo plazo, mismos que pueden ser irreversibles.

Ahora bien, ligado al *Principio de Precaución*, como medidas de protección de la diversidad biológica la LBOGM establece que debe de ser prohibida la liberación de OGM's en los *centros de origen, zonas de diversidad, áreas naturales protegidas y zonas libres* de OGM's (artículos 86 a 90). Sin embargo, si bien existe en la LBOGM la posibilidad de prohibición de liberación de OGM's en estas *zonas restringidas*, la misma ley prevé muchísimas excepciones, restricció-

nes y se imponen muchos requisitos a los campesinos y comunidades interesadas en que sean decretadas dichas *zonas restringidas*.

Según la LBOGM, en el caso de las especies de las que México sea centro de origen y de diversidad genética, así como las áreas geográficas en las que se localicen, serán determinadas conjuntamente mediante acuerdos por la Semarnat y la Sagarpa, con base en la información con la que cuenten en sus archivos o en sus bases de datos, incluyendo la que proporcione, entre otros, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), el Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias (INIFAP), el Instituto Nacional de Ecología (INE), la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio) y la Comisión Nacional Forestal (Conafor), así como los acuerdos y tratados internacionales relativos a estas materias (Art. 86).

Asimismo señala que para la determinación de los centros de origen y de diversidad genética se tomarán en cuenta los siguientes criterios:

I. Que se consideren centros de diversidad genética, entendiendo por éstos las regiones que actualmente albergan poblaciones de los parientes silvestres del OGM de que se trate, incluyendo diferentes razas o variedades del mismo, las cuales constituyen una reserva genética del material.

II. En el caso de cultivos, las regiones geográficas en donde el organismo de que se trate fue domesticado, siempre y cuando estas regiones sean centros de diversidad genética (Art. 87).

III. El artículo 3o. define los dos conceptos de centro de origen y diversidad genética establecidos en los artículos 86 y 87 de la LBOGM.

[...]

VII. Centro de origen. Es aquella área geográfica del territorio nacional en donde se llevó a cabo el proceso de domesticación de una especie determinada.

[...]

IX. Centro de diversidad genética. Es aquella área geográfica del territorio nacional donde existe diversidad morfológica, genética o ambas de determinadas especies, que se caracteriza por albergar poblaciones de los parientes silvestres y que constituye una reserva genética.

En los centros de origen y de diversidad genética de especies animales y vegetales, sólo se permitirá la realización de liberaciones de OGM's distintos a las especies nativas, siempre que su liberación

no cause una afectación negativa a la salud humana o a la diversidad biológica. Sin embargo, Antonio Serratos hace una crítica muy lúcida y acertada de los centros de origen y diversidad, tal cual están definidos en la LBOGM, ya que señala que "las definiciones y la letra de los artículos de la ley inducen a reducir y a minimizar el concepto de centro de origen, por lo que se produce un empobrecimiento de sus dimensiones. En ese contexto, con las definiciones de centros de origen y diversidad en la legislación actual, se corre el riesgo de perder recursos genéticos valiosos. Por lo tanto, es indispensable comenzar por las definiciones de centros de origen y diversidad como una unidad en la que se consideren factores genéticos, biológicos, socioculturales, ecológicos, arqueológicos y evolutivos, en un contexto geográfico. En consecuencia, las definiciones de centros de origen y diversidad deberán incorporar los aspectos sustanciales de los procesos de domesticación y diversificación".<sup>31</sup> De este modo es evidente que tal cual están regulados en la LBOGM los centros de origen y diversidad, no se puede hacer una defensa plena de la biodiversidad y los maíces nativos mexicanos, al soslayar aspectos fundamentales para su conceptualización y determinación.

En cuanto a las *áreas naturales protegidas* creadas de conformidad con lo dispuesto en la legislación en la materia, la LBOGM establece que sólo se permitirán actividades con OGM's para fines de biorremediación, en los casos en que aparezcan plagas o contaminantes que pudieran poner en peligro la existencia de especies animales, vegetales o acuícolas, y los OGM's hayan sido creados para evitar o combatir dicha situación, siempre que se cuente con los elementos científicos y técnicos necesarios que soporten el beneficio ambiental

<sup>31</sup> Cfr. *Denuncia popular...*, op. cit. Antonio Serratos propone las definiciones siguientes: *Centros de origen*: Son aquellas áreas geográficas del territorio nacional en donde se encontraban o se encuentran las poblaciones de los ancestros y parientes silvestres del cultivo, así como aquellas en las que se llevó a cabo el proceso de domesticación de una especie determinada y que está asociada a trayectorias culturales específicas. Asimismo, se consideran centros de origen las áreas geográficas en donde existe diversidad morfológica, genética o ambas de determinadas especies o que puedan constituir una reserva genética. *Centros de diversidad*: Son aquellas áreas geográficas en donde se han llevado a cabo los procesos de domesticación o diversificación, que por su naturaleza están relacionados con la actividad humana y continúan manifestándose en el presente. Tomado de José Antonio Serratos Hernández, "La ley de bioseguridad y los centros de origen y diversificación", en *Origen y diversificación del maíz. Una revisión analítica*, UNAM, Conabio, México, 2009, p. 88.

que se pretende obtener, y dichas actividades sean permitidas por la Semarnat (Art. 89).

Asimismo se podrán establecer *zonas libres* de OGM's para la protección de productos agrícolas orgánicos y otros de interés de la comunidad solicitante, conforme a los siguientes lineamientos generales (Art. 90).

1. Las zonas libres se establecerán cuando se trate de organismos genéticamente modificados de la misma especie a las que se produzcan mediante procesos de producción de productos agrícolas orgánicos, y se demuestre científica y técnicamente que no es viable su coexistencia o que no cumplirían con los requisitos normativos para su certificación.
2. Dichas zonas serán determinadas por la Sagarpa mediante acuerdos que se publicarán en el *Diario Oficial de la Federación*, previo dictamen de la Cibiogem, con la opinión de la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, tomando en cuenta lo establecido en las normas oficiales mexicanas relativas a los productos agrícolas orgánicos.
3. La determinación de las zonas libres se realizará con base en los siguientes requisitos:
  - a) Se hará a solicitud escrita de las comunidades interesadas, por conducto de su representante legal.
  - b) Dicha solicitud deberá acompañarse de la opinión favorable de los gobiernos de las entidades federativas y los gobiernos municipales de los lugares o regiones que se determinarán como zonas libres.
  - c) Se realizarán las evaluaciones de los efectos que los Organismos Genéticamente Modificados pudieran ocasionar a los procesos de producción de productos agrícolas orgánicos o a la biodiversidad, mediante las cuales quede demostrado, científica y técnicamente, que no es viable su coexistencia o no cumplan con los requisitos normativos para su certificación, de acuerdo con las normas oficiales mexicanas que expida la Sagarpa. Las evaluaciones mencionadas se realizarán conforme lo establezca dicha Secretaría en normas oficiales mexicanas.

4. La Sagarpa establecerá en los acuerdos las medidas de seguridad que se podrán adoptar en las zonas libres de Organismos Genéticamente Modificados, a fin de garantizar la adecuada protección de los productos agrícolas orgánicos.

El procedimiento para declarar las *zonas libres* de OGM's es excesivo en cuanto a requisitos. Los interesados tendrían que seguir un costoso proceso legal, conseguir el dictamen favorable de la comunidad, los gobiernos municipales y estatales, la Cibiogem, la Conabio y la Sagarpa, y que se demuestre científica y técnicamente que no es viable su coexistencia con transgénicos o que no cumpliría con los requisitos normativos para su certificación. Esto muestra que el enfoque para declarar *zonas libres* de OGM's es, para aquellos agricultores cuya producción sea certificada como orgánica, otro complicado y caro trámite, ajeno a quienes realmente necesitan las *zonas libres*, que son los campesinos de subsistencia, no empresarios agrícolas.

Si realmente se tratara de una ley de bioseguridad y se aplicara cabalmente el *enfoque de precaución*, es decir que la prohibición para la liberación de estos organismos debería estar contenida en la ley sin necesidad de ser solicitada, ya que todo México es centro de origen y diversificación continua del maíz. Estas medidas legislativas, en el caso del maíz, ignoran las condiciones biológicas de esta planta de polinización abierta y que, particularmente en México —como en otras latitudes—, los agricultores y los pueblos tradicionalmente intercambian sus semillas de maíz; tampoco toman en cuenta un cúmulo de evidencias científicas que muestran posibles impactos negativos para la agrobiodiversidad, la dispersión de los transgenes a lo largo del territorio nacional, así como su persistencia a través del tiempo y consecuente acumulación, y con esto, efectos inesperados para la agrobiodiversidad.<sup>32</sup>

Asimismo, la LBOGM establece en su artículo 2, fracción XI, determinarán las bases para crear un *régimen especial de protección al maíz*, el cual debería quedar contemplado en el respectivo reglamento de la ley. Respecto al régimen de protección especial para el maíz el reglamento originalmente establecía que éste se con-

<sup>32</sup> Cfr. *Denuncia popular...*, op. cit.

formaría por las “disposiciones jurídicas relativas a la bioseguridad que establezca la autoridad”. Sin embargo, esta disposición quedó posteriormente reducida a su mínima expresión en una reforma reglamentaria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 2009.

Con la reforma al Reglamento de la LBOGM no sólo se pretendía eliminar el régimen de protección especial para el maíz, sino también para los demás cultivos originarios de México. La reforma referida únicamente establece la prohibición de usar maíces transgénicos “que contenga características que impidan o limiten su uso o consumo humano o animal, o bien su uso en procesamiento de alimentos para consumo humano” (Art. 67, Reglamento de la LBOGM), lo cual es insuficiente para proteger al maíz mexicano. Incluso la prohibición establecida es ineficaz si no se establecen medidas restrictivas, tales como: la prohibición del ingreso a México de maíz transgénico para consumo humano; la obligación de moler o transformar los maíces en grano que ingresan en las fronteras, mezclados con el maíz convencional, y el establecimiento de un control estricto en la venta de semillas híbridas provenientes de acervos susceptibles de ser contaminados con transgénicos.

Para crear un verdadero régimen de protección especial para el maíz, el mismo debería tomar en cuenta las características biológicas, agronómicas y culturales del cultivo de maíz en México y, por lo tanto determinar a todo el territorio nacional como centro de origen y diversificación continua del maíz. Las medidas contenidas en el Reglamento de la LBOGM que establecen el régimen de protección especial para el maíz, no son más que un acto de simulación, necesaria para la industria de la biotecnología, pues sin ésta el gobierno mexicano no puede otorgar permisos para la liberación de OGM's.

Por todo lo anterior, y aún quedando pendientes cosas por ser ampliamente analizadas, considero que la LBOGM no constituye en forma alguna un instrumento que pueda ser usado por la ciudadanía en general y los pueblos indios y campesinos mexicanos para realizar la defensa de la salud, la biodiversidad y las semillas nativas, fundamentalmente el maíz. Todo lo contrario, esta ley es una herramienta hecha a modo para minar las bases de la soberanía alimentaria y autonomía de los pueblos indios y campesinos.

### **Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas**

Esta ley tiene por objeto regular actividades relacionadas con la planeación y organización de la producción agrícola, su industrialización y comercialización. Su aplicación le corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Sagarpa y tiene por objeto regular:

- a) La producción de semillas certificadas.
- b) La calificación de semillas.
- c) La comercialización y puesta en circulación de semillas.

Son sujetos de esta Ley, los productores y comercializadores de semillas; los obtentores, fitomejoradores y mantenedores de semillas; los Comités Consultivos Regionales y Estatales de Semillas; asociaciones de agricultores consumidores de semillas; las instituciones de enseñanza superior; de investigación y extensión; y los organismos de certificación que realicen actividades relacionadas con las materias que regula esta ley.

Esta nueva ley de semillas constituye un complemento ideal de la LBOGM, pues su finalidad es otorgar “certidumbre” a las transnacionales semilleras, ya que al ser respaldadas por esta ley, podrán perseguir legalmente a cualquier agricultor que ellas consideren que usa sus “invenciones” sin pagarles. Como señala Silvia Ribeiro: “Ahora, gracias al Congreso y al gobierno mexicanos, podrán continuar su biopiratería histórica con total impunidad y al mismo tiempo demandar a cualquier campesino o agricultor que no les pague (o se contamine, si son transgénicos). De paso, se hicieron de un lugar privilegiado para seguir influyendo en las políticas sobre semillas en nuestro país y, por si fuera poco, financiados con dinero público”.<sup>33</sup>

Esta ley establece un Sistema Nacional de Semillas (Art. 7 al 11), como organismo coordinador del sector, del que invariablemente se deberá considerar su opinión en materia de planeación, diseño, operación, políticas y programas y sobre la reglamentación y normatividad derivada de la ley que se comenta, pero, sobre todo, actúa

<sup>33</sup> Silvia Ribeiro, “Nueva ley de semillas contra los campesinos”, *La Jornada*, 24 de agosto de 2007.

como “instrumento consultivo” para definir políticas relacionadas con las semillas. De sus 16 integrantes, nueve fueron asignados al sector empresarial (es decir, a las empresas privadas productoras y comercializadoras de semillas), con lo que dicho sector tiene garantizada cualquier decisión al respecto.

Este Sistema Nacional de Semillas quedó ligado a un instrumento financiero: el Fondo de Apoyos e Incentivos (Art. 11, 12, 13), que sirve como instrumento financiero para promover programas, acciones y proyectos de conservación, investigación, producción, certificación, comercialización, fomento, abasto y uso de semillas, por lo que en este contexto será una vía más para sangrar recursos públicos y subsidiar a las transnacionales. A través de este fondo se pretende financiar a las empresas dedicadas a la investigación, producción, certificación y comercialización de semillas, como la Monsanto, Syngenta, Dupont-Pionner –monstruos monopólicos semilleros–, pues tan sólo Monsanto “tiene el virtual monopolio global de las semillas transgénicas (casi 90%) y la mayoría del mercado global de otras semillas –junto con Syngenta y Dupont-Pioneer– controlan 44% de las semillas patentadas a escala global”.<sup>34</sup>

Este fondo se integrará por: a) las aportaciones que efectúen los gobiernos federal, estatales, del Distrito Federal y municipales; b) créditos y apoyos de organismos nacionales e internacionales; c) las aportaciones y donaciones de personas físicas o morales de carácter privado, mixto, nacionales e internacionales; d) las aportaciones provenientes de los aranceles que se impongan a las semillas importadas.

Se establece también la posibilidad de que la calificación y certificación de semillas la realicen empresas privadas (Art. 30, 31 y 32), pudiendo conservar muestras de las semillas que califiquen, lo cual constituye un gran peligro, ya que al poner en manos de las agrocorporaciones la calificación y certificación de semillas, se les entrega la decisión de cuáles semillas pueden ser comercializadas o puestas en circulación, y cuáles no. Esto constituye una grave irresponsabilidad, pues se trata de lo que Vandana Shiva llama totalitarismo alimentario, mediante el cual un puñado de grandes empresas controla toda la cadena alimentaria, destruyendo economías y sistemas de control de

calidad locales, de modo que se obliga a los ciudadanos a confiar en la calificación de calidad de empresas privadas.

Paralelamente, se da pie a algo gravísimo. Esta ley abre la puerta para sancionar a quien no use semillas certificadas o registradas, obligando de esta forma a los campesinos a certificar sus semillas, criminalizando y sancionando cualquier intercambio “no certificado”, por ejemplo, si un agricultor produce su propia semilla y la intercambia o vende con otros agricultores. Con esto se destruyen prácticas comunitarias de libre intercambio de semillas –base del mantenimiento de la biodiversidad y seguridad alimentaria– entre campesinos y comunidades, transformando prácticas campesinas ancestrales en crímenes; esto constituye una criminalización del campesino y sus prácticas convivenciales de subsistencia.

Artículo 38. Incurrir en infracción administrativa a las disposiciones de esta Ley, la persona que:

I. Comercialice o ponga en circulación cualquier categoría de semillas sin cumplir con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley.

[...]

IV. Comercialice o ponga en circulación semillas que no cumplen con el procedimiento de calificación establecido en esta Ley, en las Normas Mexicanas y en las Reglas correspondientes.

[...]

VIII. No conserve la documentación comprobatoria de la calificación y certificación de semillas en los términos de esta Ley.

Con esta ley se crea un catálogo para variedades “comunes”, pretendiendo que los campesinos registren sus variedades, lo cual significará que en cierto plazo quien use cualquier semilla no registrada estará en infracción, así al no poder usar sus propias semillas si no están registradas se orilla a los campesinos pobres a depender de la industria de semillas. Además de abrir la puerta a la bioprospección y por lo tanto a la biopiraterización de los cultivos tradicionales.

#### *Leyes tlaxcalteca y michoacana para “protección” del maíz criollo*

A principios de marzo del presente año, el gobierno mexicano aprobó por primera vez la siembra de maíz transgénico en fase “piloto” –fase

<sup>34</sup> *Idem.*

posterior a la experimental y previa a la comercial— a favor de la multinacional Monsanto, para realizarse en el estado de Tamaulipas. Esto quiere decir que en México nos encontramos en la antesala de la liberación comercial de semillas de maíz genéticamente modificado. Por lo anterior, dentro del actual contexto mexicano en materia de transgénicos y sus consecuencias, es importante hacer referencia a dos leyes aprobadas recientemente en México y que han causado gran polémica en torno suyo.

Se trata de la *Ley de Fomento y Protección al Maíz como Patrimonio Originario, en Diversificación Constante y Alimentario, para el estado de Tlaxcala* y la *Ley de Fomento y Protección del Maíz Criollo como Patrimonio Alimentario del estado de Michoacán de Ocampo*. Estas dos leyes se presentan —por sus respectivos gobiernos estatales y algunas ONG’s— como iniciativas legislativas a nivel estatal, creadas con la finalidad de proteger el maíz nativo ante la amenaza de los OGM’s. Sin embargo, estas leyes en lo fundamental constituyen una trampa, al dar apariencia de protección cuando en realidad avalan la introducción de OGM’s, además de ejercer un mayor control estatal sobre las prácticas tradicionales de los pueblos indios y campesinos como lo es la gestión y manejo de sus semillas y el intercambio de éstas entre campesinos y pueblos. Como lo expresa Álvaro Salgado, “la defensa que los pueblos de maíz hacen de sus semillas en Tlaxcala, como en otras regiones de México, encuentra sus referentes históricos, culturales, políticos e incluso legales muy lejos de los planteados en las leyes que regulan la propiedad y circulación de las semillas, y que legalizan las siembras de OGM’s. Por lo menos este es el consenso nacional expresado contundentemente desde la diversidad de acciones colectivas en defensa del maíz en México”.<sup>35</sup>

Por ello se puede decir que las dos leyes que ahora nos ocupan, se encuentran muy alejadas del sentir y actuar de los pueblos indios y campesinos en torno a sus luchas por su autonomía, su territorio y la defensa que hacen de sus semillas nativas. Estas leyes encierran una grave contradicción, ya que hacen hincapié en que su objeto es la protección de los maíces criollos, al mismo tiempo que remiten a la LBOGM, aprobada a pesar de las múltiples protestas que se expresaron desde un amplio espectro de la sociedad mexicana y de que

<sup>35</sup> Álvaro Salgado, “Un laberinto sin salida”, *La Jornada*, México, 7 de mayo de 2011.

ha sido ampliamente cuestionada por pueblos indios, organizaciones campesinas y académicos comprometidos, por no cumplir con el *enfoque de precaución* y atender únicamente a intereses corporativos transnacionales.

Aun cuando estas leyes hayan sido creadas con la buena fe de proteger el maíz criollo —que por supuesto no es el caso—, las mismas son insuficientes para hacer una protección real y efectiva de los maíces nativos ante la destrucción transgénica desatada por el capitalismo neoliberal. Además de que, lejos de ampliar la autonomía y la creación de un marco de soberanía alimentaria para los pueblos indígenas y campesinos mexicanos, propicia un escenario de mayor homogeneización y fiscalización creciente de ancestrales prácticas campesinas de subsistencia. Veamos por qué se considera esto.

Ambas leyes, tanto la tlaxcalteca (Art. 7) como la michoacana (Art. 20), señalan que se negará la autorización para siembra y almacenamiento de OGM’s, “salvo que se acredite científicamente que no existe riesgo alguno de contaminación”. Esto a primera vista parece una decisión muy acertada y plausible ante la evidencia científica en torno al peligro que corren los maíces nativos, al tratarse el maíz de una planta de polinización cruzada y abierta.<sup>36</sup> Esto a simple vista nos lleva a pensar como Guillermo Almeyra cuando señala que “los decretos en cuestión [...] están dirigidos claramente contra los transgénicos, dejan el poder de decisión a ese respecto en las comunidades mismas, estableciendo, sin embargo, que los OGM’s son ilegales si existe el peligro de que contaminen, lo cual está probado, y llevan el problema al nivel federal, ya que los estados, soberanamente, sientan el principio de la defensa del maíz criollo, la cual obviamente es imposible si se difunden los transgénicos”.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Existen muchas investigaciones que advierten que el maíz es una especie de polinización cruzada y abierta, y el viento es el principal vector del polen, por lo que está claro que al sembrarse maíces transgénicos los genes de éstos se moverán a las variedades criollas o a parientes silvestres (teocintle o teocinte) cuando entren en contacto con ellos. Además del intercambio tradicional de semillas entre campesinos y pueblos, los cuales, sin sospecharlo, podrán tomar mazorcas de maíz transgénico (por no ser distinguibles del maíz no transgénico) y mezclarlas con las propias. Por lo que queda claro que al liberar maíz transgénico existe gran riesgo de contaminación de los maíces nativos. *Cfr. Denuncia popular...*, *op. cit.*

<sup>37</sup> Guillermo Almeyra, “En defensa del maíz criollo: los importantes casos de Tlaxcala y Michoacán”, *La Jornada*, México, 24 de abril de 2011.

En un primer momento, de la lectura de los artículos anteriormente referidos, se puede llegar a interpretar que se lanza la carga de la prueba a los interesados en la liberación de transgénicos, al poner un candado a la autorización para la siembra y almacenamiento de maíz transgénico, a menos que se acredite científicamente que no hay riesgo de contaminación. Si bien es cierto lo anterior, tenemos que atender al contexto legal del cual surgen estos dos decretos, además de que los mismos no especifican quién, cómo, ni mediante qué elementos probatorios se debe realizar la acreditación de la ausencia de riesgos de contaminación. Suponemos que esta duda quedará ventilada con la promulgación de los respectivos reglamentos. Sin embargo, al ser la LBOGM de aplicación supletoria y el marco jurídico federal en materia de bioseguridad, se hace evidente que los reglamentos remitirán a dicha ley y su reglamento en lo concerniente a los procedimientos contemplados para la autorización de siembras y evaluación de riesgos, lo cual no es nada alentador atendiendo al contenido de la LBOGM. Ante este panorama, cabe preguntarnos:

- ¿A qué estudios darán mayor valor los encargados de dar las autorizaciones para siembra y almacenamiento en los estados de Tlaxcala y Michoacán?
- ¿A los que presenten campesinos, investigadores y académicos comprometidos con la salud, el medio ambiente y los pueblos indios y campesinos y sus formas de vida, o a los presentados por las empresas agrobiotecnológicas interesadas en ampliar sus mercados y generar ganancias?

Esta es una cuestión fundamental para evaluar la real pretensión de las leyes que nos ocupan.

Tanto la ley tlaxcalteca como la michoacana son motivadas por la LBOGM y por lo tanto remiten a la misma. Por lo anterior llevan, como bien dice Álvaro Salgado, a un “laberinto sin salida”, ya que él mismo –refiriéndose a la ley tlaxcalteca– puntualiza que “al ser la propia Ley de Bioseguridad motivación de la ley estatal –incluso es de aplicación supletoria–, es imposible no leer que la única forma de evaluar los riesgos es haciendo transitar los cultivos de OGM de maíz por las fases experimental y piloto, previas a la comercial”. De este modo, como dice Silvia Ribeiro, estas leyes “afirman la ley

Monsanto” (LBOGM), ya que la concesión de los permisos para siembras “experimentales” y “piloto” están condicionados a la evaluación que hacen la Sagarpa y la Semarnat –en el caso del maíz– (Art. 12 y 13, LBOGM), con base en los estudios de riesgo y los reportes de resultados que elaboran y presentan los propios interesados: a saber, las propias empresas solicitantes, o mejor dicho Monsanto y compañía. Estas empresas de ninguna manera revelarán si existe riesgo de contaminación, para la salud, la biodiversidad y mucho menos la devastación sociocultural que implican estas nuevas tecnologías, ya que lo único que consideran en sus evaluaciones es el comportamiento agronómico, es decir si los cultivos resisten agrotóxicos y matan gusanos, no si contaminan el ambiente y otros maíces, que es el tema nodal en México al ser centro de origen y diversificación constante del cultivo.<sup>38</sup>

Otra apariencia de protección asentada en estas leyes se encuentra en lo referente a la iniciativa para sentar las bases necesarias para que las autoridades estatales y municipales tramiten y obtengan las declaratorias federales para la protección del maíz criollo, como la de *zonas libres* de OGM’s contempladas en la LBOGM (Art. 1, fracc. VII, 19 y 22, en el caso de Tlaxcala y Art. 9, fracc. VIII y 24 en el caso de Michoacán). Sin embargo, esto queda igualmente en una defensa pobre y poco eficaz, ya que ambos ordenamientos remiten al procedimiento contemplado en la LBOGM.

El procedimiento contemplado en la LBOGM para declarar las *zonas libres* de OGM’s contempla demasiados requisitos. Tal cual lo contempla la LBOGM, un requisito fundamental para ser declarada una *zona libre* de OGM’s, es que quede demostrado científica y técnicamente que no es viable la coexistencia de los cultivos tradicionales con transgénicos o que no cumpliría con los requisitos normativos para su certificación como agricultura orgánica.

Dicha evaluación de riesgos corresponde –en el caso que nos ocupa– a la Sagarpa y la hará con base en los propios estudios de riesgo hechos por las empresas interesadas en la liberación de transgénicos, durante las fases “experimental” y “piloto”, lo cual no da ninguna garantía de protección, al ser valorada únicamente la información

<sup>38</sup> Cfr. Silvia Ribeiro, “Maíz transgénico. Leyes para prevenir la justicia”, *La Jornada*, México, 26 de marzo de 2011.

aportada por las propias empresas interesadas. Por si fuera poco, esto muestra que el enfoque planteado por la LBOGM para declarar *zonas libres* de OGM's es para aquellos agricultores cuya producción sea certificada como orgánica, otro complicado y caro trámite, ajeno a quienes realmente necesitan las *zonas libres*, que son los campesinos e indígenas preocupados por la protección de su maíz, fuente de su subsistencia.

Aun en el caso de que fueran autorizadas dichas declaratorias de *zonas libres*, el establecimiento de las mismas, por lo menos para el caso del maíz dadas sus características biológicas, no evita la contaminación progresiva de variedades criollas o nativas y los maíces convencionales en todo el territorio nacional, así como la amenaza de un colapso en los maíces nativos, derivada de la acumulación de transgenes. Si bien las *zonas libres* de transgénicos pretenden proteger a los agricultores orgánicos, queda evidenciado que el flujo genético o de semillas tarde o temprano alcanzará y afectará ese tipo de producción, así como su certificación y mercado. El riesgo de contaminación no se limita sólo a la posibilidad de contaminación de las semillas transgénicas en las parcelas contiguas que estarían sembradas con maíces nativos.<sup>39</sup>

A pesar de la declaratoria de *zonas libres*, en el momento en que los maíces transgénicos circulen a nivel comercial, la contaminación se daría a larga distancia. Por ello, más allá del ámbito biológico, se debe garantizar a los pueblos su derecho a elegir el tipo de agricultura y formas de producción que resguarden la integridad ecológica y económica de sus territorios, sin que corran el riesgo de daños irreversibles a la diversidad biológica y al ambiente.<sup>40</sup>

Asimismo, tanto la ley tlaxcalteca como la michoacana (Art. 53 y 34, respectivamente), establecen la creación de fondos de semillas y listas de productores, los cuales serán autorizados y supervisados por el Consejo Estatal del Maíz en el caso de Tlaxcala y la Secretaría de Desarrollo Rural en el caso de Michoacán. Estas disposiciones, lejos de establecer las bases jurídicas para un marco de real soberanía alimentaria, solamente propician un escenario de creciente fiscalización, homogenización y centralización que medirá ahora la relación

<sup>39</sup> Cfr. *Denuncia popular...*, op. cit.

<sup>40</sup> *Idem*.

de los pueblos con sus semillas, criminalizando prácticas campesinas antiquísimas como el control de calidad comunitario y el intercambio de semillas entre campesinos y pueblos. Como fue expresado en el *Comunicado de la Red en Defensa del Maíz sobre siembras piloto y leyes estatales de "protección" del maíz*, "la soberanía alimentaria radicarán siempre en el respeto del derecho colectivo a tener, guardar e intercambiar libremente semillas nativas sin la imposición de mecanismo alguno de control estatal, federal o empresarial (sea certificación, inventario, banco de semillas, catálogo de variedades, patentes, denominaciones de origen o derechos de obtentor)".<sup>41</sup>

Si realmente existe voluntad política para crear un verdadero régimen para proteger los maíces nativos, en principio de cuentas éste debe aplicarse en todo el territorio nacional para ser protegido integralmente como unidad territorial, donde existen infinidad de registros y procesos vivos de creación y diversificación continua del maíz, así como de flujos tradicionales de semillas. Es decir, todo el territorio nacional debe ser tratado como centro de origen y diversificación constante. "Es indispensable comenzar por la definición de 'centro de origen y diversidad' como una unidad en la que se consideren factores genéticos, biológicos, socioculturales, ecológicos, arqueológicos y evolutivos, en un contexto geográfico", ya que los criterios de centro de origen y de centro de diversidad, junto con el Régimen de Protección Especial al Maíz, tal como están referidos en la ley y su reglamento, "no cumplen con el propósito de proteger y resguardar el germoplasma nativo del maíz y sus parientes silvestres en México".<sup>42</sup>

Por todo lo anterior, se considera que la normativa nacional en materia de bioseguridad y toda aquella que atañe al tema del maíz en México y demás cultivos tradicionales, así como su supuesta protección ante los peligros de la contaminación transgénica, no sólo

<sup>41</sup> *Comunicado de la Red en Defensa del Maíz sobre siembras piloto y leyes estatales de "protección" del maíz* [en línea]. Disponible en Internet, [http://www.biodiversidadla.org/Portada\\_Principal/Recomendamos/Mexico\\_comunicado\\_de\\_la\\_Red\\_en\\_Defensa\\_del\\_Maiz\\_sobre\\_siembras\\_piloto\\_y\\_leyes\\_estatales\\_de\\_proteccion\\_del\\_maiz](http://www.biodiversidadla.org/Portada_Principal/Recomendamos/Mexico_comunicado_de_la_Red_en_Defensa_del_Maiz_sobre_siembras_piloto_y_leyes_estatales_de_proteccion_del_maiz) [consulta: 26 de mayo de 2011]. Al respecto también ver, Ana de Ita, "Ley de protección al maíz de Tlaxcala: caballo de Troya", *La Jornada*, México, 26 de abril de 2011.

<sup>42</sup> Cfr. Takeo Ángel Kato Yamakake, Cristina Mapes Sánchez, Luz María Mera Ovando, José Antonio Serratos Hernández y Robert Arthur Bye Boettler, *Origen y diversificación del maíz. Una revisión analítica*, UNAM, Conabio, México, 2009.

es inadecuada, sino que abiertamente constituye una herramienta encaminada a minar las bases de sustentación de los diversos pueblos indios y campesinos en beneficio del poder corporativo transnacional agrobiotecnológico.

V. LA AUTONOMÍA EN LOS HECHOS:  
UNA POSIBLE RESPUESTA ANTE UN CONTEXTO  
LEGAL ADVERSO

El contexto legal en México respecto a la defensa del maíz y las semillas nativas es abiertamente adverso, aun cuando el Estado mexicano haya firmado y ratificado tratados y convenios internacionales en los que se encuentran reconocidos derechos a los pueblos indios y campesinos; así como obligaciones al Estado para salvaguardar bienes fundamentales como lo son las semillas nativas y los conocimientos, costumbres y prácticas culturales asociados a la biodiversidad.

La anterior contradicción puede comprenderse en virtud de que, dentro del contexto de la globalización, existen y circulan diferentes sistemas legales. Es decir, coexisten una pluralidad de centros legales o fuentes de órdenes normativos. Por lo anterior, se hace preciso reflexionar la problemática antes expuesta dentro del escenario del pluralismo jurídico de globalización, donde coexisten formas de derecho de geometría variable y con distintos niveles de eficacia. Como señala Alejandro Medici: "La tendencia predominante de las formas de juridicidad que acompañan el despliegue de la globalización realmente existente, parece ser el de la construcción de formas diferentes de derecho, que se caracterizan por tener distintos objetivos, racionalidades, velocidades y niveles de eficacia, donde los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos coexisten con otras formas de juridicidad, como la nueva *lex mercatoria* y el *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*".<sup>43</sup>

<sup>43</sup> *Lex mercatoria*: prácticas de las corporaciones transnacionales, que establecen un derecho informal, consuetudinario a la vez que flexible para regir las relaciones con sus subcontratistas, con otras empresas transnacionales, e incluso entre sectores de su propio mercado intraempresario. Es una forma jurídica que adopta ese nombre por analogía el derecho construido en el pasaje de la Edad Media a la Edad Moderna por las prácticas comerciales de los mercaderes que trascendían la unidad económica de los feudos. La actual *lex mercatoria*,

Por lo anterior es que en los hechos no existe punto de comparación entre el poder de los corporativos transnacionales en relación con la capacidad de las personas de a pie —de la milpa— para defender sus derechos, aunque reconocidos internacionalmente. Esta asimetría de derechos y subjetividades que los hacen valer, se hace patente al analizar la diferencia de efectividad en su capacidad de influenciar y obligar a los estados en las instituciones económico financieras y comerciales internacionales, como el FMI y el BM, o el sistema GATT-OMC, en relación con los avances y la efectividad en materia de protección internacional de los derechos humanos, en particular los llamados derechos económicos, sociales y culturales, por lo que lleva razón Alejandro Medici cuando afirma que estamos ante la subsumición de los derechos humanos frente a la acumulación mundial de capital y sus necesidades, según las entiende la hegemonía ideológica del neoliberalismo, porque más allá de la retórica legitimadora, en realidad unos derechos humanos realmente universales, indivisibles e interdependientes<sup>44</sup> constituyen distorsiones del mercado, y su garantía jurídica una regulación inadmisibles en el paradigma neoliberal.<sup>45</sup>

La eficacia diferencial de distintas porciones del "orden jurídico internacional" es signo de hegemonía. La hegemonía del neoliberalismo y la fuerza estructural del capital, activan diferencialmente porciones del dispositivo jurídico, lo que tiene una incidencia directa en la respuesta a la pregunta acerca de qué derechos se globalizan

resulta funcional a los nuevos modelos de gestión y producción económica segmentados transnacionalmente y articulados en una red que trasciende las jurisdicciones estatales. Su objetivo es posibilitar una ingeniería jurídica financiera que maximice las ganancias y reduzca los costos transaccionales, sociales, ambientales y fiscales de la producción. De esta forma, la producción segmentaria se organiza teniendo en cuenta los costos de cada actividad, la posibilidad de externalización de los mismos, desplazando las actividades de acuerdo con esta lógica, y también la necesidad de flexibilidad e informalidad para las transacciones y eventuales litigios evitando el lento y oneroso ritualismo de las instancias jurisdiccionales de los estados nacionales. *Nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*: constituye una herramienta jurídica internacional encaminada a brindar estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales), que obliguen a los estados. Es decir, el uso de la forma jurídica y su capacidad de constreñir, para asegurar, consolidar y estabilizar la lógica de la globalización neoliberal. Alejandro Medici, "Globalización y crisis del Estado de derecho", ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Político, Córdoba, Argentina, 28 y 29 de septiembre de 2006.

<sup>44</sup> Conferencia de Viena organizada por las Naciones Unidas en 1993.

<sup>45</sup> Cfr. Medici, *op. cit.*

y cuáles, no sólo no lo hacen, sino que ven constreñidos sus niveles de garantía estatal, rompiéndose de esta forma su inescindibilidad y unidad, y por lo tanto su universalidad. [...] pueden globalizarse los derechos que son retóricamente compatibles con la acumulación de capital a escala mundial, que suponen marcos de previsibilidad y seguridad jurídica para la libertad de inversión y el derecho de propiedad privada, es decir, que no suponen regulaciones jurídicas y mucho menos transferencias de poder que interfieran con el “orden natural” del mercado globalizado.<sup>46</sup>

De este modo, gracias a la hegemonía del neoliberalismo y por tanto su capacidad de imponer, no sólo una lógica de actuación, sino también regulaciones jurídicas hacia dentro de los estados nacionales, se ven desactivados los derechos económicos sociales y culturales reconocidos internacionalmente y por tanto su garantía de efectivización. La autoridad internacional del FMI en materia económica se ejerce por su capacidad material y estructural de inducir comportamientos macroeconómicos a los estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional (como México), para lo cual se establecen “reglas técnicas” de la buena conducta económica, que implican ajustes estructurales que refuerzan un contexto socioeconómico y geopolítico contrario a la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales. Con base en estos ajustes estructurales se crean y modifican leyes que territorializan un nuevo orden colonial, articulando toda una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de dominación, explotación, exclusión y marginación de amplios sectores sociales.

De modo que las regulaciones jurídicas nacionales son impuestas como condición para recibir algún tipo de inversión económica, bajo el chantaje de quedar excluidos de los flujos de producción y comercio internacionales. Esta imposición, no sólo abre la puerta al despojo y explotación de recursos de los países del tercer mundo y degradación a nivel socioeconómico, sino que tiene también como consecuencia la transformación de dinámicas sociales, culturales, políticas y estéticas así como de lugares y representaciones simbólicas, base y fundamento de formas de la convivencia y subsistencia de amplios sectores de la sociedad, como son los pueblos indígenas y campesinos mexicanos.

<sup>46</sup> Medici, *op. cit.*

Estas transformaciones implican una profunda degradación de los diversos tejidos sociales entretejidos que conforman México, al invisibilizar, descalificar, fiscalizar e ilegalizar prácticas, conocimientos y expresiones culturales de diversos pueblos indios y campesinos. De este modo, estas leyes nacionales no sólo no responden a las necesidades reales de los pueblos a las que van dirigidas, sino que constituyen un obstáculo para la efectivización de sus derechos, por lo que se ven obligados a actuar al margen y abiertamente en contra de la ley. Como dice Ramón Vera:

Con el debido respeto para quienes buscan incidir políticamente en el aparato jurídico mexicano, hay que recordar que, por lo menos desde 1992, las leyes en México se cocinan para servir de obstáculo concreto a los afanes de justicia de la población. Con este férreo control jurídico legal, quienes hacen leyes orillan a la gente a no tener cabida en la ley y, valga la obviedad, a quedar y a actuar fuera de la ley.<sup>47</sup>

Así se entiende la denuncia de Vandana Shiva, cuando dice que “el fenómeno de la biopiratería y la piratería intelectual por los intereses comerciales occidentales ha surgido como consecuencia de la devaluación y la invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena, y la falta de protección para estos sistemas”.<sup>48</sup> La imposición de un orden normativo, como lo es el que rige el régimen de patentes y de protección a la propiedad intelectual, a través de las políticas de la OMC y el FMI, es consecuencia de una descalificación e invisibilización de los sistemas normativos campesinos e indígenas, a favor de –al interior de los Estados nacionales– un paradigma estatista de la producción del derecho, que mutila la gran riqueza y complejidad del fenómeno de lo jurídico, íntimamente ligado a realidad social y cultural de los procesos sociales donde nace y se nutre el derecho, y que permiten la constante transformación y reflexión de lo jurídico.

En la misma línea, Andressa Caldas, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos refiere que al reduccionismo científico de la modernidad corresponde el monismo jurídico y la imposición de un modelo único de Estado, demostrando que existen complicidades íntimas

<sup>47</sup> Ramón Vera Herrera, “El maíz y su defensa más transparente”, *Hojarasca. Voces de un mundo en movimiento*, núm. 168, México, abril de 2011, p. 8.

<sup>48</sup> Vandana Shiva, *Las nuevas... op. cit.*, p. 90.

entre la ciencia y el derecho estatal en la construcción de la modernidad capitalista. Así se entiende como la ciencia moderna asumió el extraordinario privilegio epistemológico de ser la única forma de conocimiento válido frente a otros saberes, del mismo modo que el derecho estatal moderno asumió igualmente el extraordinario privilegio jurídico de ser la única forma de derecho válida.<sup>49</sup> Es en atención a esta misma lógica que Shiva dice que las variedades nativas, llamadas criollas —que evolucionan por medio de la selección natural y humana, producidas por los campesinos del Tercer Mundo— se consideran plantaciones primitivas y no viables, mientras que las creadas por las grandes agro-corporaciones y centros de investigación internacionales son llamadas plantaciones y semillas de elite. Sucede lo mismo con las concepciones jurídicas de las comunidades tradicionales, basadas en su propia conciencia social, lengua, saberes, cultura, costumbres y prácticas sociales, las cuales no son consideradas derecho frente al orden normativo engendrado por el Estado.

Esta doble lógica reduccionista se engarza para crear una férrea dominación jurídico-epistemológica que descalifica e ilegaliza conocimiento y derecho indígena. Así la invisibilización y la descalificación de la ciencia [saberes] campesina, y la potencialización del saber científico-empresarial opera y es instrumentada jurídicamente a través de las leyes estatales, que reflejan la complicidad existente entre la ciencia occidental moderna y el modelo de desarrollo dominante —entendido como la ideología de la superioridad del modelo civilizatorio occidental capitalista— basado en un paradigma científico-tecnológico ligado al colonialismo y la imposición violenta de una epistemología excluyente, que priva a los pueblos de culturas diferentes la oportunidad de definir sus propias formas de su vida social y cultural.<sup>50</sup>

Es precisamente en este ámbito de resistencia en el que los pueblos indios y campesinos mexicanos —los pueblos del maíz—, afectados por las políticas y leyes neoliberales “están ya en defensa del maíz, no sólo manteniendo las estrategias que hacen posible ser pueblos de la cultura de maíz, sino encontrando de manera comunitaria y colectiva los caminos para protegerse y defenderse de esta tecnología que

<sup>49</sup> Caldas, *op. cit.*, p. 108.

<sup>50</sup> Cfr: Raúl Fomet-Betancourt, *La interculturalidad a prueba* [en línea]. Disponible en Internet, <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> [consulta: 4 de junio de 2011].

representa un intento más por mantener la hegemonía del proceso civilizatorio occidental. En este contexto, sembrar maíz es un acto de protesta y de resistencia política activa. Significa estar fuera del sistema capitalista y su lógica sacrificial.<sup>51</sup>

Es, pues, desde la autonomía ejercida en los hechos que los pueblos del maíz cuestionan los sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual, así como las leyes y políticas neoliberales impuestas en los últimos 20 años, evidenciando que esta reestructuración del capitalismo pone en peligro, no sólo a éstos como comunidades locales, sino a la humanidad toda, pues se deja en manos de unas cuantas corporaciones la gestión y manejo de las bases de subsistencia de la humanidad. Por ello resulta de vital importancia que todos actuemos para que continúen existiendo espacios de la vida humana y natural que no sean comerciables bajo la actual lógica del capitalismo neoliberal. Entre ellos se encuentran muchos bienes, *recreaciones y entornos comunes* que permiten la producción, la reproducción y el desarrollo de la vida humana, animal y vegetal. Por esta razón, detener el proceso de neo-conquista neoliberal que invade todos los aspectos de la vida y la naturaleza, implica defender que muchas dimensiones del mundo social, cultural y económico deben estar fuera del alcance depredador del mercado, sobre todo aquellos aspectos que permiten el mantenimiento y el desarrollo de nuestras condiciones de existencia: el aire, el agua, las variedades de plantas y especies animales, los genes de todas las criaturas, las reservas de conocimiento humano, semillas para el cultivo sostenible y tradicional.<sup>52</sup>

En este mismo sentido creemos que localmente se puede tener la titularidad y la gestión local de bienes globales o recreaciones consideradas comunes para la humanidad —como la biodiversidad y los cultivos tradicionales— a partir del reconocimiento del dominio territorial y derechos colectivos a los pueblos indígenas y comunidades

<sup>51</sup> Álvaro Salgado, “Lectura diacrónica de los mitos fundantes del maíz nativo, elementos para fortalecer la defensa de los pueblos de maíz”, en *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales Padre-madre: nuestro maíz* [en línea], José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 125. Disponible en Internet, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2898/16.pdf> [consulta: 13 de junio de 2011].

<sup>52</sup> Cfr: David Sánchez Rubio, “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos”, en *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*, Alejandro Rosillo (coord.), Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2008.

tradicionales del tercer mundo. Se trata de defender que éstos sean los titulares y gestores de la biodiversidad y de los bienes comunes, que el iusfilósofo andaluz, David Sánchez Rubio, ha definido como *recreaciones, entornos y espacios comunes de la humanidad*. Incluso el mismo Sánchez Rubio habla de *herencia local* de la humanidad, es decir, los cuidados, obras y las recreaciones que los pueblos indios desarrollan localmente, en sus relaciones con la naturaleza, todo lo cual nos beneficia a todos, a nivel global.<sup>53</sup> Esto implica necesariamente el reconocimiento de su autonomía y autodeterminación como pueblos, ligados a un territorio y a una cultura, con la capacidad de decidir respecto de los bienes situados en sus territorios, estableciendo ellos mismos que deben regir en las relaciones económicas en las que son parte.

Se trata de una disputa por el poder de la enunciación jurídica entre el poder estatal –subordinado a la lógica neoliberal– y otras situaciones y espacios sociales, que mediante la recuperación de la memoria antigua, el saber histórico de las luchas y la puesta en marcha de procesos sociales que crean conceptos y realidades para la construcción de condiciones de dignidad humana cuestionan la autorreferencialidad del Estado, devolviéndole al pueblo su capacidad de decisión sobre todo aquello que les concierne y afecta. Esta *juridicidad alternativa*, forjada por pueblos indios y campesinos desde la tradición en la que se enmarcan y en sus luchas reivindicatorias, se expresa en su *lengua vernácula*,<sup>54</sup> la cual tiene los conceptos, las categorías, en

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> “El término “vernáculo” viene de una raíz indogermánica que implica la idea de “arraigado” de “morada”. En latín, *vernaculum* designaba todo lo que era noble, tejido, cultivado, confeccionado en casa, en oposición a lo que se procuraba por intercambio [...] subsistencia nacida de estructuras de reciprocidad inscritas en cada aspecto de la existencia, distintas de las subsistencias que provenían del intercambio monetario o de la distribución vertical. El término “vernáculo” se empleó en este sentido general desde la época preclásica hasta las formulaciones técnicas del código teodosiano. Varrón recurrió a este término para introducir la misma distinción a propósito de la lengua. El *habla vernácula*, para él, está hecha de palabras y giros cultivados en el dominio propio del que se expresa, en oposición de lo que se cultiva y se trae de otra parte. Illich busca en el término vernáculo una palabra que “califique las acciones autónomas, fuera del mercado, por medio de las cuales la gente satisface sus necesidades diarias, acciones que escapan por su misma naturaleza al control burocrático, satisfaciendo necesidades, que por ese mismo proceso, obtienen su forma específica. [...] Al hablar de la lengua vernácula y de la posibilidad de su recuperación, trato de que se tome conciencia y se discuta la presencia de una manera de existir, de actuar, de fabricar que, en una deseable sociedad futura, podría extenderse de nuevo a todos los aspectos de la vida”.

definitiva los elementos a través de los cuales ese pueblo enraizado en un lugar [tierra, terruño, territorio], con un pasado, un presente y un futuro, define, se apropia y transforma la realidad.

De este modo, con base en esta *juridicidad alternativa* expresada dentro del amplio abanico del pluralismo jurídico de la globalización, los pueblos del maíz ejercen en los hechos el derecho a la autonomía, como *derecho madre* que constituye un contrapoder que articula saberes, prácticas y organización política orientados a abrir espacios de dignidad humana. Es desde este *lugar* que se hace un cuestionamiento profundo de la legalidad vigente e impuesta, y se propone y actúa al margen de ésta para crear las bases jurídicas, políticas y epistemológicas donde se reconoce y valora la paciencia y el trabajo de criar y crear el maíz; la profunda relación con la tierra, con el tiempo y la sabiduría de saber estar en comunidad en un territorio; el don de las diversas semillas con sabor, color, danza, alegría siempre en distribución e intercambio, como fuerza, celebración, fiesta y ritualidad; expresión estética y técnica de culturas vivas que se expresan en lenguas vivas. Por lo que la defensa del sagrado maíz –con todos sus nombres, formas, colores y sabores– y las demás semillas nativas y sus formas de cultivarlas [la milpa, pues], pasa necesariamente por la defensa integral de los pueblos de maíz y su autonomía. La soberanía alimentaria será entonces la defensa, recuperación y la reconstitución integral de los pueblos indígenas y campesinos en México.<sup>55</sup>

De este modo Illich opone el término *lengua vernácula* al de *lengua materna*, es decir una lengua que nace como instrumento al servicio de una causa institucional. La lengua que el Estado decidió que debería ser la primera lengua del ciudadano, considerando a la gente una criatura que tiene necesidad de que se le enseñe a hablar correctamente para “comunicarse” con el mundo moderno. *Cfr.* Ivan Illich, *Obras reunidas II*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 92-98. A partir de las reflexiones de Illich respecto a la lengua vernácula creo encontrar una conexión con respecto al derecho, es decir la diferencia entre un derecho nacido de estructuras de reciprocidad inscritas en cada aspecto de la existencia de un pueblo y otro derecho que nace como instrumento al servicio de una causa institucional desvinculado de la realidad sociocultural de los pueblos indios.

<sup>55</sup> *Cfr.* Álvaro Salgado, “Lectura diacrónica”, *op. cit.*, p. 128.

## QUINIENTOS AÑOS DEL SERMÓN DE MONTESINOS Y DEL COMIENZO DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS HUMANOS EN HISPANOAMÉRICA

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De la esclavitud de hecho al establecimiento de la encomienda*. III. *El sermón de Montesinos*. IV. *Frutos inmediatos de la prédica de Montesinos*. V. *Colofón*.

### I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de este año de 2011, cuando la tradición y los cultos cristianos celebren el tiempo litúrgico del Adviento, se estarán cumpliendo quinientos años de un famoso sermón, pronunciado probablemente en alguna capilla construida de paja, todavía provisional, en la recién fundada ciudad de Santo Domingo en la isla La Española, sede del gobierno español en Indias. Esa homilía, dicha en una humilde capilla, en un rincón del mundo, fue dada por el fraile dominico Antón o Antonio de Montesinos o Montesino y su importancia radica en que constituye el primer acto de defensa de los derechos humanos en Hispanoamérica; y el sermón será el detonante para el ensayo de otras políticas sociales y económicas menos opresivas por parte de la Corona, y para que se produjese un derecho más humano.

El sermón de Montesinos constituye un hito en la historia del derecho, no sólo indiano, sino en general. Según José M. Chacón y Calvo “en la humilde residencia de unos oscuros frailes surgía un derecho

nuevo”.<sup>1</sup> Chacón agrega que se trata de un “Derecho de profunda raíz teológica”,<sup>2</sup> y raigambre bíblica, agrega Gustavo Gutiérrez.<sup>3</sup> Se trata, además, decimos, del inicio de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos, que nace en la defensa concreta de los empobrecidos de las Indias. Sí, ya podemos hablar de *derechos humanos*, “pero no en una perspectiva liberal y formalmente igualitaria, sino en la línea del derecho de los pobres, condenados a la muerte y a la destrucción por el opresor en busca de oro”.<sup>4</sup>

Traigamos a la memoria la historia del sermón de Montesinos, a quinientos años de su prédica.

## II. DE LA ESCLAVITUD DE HECHO AL ESTABLECIMIENTO DE LA ENCOMIENDA

El gobierno de las Antillas, bajo el mando del almirante Cristóbal Colón, fue un rotundo fracaso; la administración del virrey absoluto de todas “las tierras descubiertas y por descubrir” –título que obtuvo de la Capitulación de Santa Fe–, fue un factor importante para que la vida se hiciera “intolerable para los colonos y para los naturales”.<sup>5</sup>

Colón llegó por última vez a La Española el 31 de agosto de 1498. Trato de contentar a los colonos, ya que, a su partida, muchos de ellos se habían sublevado siguiendo al alcalde mayor de La Isabela, Francisco Roldán. Así puso en práctica la autorización que traía de la Corona de repartir tierras a cuantos querían avecindarse, pues según Carta Potente de 22 de julio de 1497, Colón quedaba facultado para dar títulos territoriales, ya que la intención de la Corona era transformar la factoría en colonia, con vecinos organizados a la manera castellana, cada uno con su parcela propia y con sus derechos de propiedad garantizados.

<sup>1</sup> Citado por Venancio Carro, en *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Ed. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1951, p.1.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Cfr. Gustavo Gutiérrez, *En busca de los pobres de Jesucristo. El pensamiento de Bartolomé de Las Casas*, Ed. Instituto Bartolomé de Las Casas, Rimac y Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1992, p. 50.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>5</sup> Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho en México*, t. I, Porrúa, México, 1984, p. 214.

Pero como los españoles avecindados en la isla habían estado utilizando a los indios nativos tanto en servicios personales (*naborías*) de naturaleza improductiva, como obligándolos a trabajar en las minas y en el campo, al recibir las tierras se negaron a dejar de utilizar a los indios. Colón aceptó este hecho. “En forma casi natural a juicio de los recipientes de tierras, los indios pasaron pues a formar parte también de las propiedades y a estar sujetos a las mismas disposiciones que sus tierras, esto es, trueque, venta, traspaso y arrendamiento. Esta mutación del estado jurídico del indio no sería, sin embargo, fácilmente aceptada por la Corona. Ésta sostendría más tarde que los indios legalmente eran sus vasallos y por ende, hombres libres. El fenómeno tenía por antecedente el repartimiento de tierras en Castilla, donde, en principio, el acto de repartir sólo afectaba los terrenos concedidos; de hecho, la tradición feudal prevalecía en muchos casos y junto con las tierras también se incluían los vasallos adscritos a ellas”.<sup>6</sup> Colón justificó ante la Corona estos hechos, sosteniendo que era la única forma de mejorar la situación de la colonia.

Para esto, los Reyes Católicos habían nombrado como su representante encargado de todos los negocios de Indias, al obispo de Burgos, Juan Rodríguez de Fonseca. Este prelado estaba convencido de que Colón era un obstáculo para la expansión de España en el Nuevo Mundo, por los grandes privilegios que había obtenido en virtud de la Capitulación de Santa Fe y porque lo consideraba egoísta en exceso. Mientras estuviera vigente el contrato de Santa Fe era imposible para la Corona iniciar legalmente nuevas exploraciones por su cuenta hacia otras regiones. Nos dice Moya Pons que en 1499 “había en Sevilla banqueros y comerciantes dispuestos a asociarse con la Corona si ésta les daba buena participación en los beneficios de futuros viajes de exploración”.<sup>7</sup> De tal modo que la caída de Colón no se debió en sí misma a sus excesos o a su mala administración, pues, de hecho, en su última etapa había dado buenos dividendos a la Corona. “La salida de Colón y sus hermanos del gobierno de la isla era un paso necesario, a juicio de Fonseca, si los reyes querían transformar aquella aventura en un negocio realista. Si Colón fue encarcelado

<sup>6</sup> Frank Moya Pons, *Después de Colón. Trabajo, sociedad y política en la economía del oro*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 24.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 26.

por Bobadilla y enviado con grillos a España, ello se imponía por la naturaleza de la sucesión gubernamental. Un golpe de estado al alborear el siglo XVI requería, como en pleno siglo XX, el uso de la fuerza. Colón se resistió, pero de nada le sirvió, pues seguía siendo impopular y sus enemigos apoyaron al Comendador con el ánimo de quedar en su lugar. A principios de octubre del año 1500, Colón fue obligado a dejar el suelo de la isla. Sólo regresaría definitivamente a ella después de muerto”.<sup>8</sup>

Por medio de una Real Cédula firmada en Granada, el 3 de septiembre de 1501, fue nombrado gobernador de las Indias, fray Nicolás de Ovando, de la orden de Alcántara. Con esto la reina Isabel violaba lo pactado en Santa Fe con Colón, en el sentido de que éste sería el gobernador perpetuo de todas las Indias.

Ovando recibe unas primeras Instrucciones de la Corona, conteniendo directrices para el manejo de los asuntos relativos a los indios, cuya explotación era bien conocida por los monarcas. Según estas instrucciones, los indios deberían ser enseñados en la fe católica de manera amorosa, sin forzarlos; se insiste en que los indios deben ser bien tratados como vasallos de la Corona, y que el gobernador debía brindarles protección para evitar que los españoles les robaran y arrebataran sus bienes. Se establece, también, que los indios tendrían la libertad de vivir en donde quisieran. Por otro lado, los indios, como vasallos de la Corona debían pagar tributos, los cuales debían fijarse con acuerdo del gobernador y los caciques indios, de manera que ambas partes quedaran satisfechas. En donde se rompe el principio de la libertad de los indios, es en la disposición que establece que debían tomarse algunos indios y obligarlos a trabajar en las propiedades y minas reales a cambio de un jornal justo.

A fines de marzo de 1503, los reyes dan dos nuevas Instrucciones a Nicolás de Ovando, unas públicas y otras secretas. En las Instrucciones Públicas de Zaragoza de 29 de marzo de 1503, la Corona castellana reitera lo dispuesto por las Instrucciones de 1501. Aparecen, incluso, en un tono más paternalista para con los indios, pues se ordena que los indios debían reunirse en pueblos contruidos especialmente para

<sup>8</sup> *Ibidem* p. 27. Respecto de la última afirmación que hace Moya Pons, recuérdese la polémica que aún hoy subsiste acerca del lugar en donde reposan los restos de Colón: ¿Santo Domingo o Sevilla?

ellos; ahí tendrían sus casas, vivirían con sus mujeres e hijos, labrarían sus tierras y criarían sus ganados, acompañados por capellanes que debían enseñarles la doctrina cristiana.

Sin embargo, “ese plan de apariencia bondadosa y paternal” contenía otra finalidad y propósitos nada favorables a los indios, los cuales quedan revelados en la Instrucción Secreta de 20 y 29 de marzo de 1501. En ésta se decía a Ovando “que solamente lo sepáis vos e non otras personas, sobre las cosas siguientes: ...Trabaxad que algunas de las poblaciones de los yndios se fagan cerca de las dichas minas donde se falla el oro, porque faya logar de se coger más”.<sup>9</sup> Así, la idea oculta en el “noble” plan de reducir a los indios a poblaciones donde iban a ser supuestamente educados, cristianizados y bien tratados, era la de crear reducciones en donde hubiera suficiente mano de obra disponible para la explotación de las minas a favor, no ya de los españoles sino de la Corona”.<sup>10</sup>

El plan no se implementó. Los indios en libertad huían a los montes y evitaban todo tipo de contacto con los españoles, de tal modo que no podían ser reducidos a pueblos. Ovando informó este hecho a la Corona, y la respuesta no se hizo esperar.

Por Real Cédula, suscrita por la reina Isabel en Medina del Campo, del 20 de diciembre de 1503, se dan nuevas Instrucciones a fray Nicolás de Ovando, por las que se le ordenaba que obligara a los indios a vivir entre los españoles y a trabajar en sus casas, en sus campos y en sus minas; “para que los vecinos de La Española sirvan a los cristianos en la labranza e granjería; e les ayuden a sacar oro pagándole sus jornales”,<sup>11</sup> “cada cacique debería traer cierto número de indios al trabajo, dejando los días de fiesta para la enseñanza de la doctrina cristiana. Todo esto sin olvidar que los indios eran gente libre y debían ser bien tratados”.<sup>12</sup>

Este es el origen, en la América española, del sistema de encomiendas. “La situación legal quedaba así salvada, a juicio de la Corona. Se declaraba la libertad de los indios, pero, en vista de la necesidad de atraerlos a la vida civilizada para que viviendo con los españoles se creara una colaboración mutua que beneficiara a uno y a otro, se

<sup>9</sup> “Instrucción secreta”, citada por Moya, *op. cit.*, p. 37.

<sup>10</sup> Moya, *op. cit.*, p. 37.

<sup>11</sup> Moya, *op. cit.*, p. 37.

<sup>12</sup> Esquivel Obregón, *op. cit.*, p. 215.

declaraba la necesidad de obligarlos a trabajar, aunque fuera en contra de su voluntad. Con estas disposiciones emitidas a finales de 1503, la explotación de los indios en La Española quedaba legalizada en los mejores términos. Este razonamiento, que se usó como pretexto en los mismos principios de la colonización de las Indias, sirvió durante más de dos siglos para justificar el régimen de las encomiendas en la América Hispana".<sup>13</sup>

Nace, pues, así, el *sistema de encomienda* en Indias, como una *institución jurídica*. El tratadista clásico del derecho indiano, doctor Juan Solórzano y Pereira en su obra *Política Indiana*, define la encomienda como "un derecho concedido por merced Real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren por su vida y la de un heredero, conforme a la ley de la sucesión, con cargo de cuidar el bien de los indios en lo espiritual y temporal, y de habitar y defender las provincias donde fueren encomendados, y hacer cumplir todo esto, con homenaje, o juramento particular".<sup>14</sup>

La encomienda está basada en dos supuestos: el indio es hombre libre, no objeto de la esclavitud, pero es vasallo de la Corona, a la que debe pagarle tributo. El indio encomendado 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. Ahora bien, ese tributo es pagado por los indios en especie, es decir con el producto de sus campos o en servicios personales o trabajo en las tierras o minas de los encomenderos. La encomienda no implica, entonces, ni propiedad sobre los indios (vasallos libres), ni propiedad sobre sus tierras; sino *usufructo de su trabajo*, obtenido por productos de la tierra de los indios o de las faenas realizadas por éstos en las propiedades (plantaciones o minas) de los encomenderos. Éstos, a su vez, tienen la carga de cristianizar a los indios y de protegerlos.

Respecto a lo que dice la definición de Solórzano sobre la herencia en las encomiendas, esto varió mucho durante el largo periodo de su existencia.

<sup>13</sup> Moya, Frank, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>14</sup> Citado por Silvio Zavala, *La Encomienda Indiana*, Porrúa, México, 1973, p. 191.

### III. EL SERMÓN DE MONTESINOS

En 1509 el rey Fernando de Aragón, en su carácter de Regente de Castilla por la incapacidad de gobernar de su hija, la reina Juana, dio el gobierno de La Española a Diego Colón, hijo de Cristóbal Colón y heredero de todos sus bienes, incluyendo los de litigio que había iniciado el Almirante ante la Corona como reclamo de la prerrogativas obtenidas en virtud de las Capitulaciones de Santa Fe.

En las Instrucciones dadas por el rey Fernando a Diego Colón, de 3 de mayo de 1509, confirmó lo mandado por la reina Isabel en la cédula de Medina del Campo y le mandó que no cambiara el repartimiento de indios hecho por Ovando hasta que Gil González Dávila, *contino* de la Casa Real, rindiera un informe al rey. Pero poco después, el 14 de agosto de ese año, el rey le manda a Colón hacer un nuevo repartimiento.

Ese mismo 14 de agosto de 1509 se dictó otra cédula para Diego Colón por la que se autorizó la repartición de los indios en las islas cercanas de La Española, lo que provocó acciones de verdadera carcería de indios y tráfico inhumano de los mismos, convirtiendo a los indios importados en verdaderos esclavos. Por otro lado, se dispuso, respecto de los repartimientos, que las encomiendas no serían a perpetuidad ni transmisibles como pretendían los encomenderos, sino que durarían dos o tres años. Se hacía, pues, una distinción entre el indio encomendado (súbdito libre) y el indio importado que caía en una especie de esclavitud.

Al respecto, es importante lo que escribe Silvio Zavala: "Adviértase la insistencia en el principio de la libertad legal del indio repartido, para diferenciarlo jurídicamente del indio esclavo —éste podía ser vendido por el amo y carecía del derecho de tener bienes—; pero la distinción no dejaba de ser hasta cierto punto formal, porque unos y otros indios se consumían en los mismos trabajos".<sup>15</sup>

Lo anterior va a agravar la situación de los indios. Pues a la penosa situación de los naturales importados, se va a unir el empeoramiento en las condiciones de vida de los encomendados, pues los encomenderos se propusieron sacar las mejores ventajas de los indios que tenían en encomienda, con trabajos excesivos y rigurosos en la búsqueda

<sup>15</sup> Zavala, *op. cit.*, p. 16.

de la mayor utilidad en el menor tiempo posible, en virtud del corto plazo que se había fijado a la encomienda.

Desde la llegada de Colón a tierras americanas y hasta 1511, ningún sacerdote de los muchos que habían pasado a esas tierras, ni los religiosos de la orden de San Francisco que habían llegado en 1502 a La Española, habían demostrado algún empeño en favor de los derechos de los indios, ni de su vida, ni su libertad, ni sus propiedades. La defensa de los indios, por parte de la Iglesia, comenzó con la llegada de los padres dominicos a La Española. “Por este tiempo, en el año de 1510, creo que por el mes de septiembre, trujo la Divina Providencia la Orden de Sancto Domingo a esta isla, para lumbre de las tinieblas que en ella entonces había y todas estas Indias se habían después de engrosar y ampliar”,<sup>16</sup> escribe Bartolomé de Las Casas.

El gestor del establecimiento de la Orden de Predicadores en La Española lo fue fray Domingo de Mendoza, cardenal arzobispo de Sevilla. Los primeros dominicos llegaron, pues, a fines de 1510, y venían encabezados por fray Pedro de Córdoba, “hombre lleno de virtudes y a quien Dios, Nuestro Señor, dotó y arreó de muchos dones y gracias corporales y espirituales”.<sup>17</sup> Un hombre que supo reconocer en los indios al *otro*, que los miró con ojos distintos a los de los encomenderos y explotadores; muestra de ello es una carta escrita a Carlos V, en donde Pedro de Córdoba refiere el alto concepto y estima en que tiene a los naturales de estas tierras:

Siendo ellas por otra parte, gentes tan mansas, tan obedientes y tan buenas, que si entre ellos entraren predicadores solos, sin las fuerzas e violencias destos malaventurados cristianos, pienso que se pudiera en ellos fundar quasi tan excelente yglesia como fue la primitiva.<sup>18</sup>

Con otros dos frailes formó Pedro de Córdoba esa primera comunidad dominica en La Española: fray Antón (o Antonio) de Montesinos y fray Bernardo de Santo Domingo. Para fines de 1511, vísperas del Adviento de la Navidad, “ya los religiosos de Sancto Domingo

<sup>16</sup> Bartolomé de Las Casas, *Historia de las Indias*, t. II, del Lib. II, Cap. LIV, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 381.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>18</sup> Citada por Silvio Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Porrúa, México, 1971, p. 397.

habían considerado la triste vida y aspérrimo captiverio que la gente natural desta isla padecía, y como se consumían, sin hacer caso dellos los españoles que los poseían más que si fueran unos animales sin provecho, después de muertos solamente pesándoles de que se les murieran, por la falta que en las minas del oro y en las otras granjerías les hacían; no por eso en los que les quedaban usaban de más compasión y blandura, cerca del rigor y aspereza con que oprimir y fatigar y consumirlos solían”.<sup>19</sup> Así que la explotación ante sus ojos, como dice el jurista Las Casas, “comenzaron a juntar el derecho con el hecho... y al tractar entre sí de la fealdad y enormidad de tan nunca oida injusticia, diciendo así: ‘¿Estos no son hombres? ¿Con estos no se deben guardar y cumplir los preceptos de caridad y justicia? ¿Estos no tenían sus tierras propias y sus señores y señoríos?’”<sup>20</sup>

Se pusieron de acuerdo en la prédica de los sermones con motivo del Adviento, y determinaron que el encargado de la homilía fuera fray Antón de Montesinos, basándose en un texto firmado por todos los frailes de la comunidad. Montesinos “tenía gracia de predicar, era aspérrimo en reprender vicios, y sobre todo, en sus sermones y palabras muy colérico, eficacísimo, y así hacía, o creía que hacía, en sus sermones mucho fruto...”<sup>21</sup> A tal prédica se invitó a los principales de la ciudad, los que asistieron de “buena voluntad”, entre ellos el mismo gobernador Diego Colón. Dejemos que sea el propio Las Casas el que nos narre el célebre sermón de Montesinos:

“Llegando el domingo y la hora de predicar, subió en el púlpito el susodicho padre fray Antón Montesinos, y tomó por tema y fundamento de su sermón, que ya llevaba escrito y firmado de los demás: *Ego vox clamantis in deserto*. Hecha su introducción y dicho algo de lo que tocaba a la materia del tiempo del Adviento, comenzó a encarecer la esterilidad del desierto de las conciencias de los españoles desta isla y la ceguedad en que vivían; en cuanto peligro andaban de su condenación, no advirtiendo los pecados gravísimos en que con tanta insensibilidad estaban continuamente zambullidos y en ellos morían. Luego toma sobre su tema, diciendo así:

<sup>19</sup> Las Casas, *op. cit.*, t. II, p. 438.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 440.

Para os los dar cognocer me he sobido aquí, yo que soy voz de Cristo en el desierto desta isla, y por tanto, conviene que con atención, no cualquiera, sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos, la oigáis; la cual voz os será la más nueva que nunca oísteis; la más áspera y dura, y más espantable y peligrosa que jamás no pensaisteis oír.

Esta voz, dijo él, que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, *¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Cómo estáis en tanta profundida de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado en que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo*".<sup>22</sup>

Existe controversia sobre la fecha exacta de la homilía de Montesinos. Al parecer, lo más acertado es lo que sostiene el padre I. Pérez Fernández, en el sentido de que el sermón se pronunció el cuarto domingo de Adviento de 1511, que aquel año cayó el 21 de diciembre.<sup>23</sup>

La reacción de los españoles no se hizo esperar. Encabezados por Diego Colón, fueron ese mismo día a reclamarle a fray Pedro de Córdova por el sermón, buscando hacer el reclamo directo a fray Antón de Montesinos, porque alegaban que "aquel sermón había sido tan escandaloso y en tan gran deservicio del rey e perjudicial a todos los vecinos desta isla",<sup>24</sup> que debía desdecirse de todo lo que había dicho. Lejos de ello, al domingo siguiente, ante un templo atiborrado

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 441 y 442.

<sup>23</sup> Cfr. Gutiérrez, *op. cit.*, nota 33, pp. 47-48.

<sup>24</sup> Las Casas, *op. cit.*, t. II, p. 443.

de vecinos ya sin necesidad de invitación de los frailes, y en espera de la retractación de Montesinos, éste reafirmó su sermón pasado "y a corroborar con más razones y autoridades lo que afirmó de tener injusticia y tiránicamente gentes opresas y fatigadas..."<sup>25</sup>

#### IV. FRUTOS INMEDIATOS DE LA PRÉDICA DE MONTESINOS

Ni tardas ni perezosas las autoridades españolas determinaron quejarse ante el rey Fernando por la actitud de los padres dominicos. El rey condenó la conducta de los frailes, ya que según el católico monarca, la prédica de los dominicos no tenía "ningún buen fundamento de Teología ni Cánones ni Leyes",<sup>26</sup> de acuerdo con el decir de sus consejeros letrados.

Ante esto, los dominicos mandaron a informar a la Corona al propio Montesinos, quien fue escuchado por el monarca. Éste dispuso reunir una junta de teólogos y juristas, para que aconsejaran la política a seguir.

Lo que esta reunión de letrados va a producir es muy importante para el desarrollo del derecho indiano posterior y para la organización política del Imperio español en Indias. Hay quienes ven en las reformas de 1512 una cuestión de conciencia de parte de la monarquía; otros, empero, ven la adecuación necesaria para consolidar el poder político y económico de acuerdo con los tiempos modernos y las políticas de los centros de poder en el mundo de entonces. Así, García Gallo, refiriéndose al sermón de Montesinos, dice que "un hecho en sí vulgar e intrascendente va a conmover hasta lo más profundo de la conciencia de los gobernantes de la península y a provocar una revisión total de toda la política seguida".<sup>27</sup> Vives Azancot ve la reforma desde otra óptica: "el tráfico esclavista como base del sistema empresarial en el Caribe y de un precario crecimiento de la producción de subsistencia, desbarataba jurídicamente la soberanía castellana sobre

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>26</sup> Carta del rey Fernando a Diego Colón de 20 de marzo de 1512, transcrita por Silvio Zavala en *La Encomienda Indiana*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>27</sup> Alfonso García Gallo, "Génesis y desarrollo del derecho indiano", en *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Histórico-Jurídicos*, Francisco de Icaza Dufour (comp.), Escuela Libre de Derecho, México, 1987, p. XXXIV.

las islas a la vez que marginaba cualquier articulación política de la Corona en la que un clero militante y misional debía jugar un papel imprescindible. Entonces se produce el aldabonazo de Montesinos: un sermón más dirigido a la cúpula del poder de Castilla que a una bizarra parroquia de españoles preocupada ante todo por sortear las miserias del sistema de capitulación”.<sup>28</sup>

Como quiera que haya sido, un hecho, desde el punto de vista ético, es incuestionable, pues lleva razón Pedro Mir cuando dice: “*Fray Antón de Montesinos, por cuanto se pronuncia en contra de la subyugación de los aborígenes en el Nuevo Mundo, es el primer abanderado de la lucha por los derechos humanos en el mundo moderno*”.<sup>29</sup>

El grupo de juristas y teólogos convocado por Fernando El Católico —habiendo conocido entre otros testimonios los de Montesinos por parte de los dominicos y los del franciscano fray Alonso del Espinal por parte de las autoridades de La Española—, se reunió durante varias semanas en Burgos, en lo que se conoció como *Junta de Burgos*. Su dictamen o informe fue del tenor siguiente: los indios son libres y deben ser tratados como tales; deben ser instruidos en la fe, como el Papa lo manda en su Bula, con toda diligencia; la Corona les puede mandar que trabajen, pero que el trabajo no sea impedimento en la instrucción de la fe y sea provechoso a ellos y a la república y el rey servido por razón de su señorío; que ese trabajo sea tal que los indios lo puedan sufrir, dándoles tiempo para recrearse; que los indios tengan casa y hacienda propia y se les dé tiempo para que puedan labrar, y tener, y conservar su hacienda a su manera; que se ordene de que tengan comunicación con los pobladores que allá van; que por su trabajo se les dé salario conveniente, y esto no en dinero, sino en vestidos y otras cosas para sus casas.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Pedro A. Vives Azancot, “El pensamiento lascasiano en la formación de una política colonial española, 1511-1573”, en la obra colectiva, *En el Quinto Centenario de Bartolomé de Las Casas*, Ed. Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1986, p. 33.

<sup>29</sup> Pedro Mir, “Vigencia de Las Casas en el pensamiento americano”, en la obra *En el Quinto Centenario de Bartolomé de Las Casas*, op. cit., p. 58.

<sup>30</sup> Cfr. Las Casas, *Historia de las Indias*, Lib. III, Cap. VIII, op. cit., y Alfonso García Gallo, *Manual de historia del derecho español*, t. II, Madrid, 1982, p. 655.

## 1. Las Leyes de Burgos de 1512

De esa reunión, basándose en el dictamen anterior, surgieron las primeras *ordenanzas para el tratamiento de los indios*, conocidas con el nombre de *Leyes de Burgos*, de fecha 27 de diciembre de 1512.

Dichas *Leyes de Burgos* parten de considerar al indio como un ser “inclinado a ociosidad y malos vicios” y que es necesario que vivan al lado de los españoles para que progresen en la fe y en las virtudes. Por otro lado, se trata de una legislación que, en materia social, concretamente laboral, es sumamente avanzada para su época; ya hubieran querido muchos obreros en la formación capitalista, a fines del siglo XVIII y durante todo el XIX, tener varias de las normas proteccionistas establecidas en estas leyes.

Las *Leyes de Burgos*, primera y segunda, mandan que los encomenderos deberían hacer estancias para los indios, cerca de las suyas propias, “en buen lugar y tierra”, poniéndoles diversas plantas comestibles y para diversos usos. Los indios debían sembrar maíz y se les darían gallinas y gallo. Todo ello no sería enajenable ni embargable. Los indios deberían ser llevados ahí “muy a su voluntad”, trayéndolos con halagos y con el fin de su buen tratamiento y conservación y no con otro interés particular ni general. Los encomenderos podrían aprovecharse de lo que dejaren los indios en sus anteriores estancias y luego las quemarían, para que los indios no tuvieran a que volver.

Las leyes de la tercera a la décima y la doce, contienen disposiciones de índole religiosa, con el objeto de la evangelización. Entre otras cosas se dispone que el encomendero debe construir una casa para iglesia, en su hacienda o mina; él mismo debía enseñar la doctrina cristiana a los indios, y acercarlos a los lugares en donde hubiera misa los domingos y días de fiestas religiosas. Las leyes más específicamente “laborales” establecen, entre otras cosas, diversos mandamientos.

Los indios no serían ocupados en los trabajos de las minas sino en periodos de cinco meses, al término de los cuales, todos juntos, debían ir a descansar a sus casas durante cuarenta días. A los indios que estuvieren en las estancias se les dejaría ir a comer a sus bohíos dándoles pan, ajos y ají (chile) y los domingos y días de fiesta, ollas de carne guisada; a los de las minas pan, ají y todo lo que necesitaran, una libra de carne cada día o en abstinencia, pescado. Estaba prohibido que la mujer laborara en trabajos pesados, desde los cuatro

meses de su embarazo y hasta los tres años del infante. A cada indio se le proporcionaba una hamaca, para que no durmiera en el suelo. El encomendero debía dar a cada indio un peso oro en vestidos. Sólo podían servirse de los indios encomendados directamente. Estaba prohibido maltratar a los indios de hecho y palabra. Los indios podían hacer sus fiestas.

Se dispone, también, que los indios no repartidos en encomiendas, sino esclavos, debían ser tratados “con mucho amor y blandura, para mejor inclinarlos en las cosas de nuestra fe”. Los caciques indios gozan, según estas leyes, siempre de más prerrogativas.<sup>31</sup>

Los padres dominicos no quedaron satisfechos con lo mandado en las *Leyes de Burgos* y obtuvieron del rey una nueva junta, a instancia de fray Pedro de Córdoba. De la susodicha reunión surgió la expedición de mandamientos complementarios, promulgados el 28 de julio de 1513, con el título de *Declaración y Moderación* de las dichas Ordenanzas, y firmados por la reina Juana.

Estas adiciones se refieren a proteger más el trabajo de la mujer y de los niños. Estos últimos no podían ser obligados a trabajar si eran menores de 14 años, salvo en las haciendas de sus padres y en faenas adecuadas a su edad. La enseñanza religiosa se declaró preferente a cualquier otra ocupación. Los indios sólo podían ser obligados a trabajar en servicio de los españoles nueve meses al año, con salario justo.<sup>32</sup>

La *Junta de Burgos*, ante el requerimiento humanista de la Orden de Predicadores, produce una serie de disposiciones jurídicas conocidas como *Leyes de Burgos*, que tienen como objeto aminorar la explotación de que es objeto el indio por parte de los españoles, con una serie de medidas proteccionistas para el trabajo del indio y un puñado de mandatos encauzados al buen trato de que debe ser objeto. Sin embargo, como escribe García Gallo, “de hecho la Junta de Burgos viene más a consolidar el sistema anterior que a introducir cambios sustanciales en la política indiana”.<sup>33</sup> Esto porque reafirma la legitimidad del poder de la Corona sobre los indios, que tiene como origen el descubrimiento de las Indias y la concesión papal por la Bula *Inter*

<sup>31</sup> Una síntesis más amplia de estas *Leyes de Burgos* puede encontrarse en Guillermo López de Lara, *Ideas tempranas de la política social en Indias*, Ed. Jus, México, 1977, pp. 65-72.

<sup>32</sup> También estas adiciones pueden verse en López de Lara, *op. cit.*, pp. 73-79.

<sup>33</sup> García Gallo, *Génesis...*, *op. cit.*, p. XXXVI.

*cetera*. Y, además, porque consolida los repartimientos de indios con el sistema de la encomienda, que asegura que vivan “civilizadamente” abandonando la “barbarie”,<sup>34</sup> permitiendo a los españoles, de paso, tener mano de obra para sus empresas agrícolas y mineras.

## V. COLOFÓN

Si bien, el sermón de fray Antón de Montesinos, de Adviento de 1511, produjo las *Leyes de Burgos*, como frutos inmediatos que mitigaron la explotación y la opresión de los indios. Empero, su importancia radica en sus productos posteriores y que permanecen hasta hoy: una tradición, teórica y práctica, de defensa de los derechos humanos, la hispanoamericana; que se sitúa en la perspectiva de aquellos que han sido despojados de sus derechos, en especial porque “el hecho de la muerte temprana e injusta del pobre niega el derecho que tiene a la vida”.<sup>35</sup> Por esto, bien vale la pena, quinientos años después, recordar un sermón de aquél que, como dice el maestro De Icaza, es el “primer gran luchador por el respeto a los derechos humanos”.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Cfr. Esquivel Obregón, *op. cit.*, p. 218.

<sup>35</sup> Gutiérrez, *op. cit.*, p. 61.

<sup>36</sup> Francisco de Icaza Dufour, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2008, p. 79.

## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA: EL CASO DE ACCIÓN NACIONAL

Rafael ESTRADA MICHEL

SUMARIO: I. *Las plataformas estructurales.* II. *Las iniciativas garantistas.*  
III. *Retos que aumentan desde el gobierno.*

*"Por eso, quienes dieron su vida por resistir  
a un régimen totalitario recibieron un noble  
epitafio:*

*'vosotros os opusisteis. Vosotros no cargasteis  
con el oprobio.*

*Vosotros disteis el testimonio eterno de la  
conversión ofreciendo vuestra vida ardiente  
por el derecho, la libertad y el honor"*.

Efraín GONZÁLEZ MORFÍN,  
Cena de Navidad del PAN, 1969.

Se dice con frecuencia que Acción Nacional carece de cuadros profesionales y de prácticas gubernativas auténticamente garantistas en materia de derechos humanos. Con idéntica facilidad se olvida que, cuando los derechos fundamentales eran cosa de intentos imperialistas e intervencionistas para socavar las "esencias del pueblo mexicano", Acción Nacional estuvo ahí para proclamarlos, comenzando por el desarrollo del principio de dignidad, siguiendo con los derechos políticos e, incluso, con los derechos económicos, sociales y cultu-

rales, haciendo gala de una intensidad que ya hubiesen deseado los regímenes de la Revolución.

En efecto, ha sido reivindicación constante del partido fundado en 1939, el año prototípico que marca la consolidación de los Estados totalitarios en su permanente tarea de socavar un *ordo iuris* detestado por ellos en razón de su evidente superioridad moral y política, la vigencia efectiva de lo que hoy llamaríamos un “Estado constitucional y democrático de derecho”, fundado en la idea de que el conjunto de las disposiciones fundamentales, sean legislativas, jurisprudenciales o administrativas, se halla subordinado a la garantía plena de los derechos humanos. Lo decía con claridad el inmenso Adolfo Christlieb, en el ideologizado contexto de la Guerra Fría: las reformas podían ser llevadas tan lejos como se quisiera en los temas económicos y sociales, es decir, en la mutación de las estructuras, siempre que se respetasen irrestrictamente los derechos humanos.

Concebido como un instrumento de transformación de mentalidades y prácticas, el partido fundado por Manuel Gómez Morín se preocupó desde un inicio por generar lo que modernamente ha llamado Peter Häberle una auténtica “cultura constitucional” como cuarto elemento del Estado.<sup>1</sup> Una cultura que permita la eficaz tutela de los derechos que fundamentan la convivencia y que consista en Igualdad (no discriminación, generación de nación en sentido positivo, acción nacional, en suma), Libertad (ausencia de vínculos injustificados, es decir, injustos) y Fraternidad (derechos sociales en un clima de solidarismo). Decía Gómez Morín, al inaugurar los trabajos de la Asamblea Constitutiva de Acción Nacional, que nunca como en 1939, a treinta años del “despertar de la conciencia ciudadana” y a diez de la campaña presidencial de Vasconcelos, resultaba necesario “afirmar un Estado ordenado y con jerarquía y un gobierno capaz de realizar el bien común, obtener que se respete y enaltezca la dignidad de la persona humana y se le aseguren los medios para cumplir plenamente su fin material y espiritual”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Häberle, P., *El Estado constitucional*, estudio introductorio de D. Valadés, trad. H. Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 21.

<sup>2</sup> Gómez Morín, M., “Discurso en la inauguración de la Asamblea Constitutiva”, septiembre 14 de 1939, en *1939. Documentos fundacionales del Partido Acción Nacional*, estudio introductorio de A. Lujambio y F. Rodríguez, DGE, El Equilibrista, México, 2009, p. 113.

En este sentido, el PAN es el “viejo partido liberal” que dice Jean Meyer, la institución –acaso la única constante en el siglo XX– convencida, con la Constitución de 1857, de que “los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”. De tal convicción proviene la valiente exigencia del diputado Rafael Preciado Hernández de que el ejército, institución nacional donde las haya, no fuese puesto al servicio de causas parciales en el difícil año de 1968.<sup>3</sup> O la inteligente propuesta del diputado Salvador Rosas Magallón para racionalizar el proceso penal hasta hacerlo “debido”, esto es, hasta lograr que el Estado mexicano pague al procesado *lo que le debe*, aquello a lo que el ciudadano es acreedor. De tal convicción proviene, en fin, la conciencia de que el aparato político-jurídico debe tener un fin –una causa final en el sentido neotomista de los fundadores–, un sentido que sólo la garantía efectiva de los derechos fundamentales es capaz de darle.

¿Dimensión sustancial de la democracia a lo Ferrajoli en Acción Nacional, aunque *avant la lettre*? Definitivamente sí en Efraín González Morfín, cuando, en *Cambio democrático de estructuras* (1969), llama a desmitificar la vida pública y a hacer de una buena vez vigentes las garantías constitucionales que llamamos “sociales” y que tienen que ver con la igualdad material, con la igualdad de veras, a la que se oponen “los grupos económicamente privilegiados, que mantienen alianza con el poder político”.<sup>4</sup>

También en Preciado Hernández, con su apego iusfilosófico a preguntarse para qué está –para qué debe estar– la democracia, y su respuesta tajante e inexorablemente convencida: “la representación política es condición necesaria del bien común”.<sup>5</sup> Y siendo los derechos humanos componente necesario del bienestar de la comunidad, no resulta complicado concluir que la democracia, como el entramado todo del reparto del poder para su limitación, se halla ordenada a la

<sup>3</sup> Desde 1943 don Efraín González Luna afirmaba: “el Estado debe proscribir todo intento de explotación política del ejército, toda utilización facciosa de las personas y de los trabajos de quienes han acatado el llamamiento de la nación para defender y servir solamente a ella”. González Luna, E., *Ideas fuerza. Mística de Acción Nacional*, recopilación de M. E. Álvarez, Acción Nacional, México, 2001, p. 148.

<sup>4</sup> González Morfín, E., *Cambio democrático de estructuras*, prólogo de F. Villalobos, Epressa, México, 2002, p. 17.

<sup>5</sup> Preciado Hernández, R., *Democracia*, estudio preliminar de G. Ceballos, Fundación Rafael Preciado Hernández, México, 2008, p. 38.

garantía de los derechos fundamentales. La división del poder público debe ser distribución garantista de potestades.

Y aunque hablamos de concepciones surgidas en los agitados años sesenta y setenta, lo cierto es que sus raíces, profundas y robustas, pueden hallarse sin mayor esfuerzo en el pensamiento fundacional, el de 1939, el del humanismo político, doctrina constante de Acción Nacional derivada del personalismo trascendental de Mounier y de Maritain pero también, entre nosotros, de las reflexiones sociales antifascistas de un Ortega que acrisolaron en la caracterización de la dimensión colectiva de la persona humana que planteó con singular lucidez don Efraín González Luna cuando afirmó que “el pretendido conflicto entre bien personal y bien común no existe” razón por la cual “nosotros venimos luchando, infatigablemente, desde el día en que el partido nació, contra el espíritu de facción y por un Estado nacional”,<sup>6</sup> un aparato político y jurídico que vertebró al espacio mexicano a través –no existe herramienta mejor– del reconocimiento e idéntica protección de la dignidad humana de todos quienes lo habitan. Lo decía también Preciado Hernández desde 1948, “por su naturaleza sociable el hombre está sometido, debe someterse *racionalmente* a la sociedad y por consiguiente al Estado, que no es sino la sociedad humana jurídicamente organizada; por su espíritu racional y libre, el hombre tiene prerrogativas esenciales, *derechos naturales* que el Estado no puede desconocer sin negarse a sí mismo, puesto que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un instrumento cuya misión propia consiste en promover, garantizar y realizar el bien común temporal del hombre”.<sup>7</sup>

### I. LAS PLATAFORMAS ESTRUCTURALES

La rica tradición garantista de Acción Nacional se sustenta precisamente en la noción elevada y supraprotegida de “Dignidad humana” y resulta francamente apreciable en el desarrollo de sus plataformas electorales e iniciativas de reforma constitucional y legal. Precocemente, desde la primera plataforma para un periodo presidencial (1946-

<sup>6</sup> González Luna, E., *Humanismo político*, preámbulo de L. Calderón Vega, 3a. ed., Epessa, México, 1991, pp. 42 y 145.

<sup>7</sup> Preciado Hernández, R., *Ideas fuerza. Mística de Acción Nacional*, presentación de M. E. Álvarez, Acción Nacional, México, 2008, p. 31. Cursivas nuestras.

1952), fueron considerados “puntos sustanciales” para resolver los problemas patrios los siguientes: i) Respeto y garantías a la persona humana, con la consecuente reforma al artículo 3o. constitucional y a las “demás leyes y prácticas que impiden o atacan la actividad humana ordenada y libre”. ii) Libertad y respeto del sufragio. iii) Libertad del municipio, “consagrado exclusiva y responsablemente al servicio de la comunidad municipal”. iv) Libertad del campesino y de la tierra. v) Libertad sindical. vi) Realización inmediata del programa más urgente de reforma social, a través de una “genuina política del trabajo que le dé su alta dignidad humana, garantice y proteja el salario justo y asegure las prestaciones adicionales y las instituciones técnicas adecuadas a dar al trabajador y a los suyos todo el mejoramiento positivo posible en alimentación, vestido, habitación, capacitación profesional, esparcimiento y oportunidades de elevación”. vii) Límite a la invasión desquiciante y corruptora del Estado. viii) Honradez, responsabilidad y aptitud en la administración pública, es decir, derecho fundamental a una gestión eficiente. ix) Colaboración activa de México en la creación de un orden internacional que preserve la paz, inspirado “en el reconocimiento práctico de los derechos de la persona humana, la autenticidad de la representación política del pueblo y el servicio del bien común”.<sup>8</sup>

La plataforma 1952-1958, abanderada como candidato a la Presidencia de la República por ese humanista de excepción que fue González Luna, reiteró en su punto noveno que el “respeto y garantías a la persona humana” resulta esencial para la comunidad política, dado que “es base y fin de la autoridad el establecimiento y la garantía de las condiciones colectivas de vida que aseguren a todos el *digno disfrute de las garantías esenciales*”.<sup>9</sup> Por lo demás, los puntos de la plataforma primigenia fueron reiterados y desarrollados para luchar “contra la miseria y el desamparo” en el que vivía “la mayoría de los hombres y mujeres de México”, al alborear el célebre “desarrollo estabilizador”, que se manifestaría, a la verdad, incapaz de terminar con situación semejante, que es la que campea aún.

<sup>8</sup> *Cinco plataformas presidenciales del Partido Acción Nacional*, Ediciones de Acción Nacional, México, 1975, pp. 7-11.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 33.

En 1958 encabezó el relanzamiento electoral don Luis H. Álvarez, un hombre cuya vida no ha sido más que la de un promotor de la dignidad humana por cuanto medio ha considerado legítimo.<sup>10</sup> En la Plataforma se reitera la preocupación por la pobreza y la marginación, se postula una “economía sana, armónica y de suficiencia”, se busca “libertad, paz y abundancia en el campo”, se exigen “las reformas necesarias y la creación de los sistemas adecuados para hacer cesar cuanto antes la vergüenza y el daño de la falta de escuelas y de oportunidades necesarias y merecidas de capacitación para más de la mitad de los niños y más del 80% de los jóvenes mexicanos”, el cumplimiento de una efectiva reforma social y el respeto a los derechos de la persona humana, aterrizados ahora en una serie de reformas tendentes a garantizar la libertad de conciencia y de educación.<sup>11</sup>

José González Torres, como candidato presidencial, defendió la “Plataforma política y social 1964-1970” en la que hallamos una innovación interesante a los efectos de este estudio. Acción Nacional exige, “para una verdadera reforma política en México”, como punto número uno “la derogación de las leyes que restrinjan o supriman los derechos humanos”.<sup>12</sup>

De esta innovación se desprenden una serie de medidas garantistas, muy adelantadas a su época, como la referente a la “libertad de acceso a las fuentes y medios de información, sin más restricciones que las requeridas por la seguridad pública y el respeto a los derechos de terceros”, la “libertad de enseñanza en los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita por México”, con libros gratuitos para quienes los necesiten, pero “no impuestos en la escuela como únicos, porque al darles ese carácter se violan los derechos de los padres, de los hijos y de los maestros, se limitan las posibilidades pedagógicas y se impide el desarrollo cultural”; la “organización de la seguridad social” para “cubrir a todos los mexicanos y ser autónoma para evitar que se convierta en instrumento de dominación y control político”, con un Seguro Social, “cuyos fundamentos están en los valores de la solidaridad humana”; así como una correcta administración de justicia, con un Poder Judicial “que

<sup>10</sup> Álvarez, L. H., *Medio siglo. Andanzas de un político a favor de la democracia*, prólogo de E. Krauze, Plaza Janés, México, 2006.

<sup>11</sup> *Cinco plataformas...*, pp. 82-99.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 106.

cumpla con su responsabilidad de mantener la armonía social y de garantizar el bien común, que sea independiente y celoso guardián y agente de protección del derecho, no sólo contra las transgresiones de los particulares, sino principalmente contra los abusos del poder”, lo que implica, en concepto del PAN, tener buenos jueces, pero también procesos debidos (la iniciativa del diputado Rosas Magallón a que nos hemos de referir se presentó en 1966) y “leyes justas”, por lo que resultaba indispensable derogar el tipo delictivo de disolución social, tan atrabiliario cuanto esperpéntico y contrario al recto ejercicio de los derechos políticos.

Para el PAN de 1964, que se debate entre una situación interna sumamente confusa (el régimen priísta parecía abrirse, pero a cuentagotas y de manera sospechosa) y un panorama internacional dominado por la crispación propia de la Guerra Fría, “ni la soberanía del Estado ni un concepto absoluto y antinatural de la ‘autodeterminación’, pueden ser invocados por los gobiernos para mantener situaciones jurídicas o de hecho violatorias de los derechos humanos”. Notable, en verdad, porque como hemos señalado los tiempos eran propicios para el cuestionamiento ideologizante o pragmático de conceptos que, como el de “derechos fundamentales” aparecían ante los ojos del nacionalismo revolucionario como “intervencionistas” y ante los del internacionalismo marxista como “pequeñoburgueses” o, de plano, “imperialistas”. Acción Nacional honraba la palabra empeñada en 1939 y apoyaba “la vigencia de normas que definan y la organización de instituciones jurídicas que aseguren el respeto universal de los derechos humanos, y sancionen su violación”, a cuenta habida de que “la prevención y lucha contra el comunismo sólo es eficaz cuando los pueblos viven con suficiencia económica en un régimen efectivo de justicia social y de libertades humanas”.<sup>13</sup>

La plataforma electoral 1970-1976 es toda una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano desarrollada, que contempla en progresividad las diversas generaciones de derechos fundamentales y se hace cargo de la necesidad de cambiar democráticamente las estructuras económicas y sociales, según había quedado definido

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 139.

por el partido en el periplo 1965-1969.<sup>14</sup> La plataforma se pronuncia por “la vigencia real del orden constitucional mexicano” para lo cual, entre otros “imperativos sustanciales” se hallaba el “respeto a las garantías individuales en la defensa de la seguridad del Estado” y la “supresión de las medidas legales anticonstitucionales, de los abusos prácticos y de las represiones que coartan el libre ejercicio de los derechos políticos, y la amnistía para los presos políticos”.

La libertad de conciencia, tan violentada durante el periodo del presidente Díaz Ordaz, es objeto de especial preocupación para la plataforma que defenderá González Morfín a la muerte de Christlieb, buscándose un respeto irrestricto tanto en materia política como en términos educativos y religiosos “para suprimir especialmente la coacción sobre los trabajadores y, en general, las personas que carecen de independencia económica” y exigiendo “garantía práctica del derecho de informar y de ser informado, y supresión del control gubernamental de los medios de difusión encaminado a uniformar el pensamiento o silenciar críticas y discrepancias, y anular las fuentes intelectuales de la democracia”.

Merece la pena realizar, en este punto, una pausa para permitirnos un *ex cursus*. Acción Nacional está denunciando el enorme poder fáctico de quienes detentan el control de los medios masivos de comunicación y, a partir de ese control, toleran las conductas autoritarias del gobernante (1966-1968), silencian a las voces disidentes y no dan cuenta de las quejas surgidas contra ellos (campana de Manuel J. Clouthier, 1988) o de plano generan y arropan candidaturas artificiales que más tarde se convertirán en administraciones incondicionales. Contra todo ello, a lo que habría que sumar el empobrecimiento cultural de los contenidos, se ha manifestado el PAN, pugnando por el cambio democrático de una estructura fáctica que ha resultado tan nociva para la vida republicana. Hacia allá se enderezaron los boicots de resistencia civil en la campana de 1988 y, más recientemente, los esfuerzos del legislador Javier Corral.

No sólo por esa vía se ocupa la plataforma de 1970 de los derechos fundamentales de carácter cultural, sino que exige la “supresión de

<sup>14</sup> Lujambio, A., “La izquierda del PAN o Efraín González Morfín”, en Lujambio, A., *La democracia indispensable. Ensayos sobre la historia del Partido Acción Nacional*, DGE, El Equilibrista, México, 2009, pp. 202-224.

las medidas prácticas encaminadas a crear y difundir el monopolio político de la cultura o una cultura oficial subordinada a los intereses del partido-gobierno y contraria al libre desarrollo de las expresiones culturales sin discriminación política”. En cuanto al cambio de estructuras económicas, la plataforma se pronuncia por “la creación de un marco de medidas legales que fomenten el acceso a la propiedad de bienes de producción por parte de los trabajadores —obreros, campesinos, empleados y trabajadores de otra índole— y estímulo de las partes sociales que intervienen en el mundo del trabajo para aprovechar las posibilidades que exige la justicia y establezca la ley”, así como por la “ampliación progresiva y eficaz de la seguridad social respecto de riesgos cubiertos, zonas geográficas y categorías socioeconómicas, sobre todo las más necesitadas” y por la “elaboración de un plan conjunto para el planteamiento y la solución del problema de la vivienda, con participación del sector público y del sector privado, y aplicación de políticas fiscales, laborales y de elevación del ingreso de las clases necesitadas”.<sup>15</sup>

Esta preocupación por el adecuado desenvolvimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, bastante precoz en el medio mexicano, puede ubicarse a todo lo largo de la obra política y académica de Efraín González Morfín a través de la aplicación de la analogía tomista al derecho, con lo que el jurista jalisciense ha logrado llegar a una “Iusfilosofía abierta, la mejor para dar cuenta de la fundamentación de los derechos humanos”,<sup>16</sup> por cuanto permite un discurso no fundamentalista de los derechos fundamentales, abierto a la mutación de las circunstancias, tolerante pero consciente de la imprescindible necesidad de modificar las estructuras a través de un solidarismo práctico, “no marxista”, acaso el crisol del “socialismo cristiano” del primer Gómez Morín,<sup>17</sup> en el que “la actividad del particular tenga siempre un componente de bien común y esté sujeto a vigilancia y controles por parte de la autoridad legítima, y la autoridad

<sup>15</sup> Toda la importante “Plataforma política y social 1970-1976” se ha citado por *Cinco plataformas...*, pp. 143-166.

<sup>16</sup> Beuchot, M., *Los católicos mexicanos y los derechos humanos en los últimos cincuenta años (1948-1998)*, Comisión Episcopal de Pastoral Social, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1998, p. 41.

<sup>17</sup> Con mucho énfasis en la “técnica”. Cfr. Gómez Mont, M. T., *Manuel Gómez Morín, 1915-1939*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 169-171.

legítima pueda contar con los medios, inclusive del sector paraestatal, de empresas descentralizadas y de participación estatal, que exija y reclame el bien común; pero con criterios de legitimidad, de eficacia, de honradez, en una crítica completa de la realidad económica”.<sup>18</sup>

Sólo con aceptar la candidatura presidencial, González Morfín destacó su compromiso con los derechos básicos al afirmar que Acción Nacional probaría, “con hechos, que en México es perfectamente posible la vida democrática, *una vida a la medida de la dignidad humana*”.<sup>19</sup> Interesante definición de la democracia y su ejercicio, de la democracia con sentido, que sería desarrollada a todo lo largo de la dificultada campaña de 1970 con notable lucidez, por ejemplo, al contestar a la pregunta periodística de “¿por qué en algunas partes se dice que el PAN es más revolucionario y más ‘izquierdizante’ que el PRI?”, en que el candidato legó un precioso concepto de “orden constitucional” a ser desarrollado: “Acción Nacional exige el cumplimiento de una serie de normas legales que tiene suficiente potencial de cambio como para transformar las estructuras de México. Al exigir el cumplimiento de esas normas, por ejemplo, el respeto al derecho de la coalición de los trabajadores, estamos señalando que quienes se llaman revolucionarios no han cumplido ese precepto fundamental. Esta es una de las razones por las que se emite la opinión que usted señala. Por otra parte, también señalamos metas que rebasan los actuales ordenamientos. En este sentido, sí son nuestros propósitos y nuestras metas más avanzados que el incumplimiento de preceptos que son motor de cambio y no se cumplen y que este ambiente estático de falso obrerismo en que se ha instalado el PRI”.<sup>20</sup> Este es el sentido con que se dota a la expresión “cambio democrático de estructuras” en el contexto de una campaña que había iniciado con la exigencia programática de amnistía para los presos políticos que el régimen de Díaz Ordaz, que era el de Echeverría y que sería el de Salinas, mantenía en prisión a partir de lo que, en la misma entrevista, llamaba González Morfín insuficiencia de “garantías procesales”.

<sup>18</sup> González Morfín, E., *Tesis y actitudes sociales*, Jus, México, 1965, pp. 114-115.

<sup>19</sup> González Morfín, E., *Discursos de campaña presidencial 1970*, A. A. Madero (comp.), Grupo Parlamentario del PAN en el Senado de la República, México, 2004, I, p. 7. Cursivas nuestras.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 16.

El “neofascismo vergonzante” al que llevaba la por fortuna desaparecida afiliación corporativa al Partido de la Revolución, conducía a Acción Nacional a una inevitable toma de postura ideológica, que no pasaba, en el concepto hoy abandonado de González Morfín, por la democracia cristiana. Interesa al tema de los derechos fundamentales apreciar cómo el candidato rechazaba caracterizar al PAN como un partido liberal en razón, precisamente, de un discurso de derechos humanos compartido con el Gómez Morín de 1939 y el de Christlieb de 1965: “el liberalismo, en sus manifestaciones típicas, destruye la sociedad intermedia y establece al individuo, teóricamente libre, frente al Estado. Queremos sociedades intermedias, con fines propios, pero jamás subyugadas a la política, en el sentido indebido”.<sup>21</sup> Un sentido indebido que pasaba por la falta de autonomía de los trabajadores sindicalizados, contraria a su más evidente dignidad humana. Y es que “si la izquierda, de acuerdo con la definición que dio el profesor Kolakowski, en la Universidad de Varsovia, es la insatisfacción con el presente y la voluntad de cambiarlo hacia una mayor justicia y una mayor libertad, Acción Nacional es perfectamente de izquierda. Solamente que debemos precisar. Acción Nacional no es comunista y no es socialista, en el sentido del mismo socialismo marxista. Lo cual no significa que tengamos menos decisión que los comunistas y los socialistas para cambiar la política y el orden social de México”.<sup>22</sup> Este último discurso, pronunciado ante la juventud emeritense el 22 de diciembre de 1969, contiene la relevante curiosidad de haber recibido temprano el pensamiento del profesor polaco que más tarde ganaría cierta celebridad entre nosotros como defensor no ideologizado de los derechos fundamentales. La libertad de creencia y pensamiento, radical postulado de Acción Nacional desde su fundación, constituye un rubro sumamente rico para la apreciación de las mutaciones que el aterrizaje de los principios iba generando en el PAN de los últimos sesenta: “frente a un Estado que impone ideologías, creencias confesionales o incredulidades por decreto, Acción Nacional quiere una sociedad libre donde el Estado garantice libertad de conciencia para todos, dentro de un amplio margen del orden político. Esto ya implica para un partido, *antes de llegar al poder y desde el poder*,

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 104.

una autolimitación frente a muchas instituciones que llegan a lo más hondo de la conciencia. Queremos, de acuerdo con un artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que contradice aspectos de nuestra legislación, el respeto al derecho preferente de los padres de señalar el tipo de educación que debe darse a sus hijos. Y lo mismo respecto de los derechos del educando y del maestro, en el caso del libro de texto único, en México, Acción Nacional acepta lo gratuito del texto, pero rechaza lo único por razones de derecho y hasta de técnica pedagógica y avance educativo”.<sup>23</sup>

Es Adolfo Christlieb quien habla a través de Efraín González Morfín. Así lo reconoció el candidato ante la tumba del dirigente, el 7 de diciembre de 1969: Christlieb actuó siempre “con el deseo de respetar la conciencia de los demás y de proyectar, cada vez con más claridad, el partido que él dirigió, sobre una base de absoluto respeto a la libertad de las conciencias. Puso así de manifiesto todo lo que estaba ya en el partido desde su origen”.<sup>24</sup> Y, agregamos nosotros, puso los cimientos definitivos para la laicidad de Acción Nacional y su búsqueda irrestricta del respeto a las libertades de pensamiento y expresión. En este sentido, que es el propio del auténtico liberalismo, el de las libertades, por supuesto que el PAN era y es un partido liberal.

## II. LAS INICIATIVAS GARANTISTAS

Hasta aquí el recorrido nos ha permitido observar cómo, en las cinco primeras plataformas para elecciones presidenciales que defendió Acción Nacional, el tema de los derechos humanos no sólo estuvo presente sino que fue el central, siempre de conformidad con los Principios de Doctrina del Partido (1939) y su trascendental *Proyección* de 1965. En cuanto a las iniciativas de reforma legislativa, son legión, pero quisiera centrarme en la de Rosas Magallón y su defensa de la defensa, pues muestra bien a las claras la conciencia que la organización tenía acerca del necesario carácter práctico, en el sentido de González Morfín, que la garantía de los derechos fundamentales lleva consigo, en tanto que tutela semejante en realidad no es más —pero tampoco menos— que el célebre *Due process of Law* anglosajón.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 40. Cursivas nuestras, de impactante actualidad.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 44.

El 27 de diciembre de 1966 presentó el diputado Salvador Rosas Magallón una iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, iniciativa que se hallaba arropada por las previas, también decembrinas, de los diputados Miguel Estrada Iturbide y Adolfo Christlieb Ibarrola en materia de amparo *habeas corpus*, protección efectiva de la libertad personal y legitimación de la víctima u ofendido para oponerse a las resoluciones del Ministerio Público y para comparecer al juicio de amparo con carácter de tercero perjudicado. El paquete de reformas presentado por aquella histórica diputación de Acción Nacional, la diputación del diálogo traicionada poco después por el régimen diazordacista, tuvo un carácter realmente adelantado a su época, como probarían reformas muy posteriores, pero descuella sin duda el llamado de Rosas Magallón a restituir al proceso penal el sentido acusatorio, adversarial y garantista con que quiso dotarlo el Constituyente de 1916-1917: “quiero que la Revolución llegue al proceso penal, porque aún no ha llegado”, afirmaba el legislador bajacaliforniano.

El recuento histórico que realizó en tribuna Rosas Magallón no tiene desperdicio, y es acaso la única Historia del proceso penal en México con que contamos cabalmente. La Constitución de 1857 había cometido el error, liberal donde los haya, de relajar al brazo de la legislación secundaria todo lo que tuviese que ver con la tutela de los “derechos del hombre” en sede procedimental criminal. De ello se derivó un procedimiento marcadamente inquisitorio, que permitió a los jueces del Porfiriato incomunicar al inculcado y privarlo de toda posibilidad de defensa en la fase de instrucción o preliminar del proceso, dejando la defensa material para la fase de enjuiciamiento, a la cual el procesado llegaba ya prácticamente juzgado y, las más de las veces, condenado.

Contra este tipo de abusos, muy marcados a partir de la expedición de la Ley de Jurados de 1891 y del Código Procesal de 1894, fue que el Constituyente de 1917 legisló en profusión, y a nivel constitucional. De conformidad con el discurso de apertura y el proyecto de Constitución que presentó el Primer Jefe Carranza, el Ministerio Público quedó establecido como órgano administrativo independiente del Poder Judicial y encargado de la investigación de los delitos y la procuración de justicia. No resultaba lógico, tal como había venido

siendo la interpretación de los regímenes revolucionarios a partir de la expedición de los códigos de 1929 y 1934, meras continuaciones portesgilistas del inquisitorio porfiriano, que la facultad de incomunicar y la privación de defensa adecuada se viera simplemente trasladada de la sede jurisdiccional a la ministerial. No se trataba de tener jueces o fiscales inquisidores. Se trataba de no tener Inquisición.

La iniciativa de Rosas Magallón se adelanta en más de cuarenta años, por lo que toca a los principios de intermediación, contradicción, publicidad, presunción de inocencia y defensa adecuada, a la reforma constitucional en materia procesal penal de 2008. El legislador panista propuso en 1966 las siguientes modificaciones al Código de Procedimientos Penales capitalino (con una reforma espejo para el federal), sin necesidad de reformar la norma fundamental:

Se reforman los artículos 249, 270, 287, 290, 291, 292, 293 y 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, como sigue:

Artículo 270.

Para que el Ministerio Público pueda tomar válidamente declaración a un detenido debe cumplir con los siguientes requisitos indispensables:

- a) Hacerlo dentro del término previsto por el párrafo tercero de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional.
- b) Informar al detenido que tiene el derecho de nombrar defensor, y requerirlo formalmente para que haga ese nombramiento, advirtiéndole que en caso de que no lo haga, se le nombrará un defensor de oficio; debiendo además dar oportunidad de que el defensor presencie la diligencia y asesore previamente al detenido.
- c) Advertir al detenido que conforme a la fracción II del artículo 20 constitucional no está obligado a declarar; que todo lo que diga será tomado en cuenta en el proceso; y preguntarle si tiene voluntad de declarar.
- d) En caso de que el detenido manifieste su voluntad de declarar, y que esté presente su defensor, se podrá recabar su declaración, pero todas las preguntas que el Ministerio Público formule deben constar 'textuales en el acta'.

Artículo 249. La confesión tendrá el valor de un indicio, cuando concurren las siguientes circunstancias:

[...]

IV. Que sea hecha ante el funcionario de policía judicial que practique la averiguación previa siempre que esté probado en autos que éste cumplió los deberes previstos por el artículo 270 de este Código, o ante el tribunal que conozca del asunto.

Artículo 287

[...]

Se adiciona con un segundo párrafo del tenor siguiente:

En el auto de inicio el juez mandará que se notifique al detenido el día y la hora en que se habrá de practicar la diligencia anterior, a fin de que éste quede prevenido y pueda buscar un defensor particular.

Artículo 290. El juez en esta diligencia debe cumplir con los siguientes deberes:

I. Hacer saber al detenido el derecho que tiene de nombrar defensor particular y advertirle que en caso de que no lo pueda o quiera nombrar, existen defensores de oficio que lo deben defender gratuitamente;

II. Requerir al detenido para que nombre defensor particular; si éste no lo hace, el juez debe mostrarle la lista de los defensores de oficio para que de ella elija al que le convenga; si el detenido no designa a ninguno, el juez hará el nombramiento;

III. Hará comparecer al defensor nombrado a fin de discernirle el cargo en caso de que se acepte la defensa;

IV. Hacer saber al detenido el nombre de su acusador, denunciante o querrelante, el de los testigos que declararon en su contra, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, leyéndole para el caso las constancias de la averiguación;

V. Hacer saber al detenido el derecho que tiene de negarse a declarar o de hacerlo si así le conviene para contestar los cargos, advirtiéndole que su silencio no creará la presunción de que es responsable de los cargos que se le imputan;

VI. Hacer saber al detenido, en caso de que manifieste que tiene voluntad para declarar que no está obligado a otorgar protesta de decir verdad, porque la declaración de un inculpado es un derecho que la ley le concede para defenderse por sí mismo, pero que todo lo que diga será tomado como prueba, y

VII. Hacer saber al detenido que tiene el derecho de obtener la libertad caucional en los casos en que proceda y el procedimiento para obtenerla.

Todo lo anterior se hará constar pormenorizadamente en el acta de la diligencia, precisamente en el orden arriba anotado.

Artículo 291. El juez al examinar al detenido no podrá formularle preguntas capciosas y todas las que se le formulen se asentarán textualmente en el acta antes de pedir que sean contestadas.

Artículo 292. El Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al inculpado. Pero el juez deberá desechar toda pregunta que sea capciosa. El inculpado puede negarse a contestar toda pregunta que tienda

a obtener su autoincriminación, sin que su negativa cree presunción de culpabilidad en su contra.

Artículo 293. El inculcado dictará su declaración, al igual que las contestaciones a las preguntas que se le formulen que se asentarán textualmente en el acta.

Artículo 294. Terminada la declaración u obtenida la manifestación del detenido de que no desea declarar, se le leerá el acta levantada, advirtiéndole previamente que no está obligado a firmarla si no lo desea.

El cambio de estructuras, como se habrá advertido, puede resumirse en el lema de la campaña presidencial panista de 1994: “Por un México sin mentiras”, es decir, por un México que llame al pan, pan y al vino, vino, al proceso, proceso, al sindicato, sindicato y a la democracia, democracia. Diego Fernández de Cevallos lo corroboró cuando, con ocasión de aquellos comicios, se pronunció por la laicidad auténtica y bien entendida: “Yo sólo me inclino ante Dios, dijo, pues ningún Rey humano es capaz de doblar mi cerviz”.

Llegados a este punto en el combate a la mixtificación de la vida republicana es necesario, por supuesto, mencionar la reforma integral al capítulo constitucional de los derechos humanos que en este 2010 ha sido aprobada unánimemente en el Senado y que, entre otras cosas, sistematiza el ejercicio de la facultad de investigación del artículo 97 trasladándola a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Se trata de una facultad que el maestro Gómez Morín miró siempre como una atribución de obligatorio ejercicio para la Suprema Corte de Justicia,<sup>25</sup> y que los diputados panistas Antonio L. Rodríguez, Juan Gutiérrez Lascuráin y Miguel Ramírez Munguía procuraron reglamentar, sin éxito, desde el temprano año de 1947.<sup>26</sup> La iniciativa se turnó a la comisión de ¡defensa nacional! ¡Cómo si los derechos fundamentales fueran algo de lo que la nación tuviese que defenderse! Hoy se alega, en contra del cabal ejercicio de la atribución

<sup>25</sup> La plataforma electoral 1958-1962 afirmaba que, con ocasión de las elecciones locales en Chihuahua, el régimen “se vio obligado a violar abiertamente textos expresos constitucionales para realizar la imposición y todavía tuvo que gestionar la triste abdicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de las atribuciones que la Constitución le otorga”. *Cinco plataformas...*, p. 77.

<sup>26</sup> Iniciativa de *Ley Reglamentaria del párrafo III del artículo 97 constitucional, para hacer posibles las investigaciones que por violación a los derechos humanos y al voto puede hacer la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante reglas procesales apropiadas*. 30 de septiembre de 1947.

por parte de la Suprema Corte, la inexistencia de ley secundaria que reglamente la materia.

La reforma ya aprobada en el Senado se ocupa también de la adecuada incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al orden constitucional mexicano, de la ordenación del ejercicio de la suspensión de garantías prevista en el artículo 29 —añeja obsesión de otro fundador de Acción Nacional, don Manuel Herrera y Lasso—, de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en la garantía de los derechos fundamentales, impidiendo que lo conquistado en el tiempo pueda perderse, y del robustecimiento de una institución que, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, nació, entre otras, merced a la terquedad democrática de Acción Nacional.

No puede hacerse abstracción, dentro del recorrido que hemos procurado hacer, del derecho más fundamental que existe, que es derecho de derechos y derecho a los derechos: la vida. Su defensa desde el cambio democrático de estructuras, es decir, desde una izquierda que piensa en la comunidad, que no es hedonista ni individualista,<sup>27</sup> pero tampoco marxista-leninista,<sup>28</sup> no implica negación de la debida autogestión de la mujer sobre su cuerpo, derecho también de lo más fundamental, sino reconocimiento de las obligaciones humanas, concomitantes y concatenadas a los derechos y generadoras de un principio de responsabilidad indispensable para la generación de una efectiva cultura constitucional. En este sentido, el cambio democrático de estructuras es ante todo revolucionaria mutación cultural.<sup>29</sup> Por lo demás, la reforma propuesta en 2010 prevé expresamente, en el artículo 29, la tutela inalienable del derecho a la vida.

Por todo lo explicado es que el PAN no puede tolerar que el texto mismo de la ley suprema contenga disposiciones contrarias al derecho constitucional y a la mutación democrática que ha experimentado

<sup>27</sup> “...su lúcido y apasionado testimonio —de verdadero laico, en un clima de intolerante sectarismo abortista— de la realidad de la vida que nace y de los consiguientes derechos de quien está por nacer...”. Magris, C., “Derecho y libertad: en la muerte de Norberto Bobbio”, en Magris, C., *La historia no ha terminado. Ética, política, laicidad*, trad. J. Á. González, Anagrama, Barcelona, 2008, p. 37.

<sup>28</sup> El marxismo-leninismo no es más que “la doctrina de Stalin”. Kolakowski, en Krauze, *Personas...*, p. 105. Tal vez por eso es que Marx afirmaba no ser marxista.

<sup>29</sup> González Morfín, *Discursos...*, I, p. 35.

el país, como son el artículo 33, con el que la República incumple incluso obligaciones que ha adquirido en el ámbito internacional en materia de debido proceso y audiencia previa,<sup>30</sup> o el 38, fracción II, que implica la suspensión de derechos políticos para todo aquel que, en el entendido de Rosas Magallón, no es sino un acusado cuya inocencia se presume.

Lograr una interpretación *pro persona* de los preceptos constitucionales, algo que aún no existe en el texto fundamental, es objetivo anunciado por la doctrina de Acción Nacional en temas como el solidarismo, la dimensión colectiva de la persona humana, el debido proceso y el humanismo político. Como plantea la reforma constitucional que la Cámara de Diputados debe, en conciencia, aprobar, el Estado no otorga derechos, sino que los reconoce. El pacto que, en la versión liberal, crea la sociedad política no es un pacto que subyuga, como en Hobbes, sino un pacto que potencia la convivencia y permite conservar los derechos provenientes del *status naturae*, como en Rousseau. No crea ni debe crear un aparato estatal formidable e incontrolable. Era especialmente importante recordarlo en nuestro estatista siglo XX. Si la idea termina por campear en la Constitución mexicana el triunfo será de 1939.

### III. RETOS QUE AUMENTAN DESDE EL GOBIERNO

Los gobiernos de Acción Nacional enfrentan grandes desafíos en materia garantista, y no sólo desde el punto de vista de la diplomacia. Es cierto que Cuba y su situación irregular en temas de derechos humanos (el reciente caso de la huelga de hambre de Guillermo Fariñas no es el primero ni será el último) obliga a México a tomar posiciones que la tradición del PAN permite determinar mejor que la de cualquier otro partido, y también lo es que la administración del presidente Calderón ha ido a la vanguardia en temas como la reforma penal, la abrogación de los delitos de calumnia y difamación, la discriminación de la migración ilegal y la cobertura universal de la seguridad social a través del seguro para una nueva generación, pero resulta innegable

<sup>30</sup> Cambiaría también, de ser aprobada, la reforma constitucional de 2010 en la Cámara de Diputados y por la mayoría de las legislaturas locales.

que muchas políticas públicas llevan necesariamente, una y otra vez, a la toma de conciencia en torno a la inalienabilidad de los derechos fundamentales, sobre todo en materia social y de seguridad pública.

Esta suerte de actualización de los principios panistas es susceptible de hallar numerosos ejemplos: en la plataforma de 1958, Acción Nacional llamaba a “asegurar, con intervención de los consejos de jefes de familia organizados conforme a la ley, en los establecimientos de enseñanza que el Poder público dirija o sostenga, la rectitud de conducta y la competencia del personal y el respeto debido a la confesión religiosa de los educandos”.<sup>31</sup>

Así, el llamado de la Secretaría de Educación Pública a constituir consejos parentales de participación en la conducción de las escuelas es una añeja, casi innata, reivindicación de Acción Nacional que bien implementada permitirá ampliar el espacio auténticamente público, esto es, social, del ámbito republicano y que, por tanto, debe extenderse al mal llamado espacio de la “escuela privada” que, en realidad, debe ser concertado entre los particulares y el Estado para la garantía de la pluralidad en un clima de estricta igualdad que denuncie el carácter de absurda externalidad económica que posee la fijación de colegiaturas dignas de un régimen de *apartheid*.<sup>32</sup> Por cierto, el PAN tendrá que definir, en fecha no lejana, qué propondrá como partido en el gobierno en relación con la existencia de un texto gratuito cuyo carácter único ha sido siempre criticado por sus cuadros dirigentes, como ya hemos analizado. También ha de venir la toma de postura frente a la posible reestatización del modelo de guarderías y estancias infantiles, derivada de la espantosa tragedia ABC en Hermosillo, Sonora.

Otro ejemplo complejizante: *Cambio democrático de estructuras* llama a la superación de la mentira en la vida pública de México. Pero el sistema acusatorio adversarial de la reforma constitucional de 2008 parece partir de una verdad distinta: que valen más la conciliación y la paz que las verdades “materiales” obtenidas a través de una estricta labor inquisitiva. Es el anti-Unamuno, dado que don Miguel, el ilustre bilbaíno, sostenía como divisa que más valía la verdad que la paz.

<sup>31</sup> *Cinco plataformas...*, p. 99.

<sup>32</sup> Estrada Sámano, F., “La educación en México”, en *8a. Asamblea, XXIV Convención. Documentos*, Ediciones de Acción Nacional, México, 1975, p. 43.

Pensando en términos marginales, el debido proceso (casos Ac-teal y Atenco) se enfrenta muchas veces a la caracterización que de "justicia" posee la sociedad, acostumbrada a la venganza e inculta constitucionalmente hablando, frecuentemente mal informada y creyente con lujo de puerilidad en la falacia de que todo, incluso juzgar con garantías y condenar al alimón a quienes la mayoría considera criminales, se puede.

Y llegamos con ello al gran reto, que en forma alguna puede rehuirse: cohonestar la rica tradición garantista de Acción Nacional con los imperativos de una lucha, como la que combate al crimen organizado, que el aparato estatal tiene que dar. Resulta imperativo ser muy escrupuloso con el debido proceso (casos Jacinta, Teresa y Alberta, por ejemplo), sin permitir abuso alguno por parte de las autoridades estatales (caso Lidia Cacho) y combatiendo de frente, pero con armas legítimas, a las organizaciones privadas que, incumpliendo descaradamente sus *obligaciones humanas*, se dedican a ralentizar el espacio de ejercicio de las libertades civiles. Es un reto enorme, por cuanto topa con variables de gobernabilidad, pero ineludible, por cuanto hace a la efectividad de la vida democrática. Implica, con toda claridad, un cambio democrático de estructuras y de mentalidades.<sup>33</sup>

Retos también, e importantísimo, se halla en la posición de los poderes fácticos frente al discurso de los derechos humanos. La controvertida doctrina de la *drittwirkung*, es decir, de la posibilidad de que los particulares violen derechos fundamentales y sean castigados por ello, arroja sobre nuestro país cuestionamientos de inquietante actualidad. Y volvemos al tema de las *obligaciones humanas*: ¿hasta qué punto, quien desconoce la dignidad de sus pares, está violentando sus derechos eminentes antes que cometiendo un crimen? ¿Se banaliza el discurso de los derechos humanos cuando se afirma que todos, y no sólo el Estado, somos capaces de pisotearlos? ¿Se diluye con eso la responsabilidad del aparato público, que es por supuesto la primigenia? ¿Qué papel juegan en todo esto las víctimas, sobre todo las del crimen organizado? ¿Y qué respuesta debe dar el Estado

<sup>33</sup> Sarkin, J., Haack, Y. y Lanotte, J. V. (eds.), *Resolving the tension between crime and human rights: an evaluation of European and South African issues*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2001.

frente a las violaciones que a derechos sustancialmente fundamentales cometen sindicatos, partidos políticos, empresas de telecomunicación, escuelas "privadas" y monopolios comerciales? Son preguntas que pueden y deben hallar respuesta en la doctrina de Acción Nacional.

Existen otros retos de carácter, digamos, menos procesal: ¿cuál debe ser el catálogo de derechos fundamentales para Acción Nacional, si es que debe haber uno?

¿Qué habrían pensado los fundadores del PAN acerca del discurso de género, de los derechos reproductivos o de los derechos colectivos que obligan a replantear la idea de "Nación"? ¿Hasta dónde se querrá llevar la transparencia, lograda en el sexenio del presidente Fox, con toda su carga de inevitables molestias para el gobernante? ¿Cómo convertirla, a su vez, en efectiva rendición de cuentas? ¿Cómo enfrentar, desde Acción Nacional, los casos Radilla y Campo Algodonero que resolvió la Corte Interamericana de Justicia y que implican límites a la actuación del ejército en el combate al crimen?

¿Cómo cohonestar, en suma, gobierno y coyuntura con un discurso universalista, inalienable y atemporal, como es el de los derechos humanos?

Y hay más: ¿hasta qué punto evitar el *back to the USSR* en 2012 justifica estrategias políticas y electorales que entren en colisión con el pluralismo? La "participación solidaria de todos", dice *Cambio democrático de estructuras*,<sup>34</sup> es la única forma de evitar que la transición se torne un "simple relevo de oligarquías". Bien, pero ¿qué hacer cuando el adversario ha acreditado, con creces, su carácter de partido contrario al sistema democrático? ¿Deberá entonces el partido en el gobierno hacerle caso a Ortega y "excluir toda exclusión"? ¿Será eso lo políticamente responsable?

El PAN experimenta y experimentará siempre la necesidad, desde el gobierno o desde la oposición, de recibir el pensamiento principialista y axiológico de Alexy, de Dworkin y de Sen, con sus agendas prácticas y de actualización vivencial de los derechos fundamentales para, entre otras cosas, alejarse de geometrías politológicas reduccionistas. Con todo, Acción Nacional debe, en mi concepto, reivindicar su posicionamiento como el partido de los derechos humanos,

<sup>34</sup> González Morfin, *Cambio...*, p. 15.

como el único instituto político que, a pesar de coyunturas internas e internacionales adversas, ha sostenido su discurso garantista y ha mantenido a los derechos fundamentales como una de las estructuras, acaso la más trascendente, de la vida democrática y el espacio republicano en México.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Cfr. Krauze, E., *Personas e ideas*, Vuelta, México, 1989, pp. 100-115.

## LA INFLUENCIA DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO EN EL DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO\*

Rafael ESTRADA SÁMANO

El tema de esta disertación me lo sugirió la lectura, hace algunos años, del prólogo a la primera edición del *Tratado de derecho constitucional* de Elisur Arteaga Nava, escrito por Francisco Ruiz Massieu, en el que me llamó poderosamente la atención el siguiente párrafo que encerraba, a mi entender, un reconocimiento tanto más apreciable cuanto que provenía de un estudioso no egresado ni de otra manera vinculado con la Escuela Libre de Derecho. Dicho párrafo dice así:

“El autor forma parte de la escuela de derecho constitucional que iniciara Emilio Rabasa y que tiene como características principales el análisis objetivo de los textos constitucionales, su estudio directo, sin mayor consideración de los aspectos meramente teóricos o doctrinales de la materia, y la especial relevancia que concede a sus antecedentes así como al contexto histórico y político en el que surgen. Quienes la integran, abordan los textos a partir de su realidad, sin hacer alusiones complejas a las teorías que los avalan ni interpretaciones basadas en puntos de vista teóricos respecto de las instituciones del poder, de su manejo y aplicación. Otra peculiaridad que los distingue es su lenguaje claro y elegante; cada uno de sus integrantes conserva su estilo y sus rasgos propios pero se percibe en todos ellos la preocupación por hacer uso de un español preciso, escueto, exento de adornos, sin adjetivos innecesarios”.

\* Discurso pronunciado por el abogado y maestro en derecho Rafael Estrada Sámano, en la ceremonia de su acceso a la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, como Académico de Número Sitial 1, México, 11 de agosto de 2009.

Agrega el autor del prólogo los nombres de quienes, “además de don Emilio, uno de los mejores prosistas en lengua castellana”, son, según él, los principales representantes de dicha escuela.<sup>1</sup>

En efecto, puede afirmarse sin exageración que en la Libre de Derecho, desde su fundación, en julio de 1912, bajo los auspicios del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, como resultado del hecho de que una fracción importante de los profesores y alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia no estuvieron de acuerdo con ciertas medidas que adoptó don Luis Cabrera, el entonces director de dicha Escuela en la recientemente reinstaurada, en 1910, Universidad Nacional de México, desde entonces y a lo largo de la casi centenaria existencia de la Libre de Derecho ha surgido y florecido dentro de ella una verdadera corriente del derecho constitucional que reconoce en Emilio Rabasa a su iniciador y a este mismo, conjuntamente con Manuel Herrera y Lasso y Felipe Tena Ramírez, como sus tres pilares fundamentales, si bien ha producido otros notables exponentes como F. Jorge Gaxiola, Gustavo R. Velasco, Eduardo Trigueros Saravia y Víctor Manuel Ortega; más hacia los tiempos actuales, han destacado en ella Francisco Xavier Gaxiola Ochoa, Elisur Arteaga Nava, Fernando Alejandro Vázquez Pando y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Tres constitucionalistas, que si bien no han sido producto de esa línea de pensamiento, ni egresaron de las aulas de la Escuela Libre de Derecho, sí han sido influenciados por ellas y a la vez las han retroalimentado con sus investigaciones, estudios, publicaciones y enseñanzas en la cátedra, son sin duda Antonio Martínez Báez, Juventino V. Castro y Castro y Raúl González Schmal. Y qué duda cabe de que en los últimos años han hecho significativas aportaciones Jaime del Arenal Fenochio, José Manuel Villalpando César y Rafael Estrada Michel.

Cualquiera que fuera la más acertada y justamente incluyente relación de los exponentes de esta escuela del derecho constitucional, que incluyera, por ejemplo, junto a los indiscutibles, la relación y la glosa de las tesis profesionales que en la Libre de Derecho se han escrito sobre temas de derecho constitucional, el hecho es que esa línea de estudio y de pensamiento ha existido y existe y es, en sí misma, un objeto digno de ser estudiado e investigado, en su orientación

<sup>1</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional, instituciones federales, estatales y municipales*, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1994, t. I, p. IV.

general, en sus manifestaciones, aportaciones y logros, en fin, en la influencia que haya podido ejercer respecto del desarrollo de nuestras instituciones políticas.

Debo precisar, sin embargo, que pretender agotar en una exposición como esta la tarea de estudio e investigación inmediatamente antes apuntada, sería vano e ilusorio, pues evidentemente su objeto proporciona materia suficiente para una obra extensa y documentada que rebasaría el propósito central de esta intervención, obra que de ninguna manera descarto acometer algún día. He de limitarme, entonces, a señalar por ahora los orígenes del fenómeno y las líneas generales de su orientación, así como las aportaciones más destacadas de sus exponentes más esclarecidos.

En cuanto a lo primero, los orígenes y las líneas generales, en un aspecto general y amplio se encuentran en el pensamiento que los fundadores de la Escuela Libre de Derecho tenían acerca de la libertad, autonomía e independencia de la enseñanza superior, pensamiento que tuvo su expresión más completa y exacta en el discurso que Emilio Rabasa pronunció el 26 de julio de 1925, con ocasión de la ceremonia conmemorativa del XIII aniversario de la fundación de la referida Escuela, pronunciamiento al que diez años después, ya fallecido Rabasa y en ocasión análoga, Felipe Tena Ramírez no titubeó en designar como “la Magna Carta de la Escuela”,<sup>2</sup> y en el que claramente se advierte la inquietud que había entonces por la necesidad de la autonomía universitaria, la cual sería reconocida hasta 1929 por el gobierno del presidente Emilio Portes Gil —por cierto, abogado egresado de la Libre de Derecho— y encontraría su consolidación definitiva, después de una ardua lucha, en 1934 bajo la rectoría universitaria de Manuel Gómez Morín.

Los párrafos del referido discurso de Emilio Rabasa, relativos al tema de esta exposición, dicen lo siguiente:

“Pero había en aquellas horas un motivo más concreto para generar la idea que dio nacimiento a la Escuela. Hacía poco tiempo que en medio de fiestas y regocijo patrióticos se había fundado la Universidad Nacional, hecha de la simple fusión de las escuelas de enseñanza superior dependientes del gobierno. Poco o nada mostraba en la gran institución un nuevo curso para

<sup>2</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Siluetas de don Emilio Rabasa*, Ed. Cultura, México, 1935, p. 41.

la educación profesional; tal parecía que sólo se había inventado un nombre nuevo a lo viejo existente, para dar motivo a la solemnidad soberbia de la inauguración y autorizar el intercambio con las universidades del mundo. En la prensa, en discursos y sobre todo en el comercio diario de las conversaciones privadas, campeaba esta idea en múltiples formas: ¿Qué será en México la Universidad sin autonomía y dependiente de nuestros gobiernos cambiantes, muchas veces efímeros y muchas veces antagónicos? La Universidad sin autonomía, se comentaba por todas partes, queda a merced de la política, sujeta a las pasiones y a los intereses de partido, sacudida por las agitaciones del desorden y de la represión que se suceden sin cesar, cuando debiera ser, por naturaleza y aun por definición, una entidad neutral, serena como la ciencia que es su objeto, abstraída por el trabajo y como capaz de ignorar las tempestades exteriores, mientras estudia, enseña e investiga.

“Después, bajo el primer gobierno que la revolución produjo, las mismas objeciones y las mismas querellas volvían a sonar por todas partes, reclamando la autonomía que es base de libertad y garantía de estabilidad tranquila en la institución soberana que debe presidir la enseñanza. Los obstáculos para la realización del ideal se hallaron y siguen siendo insuperables; pero el sentido popular no se muda por las dificultades que se opongan a su satisfacción, y si el clamor que lo exige se calla, no es porque el ansia despertada se extinga en los anhelos de la sociedad. La idea hecha aspiración, la aspiración hecha necesidad, flotaban en el ambiente común, como un elemento que se respira y que obra aunque no se perciba; por eso los estudiantes al sentir la libertad de acción que les dio su rebeldía, se hallaron como asaltados por la espontánea resolución de crear la Escuela autónoma y poseídos de la confianza de que habrían de realizarla por medios fáciles, de que la Escuela viviría porque querría vivir y porque la sociedad querría que viviera y la nutriría con su aliento.

“La enseñanza que no tiene por base la autonomía de la escuela no puede contar con la plena libertad espiritual que en maestros y discípulos requieren la lealtad del que da y la buena fe del que recibe, para la escuela autónoma, su labor debe dirigirse francamente según el concepto moderno de la enseñanza, concepto a que obedece sin dificultad porque parece impuesto por la sola virtud de su autonomía. Enseñar no es ya imponer principios como normas inmovibles del conocimiento ni prohibir el examen de especiales doctrinas porque pueden producir escándalo, ni condenar audacias de los temperamentos innovadores. La enseñanza abierta, que exige sinceridad para los neófitos y que es un deber sagrado de justicia, no admite emboscadas para los espíritus nuevos ni hipocresías que escatimen la ciencia. Enseñar es alumbrar para que los ojos vean y las inteligencias se regocijen; es alumbrar, pero no con la linterna sorda que ilumina un punto y deja en mayor oscuridad el campo, sino encendiendo auroras para el despertar de las inteligencias

dormidas... sólo la enseñanza así entendida puede llegar a su más alto fin y a la exaltación del hombre hasta la cumbre del espíritu”.<sup>3</sup>

Es absolutamente natural que en ese marco general, tan ampliamente explicado por Rabasa, se produjera la corriente de análisis sobre el derecho constitucional a la que me he venido refiriendo.

Ya en lo concreto, en cuanto a las bases y las líneas específicas sobre las cuales se ha desarrollado esa escuela del derecho constitucional, es indudable que ellas fueron sentadas con gran firmeza por el pensamiento y la cátedra de Emilio Rabasa. Por ello, aunque sea en apretada síntesis, es indispensable la referencia a esa personalidad. Sin afán biográfico ni mucho menos hagiográfico, hay que decir que Rabasa nació en Chiapas en el año de 1856, es decir, en el año durante el cual se reunió en la Ciudad de México el Congreso Constituyente convocado a raíz del triunfo de la Revolución de Ayutla, de cuya obra, la Constitución Política del 5 de febrero de 1857, Rabasa sería posteriormente un serio y formidable crítico. De su natal Chiapas, Rabasa emigró primero a la ciudad de Oaxaca y de ahí pasó a establecerse en la de México, de la que regresó a Chiapas ya en pleno Porfiriato para desempeñar en aquel estado el cargo de gobernador entre los años 1883 y 1886. De regreso en la capital de la República, se dedicó al ejercicio de su profesión de abogado, siempre adscrito a la corriente política que prevaleció en gran parte del largo periodo presidencial de Porfirio Díaz, conocida como los científicos.

En la recientemente editada (2008), espléndidamente investigada y muy bien escrita biografía de Emilio Rabasa debida al profesor Charles A. Hale,<sup>4</sup> se hace notar que el acontecimiento crítico que hizo sólido el lugar central que ocupó Rabasa en la comunidad jurídica de la metrópoli mexicana fue la fundación de la Escuela Libre de Derecho en julio de 1912, en la que Rabasa fue probablemente la figura más significativa. Entre los otros profesores fundadores estaban Francisco León de la Barra, Demetrio Sodi, Agustín Rodríguez y Miguel S. Macedo, así como Jorge Vera Estañol. La Escuela pronto ganó prestigio, en parte porque sus fundadores eran entonces de los más destacados

<sup>3</sup> Serra Rojas, Andrés, *Antología de Emilio Rabasa*, Ed. Oasis, México, 1969, t. II, pp. 30-36.

<sup>4</sup> Hale, Charles A., *Emilio Rabasa and the Survival of Porfirian Liberalism. The Man, his Career, and his Ideas, 1856-1830*, Stanford University Press, Stanford, California, 2008.

abogados y juristas del país. Aunque a los títulos expedidos por la Libre de Derecho no se les dio reconocimiento oficial hasta 1930, el antagonismo entre ella y la Escuela Nacional de Jurisprudencia pronto se vio disminuido, especialmente después de la caída del régimen de Victoriano Huerta en 1914.

La cátedra de Emilio Rabasa en la recién creada Libre de Derecho fue breve; sin embargo, en el mes de mayo de 1914, cuando él salió de México para fungir como jefe de la delegación del país acreditada ante la conferencia de Niagara Falls, en la que Argentina, Brasil y Chile mediaron entre México y los Estados Unidos de América, la reputación de Rabasa, como el máximo experto mexicano en materia de derecho constitucional, había quedado establecida. Sus dos obras sobre la materia hasta entonces publicadas, *El artículo 14* (1906) y *La Constitución y la dictadura, estudio sobre la organización política de México* (1912), ya eran textos generalmente utilizados por las nuevas generaciones de estudiantes de derecho.<sup>5</sup>

La influencia de Rabasa sobre la comunidad jurídica, sin embargo, estaba basada en más que una mera capacidad técnica. Sus estudios jurídico-constitucionales y sus enseñanzas sobre la materia constitucional estaban informados por un profundo sentido histórico que hacía más amplia su visión y reforzaba sus argumentos. Como Cosío Villegas llegó a reconocer más tarde, a pesar de su desacuerdo fundamental con la interpretación sustancial de Rabasa sobre la Constitución de 1857, "Rabasa sabía historia y sabía derecho", algo que "es raro en México".<sup>6</sup>

Por otro lado, como insistentemente hace notar el profesor Hale, en el periodo posterior a 1910, Rabasa fue el mayor exponente de la doctrina política dominante durante el Porfiriato, un liberalismo transformado que se basaba en el concepto contemporáneo de "política científica" y en el histórico o tradicional constitucionalismo que ya tenía sus raíces en el siglo XIX mexicano.

El concepto de política científica había sido puesto en circulación por Justo Sierra y los demás editores del periódico *La Libertad* en 1878. Se inspiraba en el positivismo de Henri Saint Simon y de

<sup>5</sup> Hale, *op. cit.*, p. 4.

<sup>6</sup> Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, Ed. Hermes, México, 1957, p. 64.

Augusto Comte y en el fondo era una crítica de las ideas liberales clásicas, particularmente de aquellas que predicaban la igualdad. De acuerdo con esta nueva postura, la política no debe basarse en abstracciones, sino en la ciencia, esto es, sobre el estudio empírico, la historia y la realidad social, así como debe perseguir objetivos económicos prácticos.

Más aún, arguyeron los escritores de *La Libertad*, la política es la ciencia de lo posible; dogmas, teorías y fórmulas legales deben dar paso a la observación, la paciente investigación y la experiencia como las guías certeras del trabajo del estadista. Esta autollamada "nueva generación" de intelectuales, reunida en *La Libertad*, hizo el contraste entre la política científica y la "política metafísica" de los "viejos liberales de mitad de siglo", cuyas ideas habían conducido solamente a la revolución y a la anarquía. Sierra y sus colegas se designaron a sí mismos como "los nuevos liberales" o "liberales conservadores", siguiendo a los fundadores de la Tercera República en Francia y de la Primera República en España, particularmente Adolphe Thiers, Jules Simon y Emilio Castelar. El término "liberalismo-conservador" utilizado mayormente en Europa, llegó así a tener como su correlato en México al de "política científica".

La idea de que la administración debe tener precedencia sobre la contención política, idea central de la política científica desde sus orígenes en el pensamiento de Henri Saint Simon, ejerció una gran atracción respecto de los escritores de *La Libertad*. El éxito final del régimen del general Díaz, sostenían, dependerá de la formación de "un plan científico de administración y política, basado en el conocimiento de las condiciones biológicas, sociales y económicas del país".<sup>7</sup>

Otro rasgo importante de la política científica en México era el ahora lugar común de que la sociedad es un organismo evolutivo que ha de entenderse históricamente. De Herbert Spencer vino la idea del organismo social, su evolución y su inevitable progreso. De Augusto Comte vino el énfasis en la historia como la vía apropiada para el estudio de la ciencia de la sociedad. Un gobierno fuerte a través de una administración práctica, de un sentido biológico e histórico de la sociedad y de una fe inquebrantable en el progreso: todos estos eran elementos clave de la política científica.

<sup>7</sup> *La Libertad*, 4 de enero de 1879, citado por Hale, *op. cit.*, p. 6.

Adicionalmente, Sierra y sus colegas buscaban también la reforma de la Constitución, pues se consideraban a sí mismos, en gran medida, como constitucionalistas. Estos abogados de la política científica pedían una constitución que estuviera de acuerdo con las realidades políticas y sociales del país. En suma, su constitucionalismo era histórico o tradicional, por oposición al constitucionalismo doctrinario de 1856-1857. La tendencia doctrinaria reflejaba la creencia de que la adhesión rígida a los preceptos del documento escrito o la imposición de éstos, podría garantizar en la realidad el orden constitucional. Los constitucionalistas doctrinarios a menudo asumían una posición política radical o democrática, creyendo que era necesario cambiar a la sociedad para conformarla con la Constitución. Los constitucionalistas históricos o tradicionales, por contraste, buscaban el cambio de los preceptos constitucionales que encontraban abstractos o irrealizables en México. Tendían a ser políticamente moderados y socialmente elitistas, pugnando por un gobierno fuerte dentro de la Constitución, al mismo tiempo resistiéndose al poder presidencial personal exagerado.

Estos principios del constitucionalismo histórico vinieron a guiar el pensamiento político de Emilio Rabasa y él los preservó y los condujo dentro de la primera y la segunda década de la Revolución Mexicana. Así, Emilio Rabasa, como también Justo Sierra, puede ser justamente considerado como un constitucionalista liberal y positivista. Estos términos no son mutuamente excluyentes ni mucho menos y reflejan el consenso ideológico que prevaleció entre la elite intelectual y gobernante en México durante la etapa más sólida del Porfiriato.<sup>8</sup>

El profesor Hale hace notar que el constitucionalismo que guiaba el pensamiento de Rabasa estaba bien establecido en México. En efecto, a través del siglo XIX hubo varios intentos no exitosos de los liberales para establecer en el país un sistema de "equilibrio constitucional" que previniera los extremos de la anarquía y el despotismo. Los elementos fundamentales de tal sistema eran una efectiva separación de poderes, cierta ambivalencia cuando no hostilidad hacia la soberanía popular y un empate entre los derechos de la persona y los intereses de la propiedad privada, como garantía de la estabilidad. Es

<sup>8</sup> Cfr. Hale, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

fácil advertir que este sistema se inspiraba en la corriente del pensamiento político francés que tuvo sus orígenes en Montesquieu y que fue prohijado y desarrollado en el siglo XIX por Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville, Eduard de Laboulaye y aun en cierto sentido por el célebre literato Hipólito Taine.

La versión mexicana del constitucionalismo francés decimonónico se mostró en cuando menos tres episodios que fueron objeto de estudio y análisis profundos por Rabasa. El primero surgió en la época inmediatamente posterior a la consumación de la Independencia y puede identificarse con las ideas de José María Luis Mora, el teórico más destacado del liberalismo mexicano en esa época; en el centro del constitucionalismo liberal del doctor Mora estaba la idea de que la libertad individual podría ser mejor garantizada si el proceso político quedara confiado a los propietarios, idea que Mora expresó con gran fuerza durante los debates sobre el proyecto primigenio de la ley electoral del Estado de México. Sin duda, esta adhesión del doctor Mora al derecho de propiedad revelaba inclinaciones aristocráticas y aun llegó a utilizar el término "aristocrático" de manera favorable en 1830, revelando cierto elitismo criollo que llegó a ser un rasgo central del constitucionalismo mexicano por el resto del siglo XIX.

No obstante, como liberal que era, Mora no podía pasar por alto, sobre todo después de 1830, la realidad de los privilegios de las corporaciones en México, cuya muestra más notoria eran los privilegios jurisdiccionales de la Iglesia y del ejército, así como las vastas propiedades que detentaba la primera. Mora se percató de que el Estado, en lugar de caer en más restricciones, debería ser fortificado si el individualismo y la igualdad bajo la ley iban a tener significado y prevalencia.

En este aspecto, Mora encontró guía e inspiración más en la reforma borbónica de España que en el constitucionalismo de Benjamin Constant. Como teórico que fue de la primera fase de la reforma del sistema mexicano de gobierno acaecida en 1833, Mora captó y prohijó que la Constitución tenía que dar fundamento a un Estado administrativo físicamente fuerte que pudiera secularizar a la sociedad, instituir la igualdad de todos frente a la ley y, aun así, evitar los extremismos democráticos de los jacobinos franceses y de los radicales españoles de Cádiz.

El segundo episodio del constitucionalismo decimonónico en México tuvo lugar en la época de la Reforma, el conflicto ideológico

y civil que se desarrolló a mediados del siglo XIX entre liberales y conservadores, de manera más radical y encarnizada a partir de la promulgación de la Constitución de 1857. Con el doble triunfo de los liberales, primero en la Guerra de Tres Años o de Reforma y después sobre el Imperio de Maximiliano, sobrevino en 1867 la restauración definitiva de la República, en cuyos inicios el gobierno de Benito Juárez emitió la célebre convocatoria para elecciones que marcó el regreso oficial al régimen constitucional, después de la dictadura *de facto* que ejerció Juárez durante el largo periodo de las dos guerras antes aludidas, la de Reforma y la que se libró contra el Imperio de Maximiliano, apuntalado éste en sus inicios por la intervención del ejército francés de Napoleón III.

La convocatoria juarista antes mencionada, no obstante sus dramáticos antecedentes, levantó una gran hostilidad entre los liberales, a quienes iba prácticamente dirigida de manera exclusiva, dado el estado de proscripción en que se encontraban quienes habían militado en el bando conservador, toda vez que incluía una propuesta para modificar la Constitución de 1857 que había sido causa y objeto de la fase más encarnizada del conflicto entre liberales y conservadores y la bandera más enérgicamente defendida por los primeros.

En defensa de los motivos de los cambios constitucionales propuestos en la convocatoria, el secretario Sebastián Lerdo de Tejada arguyó que para completar la Reforma, México debía abandonar el “gobierno de convención” a favor de una “buena administración” y del “equilibrio constitucional”. La Constitución de 1857 había proclamado la soberanía popular y había dispuesto un régimen congresional, sobre las líneas del modelo francés de 1848. Bajo esa Constitución, sostenía Lerdo de Tejada, la legislatura unicameral lo era todo, en tanto que el Ejecutivo no era nada. Probablemente como un vehículo para la “reforma social” en las especiales y ensayistas circunstancias del periodo comprendido entre 1857 y 1867, tal régimen podía haber estado justificado, pero “en tiempos normales el despotismo de un gobierno de convención puede ser tan malo como el despotismo de un dictador, o peor”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Convocatoria para la elección de los supremos poderes y Circular de la ley de convocatoria, ambas expedidas por Sebastián Lerdo de Tejada como secretario de Gobernación del presidente Benito Juárez, con fecha 14 de agosto de 1867.

La única de las reformas constitucionales así propuestas por Juárez y Lerdo que eventualmente y después de un largo periodo de debate que se extendió hasta 1874, habría de ser aprobada, fue la relativa a la reinstauración del Senado, creado por la Constitución de 1824 siguiendo el modelo norteamericano pero abolido por la Constitución de 1857. Lerdo sostuvo que el Senado era una vía para “consolidar nuestras instituciones” en la era posterior a la Reforma; permitiría a los estados tener mayor autoridad e influencia en la legislación federal y contener la nociva proliferación de los cacicazgos y las rebeliones locales. En consecuencia, tendría la facultad formidable de declarar la “desaparición de los poderes” de algún Estado. Así, la “consolidación de las instituciones” preconizada por Lerdo de Tejada en realidad significaba el fortalecimiento de la autoridad federal y el control de los excesos de la democracia.<sup>10</sup>

El tercer episodio constitucionalista, el cual tuvo lugar en los primeros años de la década de 1890 y que obviamente estaba muy relacionado con el segundo episodio, reflejó el florecimiento en el pensamiento político mexicano del constitucionalismo histórico y de la nueva doctrina de la política científica. Al enfatizar la administración y el gobierno fuerte, los que propugnaban por la aplicación de la política científica consideraban a la convocatoria de 1867 y sus propuestas como un precedente. Por ello, apoyaron al nuevo Senado y encontraron que era relevante la confluencia que se estaba dando en Francia de elementos del liberalismo que anteriormente se habían considerado como antagónicos: el sistema de garantías constitucionales y el Estado centralizado. El lenguaje suyo era de intelectuales y de elite social, lo que infundió “ciencia” en el discurso liberal y produjo una amalgama de conceptos que antes estaban en conflicto.

Este tercer episodio produjo la fundación en 1892 de la Unión Nacional Liberal y la campaña subsecuente que surgió desde dentro del círculo oficial para reformar la Constitución de 1857, teniendo como líder de nueva cuenta, como en 1878, a Justo Sierra. Este último y sus seguidores, antiguos y nuevos, usaron los mismos argumentos de “La Libertad” para proponer reformas que limitarían, no promoverían, la fuerza de Porfirio Díaz. Todavía pedían la existencia de un gobierno fuerte dentro de la Constitución, pero el sentido de este postu-

<sup>10</sup> Cfr. Hale, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

lado había cambiado ante la situación política: el Ejecutivo débil de 1878 había llegado ahora a ser demasiado fuerte. La propuesta clave de reforma fue la de establecer la inamovilidad de los jueces, de modo que éstos fueran designados de por vida, en lugar de seguir siendo electos periódicamente por el pueblo como disponía la Constitución de 1857, lo cual los sujetaba a una manipulación política nada deseable. Esta propuesta desató un debate importante tanto en el Congreso como en la prensa, en el curso del cual los reformistas fueron llamados “científicos”, por usar lenguaje “científico”, en tanto que sus opositores, quienes defendían la permanencia de la Constitución en sus términos vigentes, recibieron la designación de “jacobinos”. Así, el año 1893 marcó la entrada en uso de estos dos epítetos en el vocabulario de la política mexicana, para ser usados constantemente a partir de entonces.

Concluido este tercer episodio, la campaña para reformar la Constitución de 1857 no fue exitosa, pero su postulado fundamental de ninguna manera murió, sino que sobrevivió gracias a los esfuerzos continuados de Justo Sierra y de Francisco Bulnes y encontró poco después el apoyo formidable de Emilio Rabasa, quien mantuvo el reclamo de la inamovilidad judicial después de 1900, hasta bien entrado el siglo XX.<sup>11</sup>

No cabe duda de que estos tres episodios del constitucionalismo mexicano del siglo XIX tuvieron una gran influencia en el pensamiento de Rabasa y en su posición doctrinaria respecto del derecho constitucional, la cual se mantuvo dentro de la corriente ya descrita del constitucionalismo histórico tradicional. Esto se refleja claramente en *La Constitución y la dictadura*, obra publicada en 1912, pero que su autor preparó y redactó años antes, probablemente entre 1906 y 1910.<sup>12</sup> Es la obra más famosa, consultada y estudiada de Rabasa; a casi cien años de su aparición, ha tenido numerosas reediciones y sigue siendo referencia obligada para todos aquellos que aspiran a conocer en profundidad la formación peculiar y gradual del sistema mexicano de gobierno. De ella ha dicho Felipe Tena Ramírez:

[desde el punto de vista de la forma, es un] “estupendo alarde de técnica” [pues] “logra el máximo de expresión con el mínimo de palabras; en ella hay arte y fe en el arte, semeja una de esas joyas del Renacimiento italiano, en las que Benvenuto puso la doble delectación del orfebre y del creyente... En lo que al fondo respecta... como toda notable aportación a la cultura, pertenece al caudal del progreso humano, en el que nada se pierde y, quizá, nada se crea. Toda doctrina lleva consigo el germen de la doctrina de mañana. Aunque hoy neguemos la doctrina de ayer, ¿no es cierto que la misma negación fue suscitada por la tesis que negamos? Así la planta dio frutos imprevistos, pero triunfó como siempre la ley del sembrador que puso su afán en el surco y su confianza en la cosecha futura. Además de esta persistencia general, la obra de Rabasa no podrá desaparecer de la historia de nuestro derecho constitucional, porque llena toda una época. Hoy es Rabasa insustituible, no sólo por su valer intrínseco, sino también porque fue inspirador, en el aspecto de la técnica jurídica, de la Constitución de 1917. Honor para el hombre que desde el destierro a través de sus libros supo hacerse escuchar por una convención revolucionaria; pero honor también para los constituyentes de Querétaro, que tuvieron el patriótico ademán de aceptar las opiniones de un proscrito”.<sup>13</sup>

A propósito de la elegante mención de Tena Ramírez sobre la influencia que su maestro, el “proscrito” Rabasa, tuvo en la asamblea constituyente que se reunió en Querétaro durante los últimos meses de 1916 y el primero de 1917, así como en el producto de sus sesiones que fue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, hay muchos estudios sobre este interesante y paradójico fenómeno. Es imposible comentarlos y analizarlos en este momento. Baste mencionar que se han ocupado de él numerosos y muy prestigiados autores, no necesariamente discípulos de Rabasa, entre ellos Manuel Herrera y Lasso, Alfonso Noriega Jr., Antonio Martínez Báez, F. Jorge Gaxiola, Andrés Serra Rojas<sup>14</sup> y Charles A. Hale.<sup>15</sup>

De acuerdo con estos estudiosos, desde el Decreto de 14 de septiembre de 1916 que expidió Venustiano Carranza para convocar al Congreso Constituyente surgido de la Revolución Constitucionalista que él encabezó como Primer Jefe, se encuentran ya reflejos muy

<sup>11</sup> Cfr. Hale, *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>12</sup> Para un relato completo de los orígenes de esta obra que su autor mantuvo oscuros y un tanto misteriosos, véase a Hale, *op. cit.*, pp. 42-52.

<sup>13</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 24 y 25; 26 a 28.

<sup>14</sup> Todos ellos pueden consultarse en Serra Rojas, *op. cit.*, t. II, pp. 61-161.

<sup>15</sup> Hale, *op. cit.*, pp. 133-139.

claros del pensamiento de Rabasa y en el texto de la Constitución aprobada por ese Constituyente y promulgada por el mismo Primer Jefe, parece no haber institución fundamental para cuyo diseño, organización y funcionamiento no se haya tenido en cuenta al mismo pensamiento rabasiano, desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus diversos problemas, hasta la estructura del Poder Legislativo Federal, pasando, claro está, por el Ejecutivo y todo ello dominado por la idea central de hacer posible la aplicación de la Ley Fundamental en la vida pública de la nación, evitándose así la incitación a su violación o a su mixtificación, implícita en las constituciones que estuvieron vigentes en el siglo XIX en México, señaladamente en la de 1857.

Es claro también que la influencia de Rabasa se manifestó de manera definitiva en sus alumnos, algunos de ellos “con aspiraciones de discípulos”, como escribiera bellamente F. Jorge Gaxiola en el excelente prólogo que redactó, “con el amor que merece la obra del maestro”, para la publicación en un solo volumen de *El Artículo 14* y de *La Constitución y la dictadura*.<sup>16</sup> Uno de ellos, Juan José González Bustamante, tuvo la atingencia y el gran acierto de tomar apuntes, aparentemente en taquigrafía, del curso que Rabasa impartió en el año de 1928, uno de los últimos en que el maestro ejerció la cátedra, pues falleció en 1930. Esos apuntes permiten ver con claridad cómo desde las primeras lecciones y a lo largo del curso, Rabasa sentaba, difundía y defendía su posición como constitucionalista histórico tradicional. Así, en la lección del 15 de febrero de 1928, encontramos los siguientes párrafos:

“Después de la experiencia, digamos en la escala del derecho natural, se busca para cada materia un fundamento especial partiendo del estado del derecho natural que hace la unidad de todos, y la ciencia política es, en realidad un conjunto de teorías, de doctrinas emanadas más que nada de la historia, de la experiencia de los pueblos, de la observación de su desenvolvimiento político y que ha dado con esto las bases fundamentales del derecho constitucional. Éste tiene por objeto la organización de un pueblo, de sus poderes públicos, trata de los órdenes de su gobierno y fija a éstos los límites necesarios dentro de las facultades que se le otorgan. Previamente se hace el estudio de la ciencia política para que el constitucionalista se apoye en ideas fundamentales y

<sup>16</sup> Serra Rojas, *op. cit.*, t. II, pp. 109 y siguientes.

no simplemente lea el artículo de la Constitución y lo aplique literalmente, sin el conocimiento de las relaciones con otras disposiciones de la misma Constitución y, sobre todo, para que el abogado pueda hacer el comentario, el análisis de un artículo, de una disposición constitucional, fundado en conocimientos superiores y en ideas de justa amplitud. Para analizar una Constitución necesitamos forzosamente, el conocimiento de la ciencia política. Tenemos que saber en qué se funda el Estado, cuáles son los derechos del Estado, cuál es su origen, en qué consiste la soberanía, cuáles son los fundamentos de ésta y su alcance. Esta materia tiene que estudiarse bajo un doble sentido: el comparativo y el histórico”.<sup>17</sup>

Apenas había transcurrido un lustro desde el fallecimiento de Rabasa cuando su alumno Tena Ramírez pronunció un discurso en la Escuela Libre de Derecho en 1935, en el cual se contenían los siguientes párrafos que describen y explican las causas profundas de la influencia imperecedera que el maestro Rabasa ejerció sobre sus discípulos:

“El alumno que llegaba a su clase traía la impresión, transmitida por los de años anteriores, de que el brillante autor de las novelas y las obras didácticas, era en la enseñanza un mediano maestro, de palabra opaca e indócil. Jamás esperé encontrar en Rabasa a un orador; más todavía, no hubiera deseado encontrarlo, pues la cátedra es demasiado respetable para convertirla en tribuna. Pero lo que hallé no fue lo que me habían anticipado. Ciertamente Rabasa no era hombre de palabra fácil, pero estaba a su alcance ser un vulgar expositor; si no lo fue, si por el contrario el efecto que producía no era de vulgaridad, sino de dificultad, ello se debió a mi entender a que en lugar de emplear la palabra gris buscaba la palabra selecta, la que por precisa e inviolada expresa la idea mejor que ninguna otra. Pero había algo en su clase que no había en sus libros. No eran ideas que vinieran a cambiar la estructura de los sistemas expuestos en sus obras porque el pensador de los últimos años jamás desmintió ninguna de sus doctrinas anteriores. Lo que tenía en sus clases y no había en sus libros era la tolerancia, la actitud nobilísima que le dio la Escuela y que él le devolvió multiplicada. Y es lo cierto también que Rabasa hizo de su magisterio cátedra de tolerancia. Su mejor lección fue aquella en que elevó a norma de educación la regla de la tolerancia. Su mejor actitud, aquella en que afirmó sus ideas y respetó las ajenas”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 339 y 340.

<sup>18</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 37-40.

En la misma pieza oratoria de 1935, Tena Ramírez expuso lo que a su entender motivó que Rabasa llegara a ser, “según el decir de su más fiel discípulo, el árbitro en México” del derecho constitucional, vertiendo de paso sus conceptos sobre esa rama del derecho, obviamente forjados a partir de las enseñanzas recibidas de Rabasa:

“Se ha dicho que el derecho constitucional es el derecho para el derecho, esto es, la regla que hace posible la existencia del Estado, el cual a su vez asegura la existencia del derecho de los individuos. Por encima del concepto de partes cuya presencia en el derecho privado acota y empequeñece la relación jurídica entre las partes establecida; por encima de la fórmula angustiosamente estrecha de dar a cada quien lo que es suyo, el derecho constitucional tiene toda su medida y su única razón de ser en el bienestar público. Así se explica que los preceptos constitucionales estén sujetos a especial método de interpretación. Jamás se podrá penetrar en ellos con el criterio civilista porque no se trata de proteger un derecho hasta el límite donde comienza el vecino, sino de organizar los poderes para la realización más alta del bien público”.<sup>19</sup>

Por su parte, Herrera y Lasso sostuvo que el estudio del derecho constitucional entraña el cumplimiento de un “deber patriótico”, lo cual sostuvo no sólo retóricamente, sino respaldándolo con su propia actividad profesional y política. David Casares Nicolín refirió que “la tarea patriótica, no del momento sino de la época, era entender la realidad mexicana, adecuar a ella la norma legal, y hacer de la Constitución ‘el derecho del Estado’ y de México un ‘Estado de Derecho’, y fue, seguramente por ello, que produjo en él tan honda huella la frase de Wilson, ‘La libertad y las instituciones libres no pueden perdurar (el maestro pensaba: ni arraigar) en un país que desconoce la naturaleza de su gobierno’. Desterrado en Cuba, en 1927, comentó ante el Colegio de Abogados de La Habana: Esto ‘hace del estudio del derecho constitucional un apremiante deber patriótico, de cuyo cumplimiento depende, en buena parte, que el espíritu cívico sustituya, entre nosotros, al espíritu homicida de la guerra civil’”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 22 y 23.

<sup>20</sup> Casares Nicolín, David; Ortega, Víctor Manuel; González, Genaro María, *Homenaje al Sr. Lic. Dn. Manuel Herrera y Lasso en el primer aniversario de su fallecimiento*, Ed. Luz, México, 1968, p. 30.

Cómo no iba a sostener que el estudio del derecho constitucional es un “deber patriótico” ineludible quien tenía conceptos tan claros, en los que se descubre fácilmente la raigambre rabasiana, acerca de lo que la Constitución es:

“Las constituciones –decía el maestro Herrera y Lasso– no se explican por sí mismas, como entes necesarios. La vida institucional como medio y la felicidad pública como fin, son el objeto de ellas, la razón misma de su ser. Consecuentemente, las asambleas que las decretan no deben ser concilio que declare dogmas, sino cuerpo político que organice las relaciones de gobernantes y gobernados, teniendo en cuenta cuáles son éstos y quiénes van a ser aquéllos.

“Es menester que los hombres disfruten en la colectividad en que viven del bienestar a que son acreedores por su condición humana, que sus relaciones con los demás se realicen sin dificultades ni fricciones y se desenvuelvan dentro del orden jurídico que asegura condiciones de libertad y de justicia. Para ello, el derecho constitucional organiza la vida política; fija las relaciones que deben existir entre gobernantes y gobernados y garantiza en beneficio de éstos, los derechos primordiales.

“Las constituciones, definidas en términos abstractos y abstrusos por los tratadistas, son en realidad, una organización sistemática de limitaciones al poder público que definiendo lo que los gobernantes deben hacer, lo que pueden hacer y lo que no pueden hacer, levanta una barrera a la arbitrariedad, al despotismo y a los abusos del poder y soluciona el problema vital de las relaciones entre gobernantes y gobernados.

“Coordinación de fuerzas y resistencia o proceso de adaptación, de adecuación de lo externo a lo interno, es siempre la armonía del conjunto lo que las constituciones se proponen como fin. Desconfiadas y recelosas, limitan el poder con el poder, pero con la finalidad superior de garantizar la libertad, la igualdad y la justicia”.<sup>21</sup>

Con todo, sería un gran error pensar que los alumnos-discípulos de Rabasa recibieron el pensamiento y las enseñanzas de éste con la actitud ciega del “magister dixit”, sin llevar a cabo ningún análisis, sin atreverse a enderezar crítica alguna. De nuevo, acudiendo solamente a Herrera y Lasso y a Tena Ramírez, encontramos en ambos diferencias importantes con Rabasa, acaso no en lo fundamental, pero expresadas, eso sí, con profundo respeto.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 37 y 38.

Así, en uno de sus estudios más lúcidos, el relativo a la histórica falta de decisión constitutiva que escogiera entre el centralismo y el federalismo, acaecida en México, con consecuencias por demás funestas, en el periodo del naciente Estado mexicano ubicado por el autor entre 1814 y 1843, Herrera y Lasso incluyó los siguientes párrafos que el mismo discípulo dilecto de don Emilio agrupó bajo el título de “La crítica de Rabasa”:

“Lo he dicho reiteradamente. Las enseñanzas de Rabasa han sido de tal manera decisivas (¡y con cuánta razón!) en nuestra doctrina constitucional, que la denuncia de las excepcionales deficiencias del maestro, por omisión, inexactitud, o categórico error, se impone como exigencia necesaria de profilaxis mental.

“En el primer capítulo de *La Constitución y la dictadura*, disminuyen el mérito de la elocuente exposición, certera en su conjunto: *omisiones*, como la inadvertencia de que fue la de Cádiz la primera Constitución vigente en el México emancipado y como el inexcusable silencio sobre el nefando crimen de Padilla; e *inexactitudes*, entre las que sobresalen la invectiva contra Iturbide y la falsa aseveración de que en la Carta de 1824 ‘no se garantizan los derechos individuales de los cuales sólo hay uno que otro regados en diversos tratados de la obra’.

“Hitos de desviación, no tienen sin embargo estas deficiencias el efecto desorientador de los *errores* que, en el examen de las normas centralistas, marcan rutas tan engañosas que el discípulo, orgulloso de haberlo sido en su juventud y de seguirlo siendo en su senectud, no puede eludir la rigurosa contradicción. El maestro leyó a medias las Siete Leyes en las cuales sólo descubrió, para enderezarle crítica implacable, al supremo poder conservador; resumió mal los ordenamientos de las Bases Orgánicas, exhibiéndolas como un extravagante acopio de desatinos despóticos; negó, contra la evidencia, que ambas contuvieran, en sendos capítulos iniciales, un catálogo sistemático de garantías y aludió, con referencia superficial y tendenciosa, a los dos proyectos centralistas de 1842”.<sup>22</sup>

Por lo que hace a Tena Ramírez, en la misma ocasión ya mencionada de su intervención oratoria de 1935, expresó sin ambages:

<sup>22</sup> Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios políticos y constitucionales*. Recopilación de Raquel Herrera y Lasso y Jaime del Arrenal Fenochio, Porrúa, México, 1986, pp. 49 y 50; para una mayor explicación de esta *Crítica*, véase la nota 34 que Herrera y Lasso puso al pie de la p. 49.

“Para completar el perfil de Rabasa desde el punto de vista de sus obras didácticas, debo referirme a la última que publicó, *La evolución histórica de México*, del año 1920.

“Llena toda la obra un aspecto de Rabasa que ya se había manifestado, aunque secundariamente, en *La organización política de México*, y que es para mí el más débil de su personalidad: el de crítico de nuestra historia. Rabasa no pudo prescindir en sus obras de las antipatías y de los afectos exagerados, es decir, de la parcialidad, que si es virtud en el conductor de multitudes, porque nunca con el término medio se pueden agitar pasiones colectivas, no es sino defecto cuando se trata de la recta interpretación de la historia y del arte. Además de no ser investigador directo de los datos que aprovecha, Rabasa careció de la ecuánime entereza de Macauley, de Hipólito Taine y aun de Menéndez Pelayo, que es cualidad inexcusable del verdadero crítico.

“De las tres partes en que está dividida la obra, la primera incluye la exégesis de nuestra historia hasta la caída de Lerdo y la tercera hace la crítica de las modernas tendencias revolucionarias en lo que se refiere a los problemas del indio, de las tierras y de la instrucción. Esas dos partes no son, en verdad, sino el pedestal donde se levanta la otra, consagrada a forjar la figura del general Díaz; jamás tuvo el gran presidente autócrata mejor estatua. No he dudado en referirme, aunque sea a grandes rasgos, a los errores de Rabasa, que tan notorios son en la obra que comento. Ello se debe, ante todo, al temor de incurrir en la misma censura ya formulada, de exagerar el elogio en mengua de la justicia. Además, en los hombres superiores, los defectos sirven para poner de relieve sus virtudes: también las sombras colaboran en la misión de la luz, porque la hacen resaltar”.<sup>23</sup>

Las críticas anteriores encuentran su explicación en las enseñanzas ya aludidas del propio Rabasa sobre la virtud cívica y social por excelencia que es la tolerancia, según lo refirió Tena Ramírez, quien profundamente convencido por la cátedra rabasiana de la tolerancia, reiteradamente predicó en sus discursos y en sus escritos la necesidad de que los integrantes de toda comunidad humana practiquen esa virtud social, sin la cual la convivencia pacífica y creadora se torna imposible y que “no consiste en carecer de convicciones, sino en respetar las ajenas con el mismo vigor que ponemos en la defensa

<sup>23</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 28-31.

de las propias”, según la sintética y exacta definición propuesta por el mismo Tena Ramírez.<sup>24</sup>

Y porque así ha sucedido a través de varias generaciones, desde la inmediatamente moldeada por las enseñanzas de Rabasa, en la que habría que incluir, además de las de Herrera y Lasso y Tena Ramírez, cuando menos, las muy importantes aportaciones de F. Jorge Gaxiola, Gustavo R. Velasco y Eduardo Trigueros Saravia; siguiendo después con la generación que formaron y adiestraron los discípulos directos de Rabasa, en la que figurarían sin duda Francisco Javier Gaxiola Ochoa, con su larga trayectoria como maestro y con su reciente y delicioso libro que tautológicamente tituló *El Poder puede*,<sup>25</sup> en el que enseña el derecho constitucional exactamente como lo enseñaba en clase, con un método histórico- anecdótico, hasta festivo, sin mengua alguna de la hondura en el pensamiento ni del rigor en los conceptos, así como Elisur Arteaga Nava, con su también larga ejecutoria como maestro en diversas instituciones, con su marcado interés por el derecho constitucional de los estados integrantes de la federación y, en fin, con su copiosa producción editorial en la que destacan, además de su tratado de derecho constitucional que lleva ya varias ediciones, numerosos artículos sobre la materia y sus libros, entre los que destacan *Derecho constitucional estatal; La Constitución mexicana comentada por Maquiavelo; Derecho municipal, usos y costumbres obligatorios entre los pueblos de Guerrero; Maquiavelo, poder y constitución*, y la traducción crítica y anotada de *El Príncipe*, clásica obra de Nicolás Maquiavelo, preparada esta última con la colaboración de Laura Trigueros Gaisman;<sup>26</sup> continuando con las obras y las aportaciones, más recientes que las anteriores, de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Raymundo Vázquez Castellanos en el campo estricto del derecho constitucional y en el del derecho procesal constitucional, así como las de Jaime del Arrenal Fenocho, José Manuel Villalpando César y Rafael Estrada Michel en el área de la historia del derecho

constitucional y también, sin duda, con muchas otras obras, tesis y aportaciones que sería imposible enumerar aquí.

Porque venturosamente así ha sucedido, digo, y porque así es de desearse que siga sucediendo con esta escuela del derecho constitucional mexicano, he intentado esbozar, no sé con cuánto éxito, la corriente de pensamiento sobre el derecho constitucional que ha contribuido grandemente a la exaltación de la Escuela Libre de Derecho. Pero, parafraseando a Tena Ramírez en su conclusión de la silueta de Emilio Rabasa que dibujó en 1935, allí dejamos a los maestros y sus grandes logros, allí debemos dejarlos, pues son realidad que alcanza ya la categoría de símbolo. Sin embargo, la juventud tiene que seguir adelante, nunca desleal a su época, avizorando siempre el porvenir, abierta a las nuevas ideas y realidades. Entonces, el mejor discípulo de Rabasa y sus sucesores no será aquél que permanezca en inmóvil y hierática admiración ante los maestros y sus obras, sino el que busque superarlos con honor, desvaneciendo las dudas que hayan dejado en las sombras o que surjan de las nuevas circunstancias, construyendo sobre lo ya construido, poniendo el pie delante de la última huella dejada por sus predecesores, cumpliendo, en suma, con el “deber patriótico” de aportar, en la teoría y en la práctica, al perfeccionamiento y al fortalecimiento del derecho de nuestras instituciones políticas.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Cfr. Estrada Sámano, Rafael, “Vida, obra y legado de Felipe Tena Ramírez”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 19, núm. 19, México, 1995, pp. 441 y 442.

<sup>25</sup> Gaxiola Ochoa, Francisco Javier, *El Poder puede. Coloquial sobre historias, política y derecho*, Litográfica Medici, Amomolulco, México, 2004.

<sup>26</sup> Cfr. Arteaga Nava, *op. cit.*, t. I, p. IV.

<sup>27</sup> Esta parafrasis está inspirada en Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

## EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE SELLOS

José Abel FLORES R.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Necesidad político criminal?* III. *Bien jurídico.* IV. *Reflexiones conclusivas.*

### I. INTRODUCCIÓN

El delito de quebrantamiento de sellos es una hipótesis normativa que no es conocida por el común de los individuos que componen la sociedad mexicana; como sí lo es el delito de homicidio, aborto, lesiones, robo, fraude y una serie de otros delitos que son reconocidos como conductas que deben ser castigadas por el Estado, por afectar intereses fundamentales de la colectividad, que al ser vulnerados afectan total o parcialmente la convivencia social.

El tipo básico de quebrantamiento de sellos se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo 286 del Código Penal del Distrito Federal (CPDF), y en mayor o menor medida dicho tipo penal es similar a la mayoría de las demás legislaciones en la República Mexicana, y éste reza:

Artículo 286. Al que quebrante los sellos puestos por orden de la autoridad competente, se le impondrán de dos a siete años de prisión y de cien a quinientos días multa.

Al parecer, dicho tipo penal es bastante claro en su redacción, y cualquiera que lo observe, podrá decir que el tipo de quebrantamiento de sellos es fácil y sencillo de comprender, pero lo cierto es que el

legislador se ha equivocado en la redacción del tipo en comento, lo que ha generado una confusión respecto de cuál es el bien jurídico tutelado que debe proteger dicho tipo penal, y no sólo esto, sino que también pareciera que los fines y principios que rigen al derecho penal se han trastocado, dando vida a un tipo penal que carece de necesidad político-criminal que justifique su existencia.

## II. ¿NECESIDAD POLÍTICO CRIMINAL?

Para poder establecer si efectivamente existe una necesidad político-criminal para la existencia del delito de quebrantamiento de sellos,<sup>1</sup> debemos señalar en primer término que el derecho penal tiene como misión fundamental proteger a la sociedad,<sup>2</sup> es decir, no se reduce sólo al listado de las conductas consideradas como delitos y a la pena que a cada uno le corresponde, sino que debe determinar cuáles son las conductas que efectivamente dañan a la sociedad tan profundamente que ponen o pueden poner en peligro la convivencia social o la propia legitimidad del actuar del Estado.<sup>3</sup> De lo anterior se establece que el derecho penal procura mantener un equilibrio en la sociedad, amenazando y castigando mediante las penas y medidas de seguridad que establece en los códigos de la materia, y en este sentido el castigo opera en el momento en que la amenaza fracasa. Por tanto el derecho penal mantiene la estabilidad de la sociedad, y debe ser la última herramienta que se debe utilizar para impedir las acciones que perturben la vida en comunidad.<sup>4</sup>

El derecho penal, como conjunto de normas, cumple un empleo de mantenimiento y protección de un sistema de convivencia social y en tanto que la norma penal posibilite una mejor concordia en la sociedad, será funcional; pero cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia, será disfuncional.<sup>5</sup> Desde esta perspectiva se puede

<sup>1</sup> Jescheck, Hans y Heinrich Weigend, Tomas, *Tratado de derecho penal. Parte General*, p. 24. La política criminal se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad, y ésta discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales, para que correspondan con la realidad del delito.

<sup>2</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Parte General*, p. 63.

<sup>3</sup> Meikel, Adolf, *Derecho penal. Parte General*, pp. 1, 2.

<sup>4</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, p. 86.

<sup>5</sup> Vaello Esquerdo, Esperanza, *Introducción al derecho penal*, p. 36.

decir que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales que los individuos necesitan a efecto de poder llevar a buenos términos las relaciones con los demás.

En este orden de ideas el derecho penal está limitado por principios que se deben respetar a efecto de que su aplicación pueda ser legítima, siendo uno de estos principios, el principio de intervención mínima del derecho penal, que implica que éste sólo debe intervenir en los momentos en que se perjudiquen los bienes jurídicos más importantes para la sociedad.<sup>6</sup>

Por lo tanto, si el legislador mexicano ha dispuesto que la conducta de quebrantar un sello puesto por la autoridad debe ser considerada como delito, se toma la obligación de justificar que efectivamente se está atacando un valor fundamental de la sociedad, ya que de lo contrario el legislador habría actuado en contra de lo establecido por los principios rectores del derecho penal.<sup>7</sup>

En este sentido, las perturbaciones más leves a los bienes jurídicos son objeto de las otras ramas del derecho. Dicho de otra forma, el *ius puniendi* tiene un límite en su esfera de aplicación, en razón de que únicamente debe proteger los valores esenciales para la comunidad, es decir, los valores éticos y sociales que son elementales para una adecuada convivencia en sociedad; y como consecuencia, debe dejar la protección de bienes jurídicos menos importantes para la comunidad a las demás ramas del derecho.<sup>8</sup> Por tanto, por principio de intervención mínima se debe entender que sólo los bienes jurídicos fundamentales deben ser protegidos por el derecho penal, esto es, si para la restitución del orden jurídico vulnerado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.<sup>9</sup> Es decir, la diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir su misión de proteger

<sup>6</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte General*, p. 70.

<sup>7</sup> Jakobs Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 60.

<sup>8</sup> Bacigalupo, Enrique, *Parte General*, p. 43.

<sup>9</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 61.

el adecuado desarrollo de la vida social, interviniendo únicamente en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad.

Ahora bien, el CPDF es un ordenamiento que en mayor o menor medida, trata de establecer un sistema de justicia penal moderno, en el cual se respeten los principios que rigen al derecho penal, siendo algunos de éstos el de legalidad, proporcionalidad, intervención mínima, entre otros. Es decir, el legislador mexicano ha ambicionado crear un sistema de justicia penal moderno, creando leyes penales lo más acorde a las nuevas teorías de la ciencia del derecho penal.<sup>10</sup>

De las ideas anteriores, me veo en la necesidad de diferenciar la necesidad político-criminal del tipo básico y del tipo equiparado de quebrantamiento de sellos, como se encuentra formulado dentro del CPDF.

### 1. ¿Necesidad político-criminal del tipo básico?

Tal y como se encuentra redactado el tipo básico de quebrantamiento de sellos, se entiende o infiere que el legislador ha ambicionado darle una protección al sello mediante el *ius puniendi*, pero con base en los principios del derecho penal, este instrumento del cual hace uso la autoridad administrativa, no puede ser, ni llegar a ser en ningún momento un bien jurídico fundamental, el cual necesite la protección del derecho penal;<sup>11</sup> por tanto no existe justificación en primer momento para proteger con el derecho penal el sello mismo, en razón de que se contrapone con el principio de intervención mínima que establece que “sólo en la medida en que sea necesaria esa tutela estará legitimado el recurso al orden punitivo”;<sup>12</sup> así como con *el principio de exclusividad de protección de bienes jurídicos* que establece que únicamente el derecho penal puede proteger bienes o intereses necesarios para el adecuado desarrollo de la persona y del Estado de Derecho.<sup>13</sup>

Para el caso de que a la autoridad administrativa le interese que los sellos no se maltraten para que el público en general pueda identificar

<sup>10</sup> Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte General*, p. 251.

<sup>11</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, p. 5.

<sup>12</sup> Roxin, Claus, Arzt, Günther y Tiedemann, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, p. 23.

<sup>13</sup> Roxin, Claus, *Parte General*, pp. 52 y ss.

las obras clausuradas, deberá hacer uso de otras ramas del derecho para proteger estos bienes jurídicos, toda vez que es un absurdo imponer una pena de prisión a la persona que daña materialmente un sello.<sup>14</sup>

En este orden de ideas, cabe señalar que ciertamente el asambleísta en el Distrito Federal tampoco ha utilizado una adecuada técnica legislativa al momento de redactar el tipo básico,<sup>15</sup> y la imprecisión con la que ha quedado establecido el tipo penal de quebrantamiento de sellos ha generado una gran confusión respecto al bien que intenta proteger, así como el momento en el que se puede encuadrar la conducta al tipo penal, toda vez que un sujeto pudiese llegar a romper un sello materialmente sin vulnerar el objeto que protege dicho sello, y en este sentido es cuando surge la pregunta de si se ha tipificado o no la conducta;<sup>16</sup> lo que me da la pauta para pensar que dicho tipo penal vulnera el principio de taxatividad,<sup>17</sup> establecida en el artículo 14 de la CPEUM.

Ahora bien, tomando en cuenta el principio de *ultima ratio* del derecho penal, sería ilógico pensar que el tipo básico, aparte de proteger la resolución de una autoridad administrativa, también o únicamente salvaguardare el sello en sí mismo impuesto por la autoridad, a efecto de que éste no sea perjudicado en sí mismo. Por lo que se reafirma la falta de necesidad político-criminal para la existencia del tipo penal de quebrantamiento de sellos. Y en este sentido, Luzón Peña opina que “el derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito, y por tanto, hay que renunciar a su intervención cuando, desde el punto de vista político-criminal, sea inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente para evitar delitos”.<sup>18</sup>

Siguiendo con el tipo básico, he de señalar que dicho tipo también va en contra de lo establecido por el principio de proporcionalidad, mismo que establece que las penas que imponga el Estado por la

<sup>14</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 61.

<sup>15</sup> Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 110.

<sup>16</sup> Jescheck, Hans y Heinrich Weigend, Tomas, *Tratado de derecho penal. Parte General*, p. 24.

<sup>17</sup> Hernández Romo Valencia, Pablo, “Debido proceso legal, principio de legalidad y garantía de taxatividad: aproximación a la realidad penal”, p. 23.

<sup>18</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte General*, t. I, p. 84.

comisión de alguna conducta delictiva, no deberán ser excesivas, sino, por el contrario, proporcionales al bien jurídico lesionado o puesto en peligro;<sup>19</sup> principio que se encuentra también establecido en el artículo 22 de la CPEUM. Por lo que el legislador, al fijar la penalidad del tipo básico de quebrantamiento de sellos, mismo que no protege un bien jurídico fundamental para la sociedad y/o el Estado, está contraviniendo este principio limitador. Y no obstante esto, ha impuesto una pena mucho más severa a la persona que fragmente un sello impuesto por una autoridad, que a la que no cumple con los extremos de una sentencia dictada por la autoridad judicial, por lo que considero que nuevamente este tipo penal transgrede los principios limitadores del derecho penal, y en términos de lo establecido por nuestra Carta Magna también deviene inconstitucional.

En resumen, debo decir que todos estos argumentos me llevan a exponer que efectivamente, el tipo básico de quebrantamiento de sellos no tiene argumento alguno para poder decir que existe necesidad político-criminal para existir, en razón de que está contraviniendo el principio de legalidad, el de taxatividad, el de bien jurídico, y el de proporcionalidad, mismos que nuestros códigos punitivos deben respetar, si en verdad queremos que en México exista un derecho penal moderno que respete los derechos humanos.

## 2. ¿Necesidad político-criminal del tipo equiparado?

El tipo equiparado, establecido en el segundo párrafo del artículo 286<sup>20</sup> del CPDF, no respeta lo establecido por el principio de *última ratio*; en primer término, porque el bien jurídico tutelado de este delito, al parecer, es proteger un acto administrativo dictado por una autoridad competente, que intenta conservar el orden establecido por el Estado, tal y como lo decretó el legislador en su exposición de motivos; se refiere a la protección de la resolución administrativa, la cual se ve plasmada en la imposición de un sello; es decir, lo que

<sup>19</sup> Vaello Esquerdo, Esperanza, *Introducción al derecho penal*, p. 43.

<sup>20</sup> "Se equipara al delito de quebrantamiento de sellos y se sancionará con la misma pena, al titular, propietario o responsable de una construcción de obra, anuncio o establecimiento mercantil, en estado de clausura, que explote comercialmente, realice o promueva actos de comercio, construcción o prestación de un servicio, aun cuando los sellos permanezcan incólumes".

al derecho penal le interesa proteger es que los miembros de la comunidad respeten las decisiones de la autoridad administrativa, y es en este sentido donde cuestiono la existencia de este delito, toda vez que mediante el artículo 281 del CPDF se resguardan a través del *ius puniendi* el acatamiento por parte de los particulares de las decisiones que emanan tanto de la autoridad judicial como administrativa; por tanto, si la imposición de un sello es una decisión originada de una autoridad administrativa, no considero necesario proteger con otro delito una orden en especial como el respetar los sellos colocados por la autoridad. En todo caso, dicha conducta deberá de ser sancionada administrativamente.

En este sentido es que a través del tipo penal establecido en el Capítulo II, "De los Delitos de Desobediencia y Resistencia de Particulares", del CPDF, el legislador ambiciona proteger las decisiones u órdenes de la autoridad administrativa; y con base en los principios fundamentales del derecho penal, como lo son el de intervención mínima, el de subsidiariedad<sup>21</sup> y el de legalidad, considero que la circunstancia de poder castigar una misma conducta mediante dos tipos penales, se aparta de los principios limitadores,<sup>22</sup> que deben en todo momento presidir a nuestro derecho penal, violando de esa forma el principio de *non bis in idem* sustantivo o material, ya que no se sabrá por qué conducta se podrá castigar exactamente, pudiendo dar lugar a la imposición de una doble pena por un mismo hecho.<sup>23</sup> Esto es, el principio *non bis in idem* es una frase latina que significa literalmente que no se debe repetir dos veces la misma cosa, por lo que está prohibido sancionar dos veces a un individuo por los mismos hechos, principio que está previsto en el artículo 23 de la CPEUM; y en el presente caso, al existir dos tipos penales que se puedan aplicar al sujeto que quebrantare un sello, es evidente que deviene inconstitucional, toda vez que este principio impide que un mismo hecho pueda ser objeto de una doble pena.<sup>24</sup>

Por otra parte, hablando en concreto del principio de legalidad, mismo que es el principal limitador del *ius puniendi*, y que abarca un sinnúmero de garantía, dentro de nuestro sistema de justicia penal,

<sup>21</sup> Roxin, Claus, *Parte General*, p. 65.

<sup>22</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte General*, p. 133.

<sup>23</sup> Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, p. 89.

<sup>24</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *¿Contrabando o delito vs. la salud?*, pp. 48 y 49.

como son la estricta aplicación del derecho, la prohibición del uso de analogías o mayoría de razón, así como la garantía *nullum crime, nulla poena, sine lege*,<sup>25</sup> entre otros más, es que, derivado de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 14 de la CPEUM, se prohíbe aplicar pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, *por lo que al haber dos delitos que se pueden aplicar a la misma conducta*, no solamente es una falta al principio de legalidad, sino que además deviene inconstitucional.<sup>26</sup> En otras palabras, los tipos penales deben de determinar claramente la conducta que deben castigar, así como la pena o medida de seguridad aplicable, y en el presente, el sujeto que quebrante un sello puede ser sancionado mediante dos tipos, mismos que contienen diferentes penas, lo que contraviene tajantemente el principio de legalidad establecido en nuestra Constitución Política, toda vez que “una ley imprecisa o indeterminada, deviene poco clara, y por tanto no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad del *ius puniendi*”.<sup>27</sup>

Por lo que aun cuando el tipo equiparado de quebrantamiento de sellos exclusivamente proteja el objeto para el cual se impusieron los mismos, no es necesaria su existencia, ya que existen otros tipos en el CPDF, en el Capítulo II, “De los Delitos de Desobediencia y Resistencia de Particulares”, Del Título Décimo Noveno, “De los Delitos contra el Servicio Público cometidos por Particulares”, que protegen los actos u órdenes de la autoridad administrativa.

Por último, y en caso de que el legislador considere que determinados desacatamientos a mandatos emanados de la autoridad administrativa deban ser castigados con una pena mayor, como lo son las conductas descritas en el artículo 286 bis del CPDF,<sup>28</sup> pienso que el asambleísta debería adicionar un artículo a este Capítulo II, “De

<sup>25</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría del delito*, p. 61.

<sup>26</sup> Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 113.

<sup>27</sup> Roxin, Claus, *Parte General*, p. 169.

<sup>28</sup> CPDF, “Artículo 286 bis. Se impondrá de dos a ocho años seis meses de prisión, y de quinientos a mil días multa al que obligado por una resolución de autoridad competente a mantener el estado de clausura o de suspensión de actividades, no la acate, en los siguientes casos: I. Se trate de un giro mercantil considerado de impacto zonal y que requiera licencia de funcionamiento en los términos de la legislación aplicable. II. Se trate de un establecimiento dedicado al almacenaje de productos. III. Se trate de obras de construcción que requiriendo dictamen de impacto urbano no cuenten con el mismo”.

los Delitos de Desobediencia y Resistencia de Particulares”, Del Título Décimo Noveno, “De los Delitos contra el Servicio Público cometidos por Particulares”, que establezca de forma clara y precisa las diferentes órdenes que, en caso de ser transgredidas, serán sancionadas con una pena mayor, por afectar de manera más categórica el orden establecido por la ley.

### III. BIEN JURÍDICO

El delito de quebrantamiento de sellos se encuentra comprendido dentro del capítulo innominado “De los Delitos en contra del Servicio Público cometidos por Particulares”, es decir, en dicho capítulo se encuentran los “delitos que atacan al orden público en sus consecuencias inmediatas, pero ciertamente son delitos en contra de la autoridad”.<sup>29</sup> Estos delitos en contra de la autoridad los realizan aquellas personas que se niegan a observar sus deberes de interés público señalados en la ley, o bien desacatan las órdenes legítimas de una autoridad competente en ejercicio de sus funciones.<sup>30</sup> Por lo tanto, los delitos de promoción de conductas ilícitas, cohecho y distracción de recursos públicos, la desobediencia y resistencia de particulares, la oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos, el quebrantamiento de sellos, los ultrajes a la autoridad y el ejercicio ilegal del propio derecho, siendo hipótesis normativas que buscan proteger tanto al servicio público, para que éste siempre se desarrolle dentro del campo de la legalidad, como a las decisiones de la autoridad competente, para que éstas sean respetadas y acatadas por los individuos que componen una sociedad, y consecuentemente resguardan el Estado de Derecho.

Ahora bien, el delito de quebrantamiento de sellos debe, como todo tipo penal, proteger un bien jurídico,<sup>31</sup> y de no hacerlo la existencia de tal conducta delictiva sería absurda.<sup>32</sup> Puede ser que dicho tipo penal proteja un bien jurídico, pero no todo bien jurídico puede ser tutelado por el derecho penal, sino únicamente los bienes jurídicos cuya protección revista una verdadera importancia para la integridad

<sup>29</sup> P. de Moreno, Antonio, *Curso de derecho penal mexicano, Parte Especial*, p. 360.

<sup>30</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal para el Distrito Federal comentado*, p. 494.

<sup>31</sup> Von Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, p. 21.

<sup>32</sup> González-Salas Campos, Raúl, *Teoría del bien jurídico del derecho penal*, pp. 67-79.

de la sociedad.<sup>33</sup> En otras palabras, todo tipo penal debe respetar el Principio del Bien Jurídico, mismo que establece que a todo delito le incumbe suponer la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico,<sup>34</sup> en lo cual radica la esencia del hecho punible, debido a que el *ius puniendi* está destinado a proteger bienes y valores cuya protección se considera imprescindible para la existencia de la vida en comunidad.<sup>35</sup> En este sentido, y debido a la redacción con la que el legislador le ha dado vida al tipo penal de quebrantamiento de sellos, existe un desconcierto sobre lo que verdaderamente protege el tipo penal, y esta confusión ha hecho que tanto las autoridades administrativas, como judiciales acusen y condenen injustamente a sujetos por el supuesto quebranto de sellos.

Por lo anterior es que podemos hablar de la posible existencia de dos posturas sobre el bien jurídico que tutela el delito de quebrantamiento de sellos; es decir, por un lado encontramos que dicho bien jurídico tutelado se puede confundir con el sello mismo, y por otro lado establecer que la tutela de dicho delito es la actividad propia y lícita del Estado; siendo esto, la protección al debido desarrollo del orden social, establecido por el Estado.

A continuación se examinarán ambas posturas y se definirá cuál de las dos es la correcta y por qué.

### 1. ¿El sello?

Para poder establecer si el sello es o no un bien jurídico tutelado por el derecho penal, debemos establecer primero qué es el sello, y en este sentido, a grandes rasgos, es una pieza pequeña de papel, con timbre oficial de imágenes o signos grabados, que se adhiere a ciertos instrumentos para darles valor y eficacia, siendo un utensilio que sirve para estampar las armas, divisas, cifras y otras imágenes en él grabadas, y se emplea para autorizar escritos, cerrar pliegos, folios, títulos, cartillas, lugares y otros usos análogos.<sup>36</sup> En este sentido cabe hacer

<sup>33</sup> Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte General*, p. 180.

<sup>34</sup> Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 2.

<sup>35</sup> Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal. Parte General*, p. 212.

<sup>36</sup> Jiménez Huerta, Mariano, t. II, p. 371. Los sellos pueden ser de cualquier material y deben estar adheridos mediante plomo, lacre, papel engomado o encolado, etc., en forma que manifiestan inequívocamente su objeto o destino a asegurar.

mención que el sello más conocido por la sociedad mexicana son los sellos de clausurado que se colocan en establecimientos mercantiles o en los espectaculares, pero existen diferentes tipos de sellos que esgrime la autoridad y que no son utilizados tan frecuentemente, y por tanto no son muy conocidos por el común de las personas, como lo pueden ser los sellos que se imponen a diferentes documentos para evitar su alteración, o también pueden ser bandas de plástico que no permitan el acceso a determinado lugar.

En la mayoría de los casos, cuando hablamos del delito de quebrantamiento de sellos, nos imaginamos los sellos de clausurado de un lote comercial, pero existen diversos sellos que se utilizan no sólo para suspender actividades en un negocio, sino también existen sellos que protegen diversos documentos, como puede ser la contabilidad de una persona física o moral, también protegen lugares en los cuales se cometió algún delito, a efecto de que no se borren las huellas del delito, para que se pueda realizar una mejor investigación; existen los sellos que prohíben la colocación de propaganda, como los llamados espectaculares. De lo anterior se establece que el sello es simplemente una herramienta, es decir, un objeto material que es utilizado por el Estado para identificar determinados objetos, ya sea locales comerciales, espectaculares, documentos o lugares, en los cuales se indica una determinada orden impuesta por la autoridad competente que el gobernado ha de cumplir. Y en este sentido podemos establecer que efectivamente los sellos son una herramienta, ya que auxilian a las autoridades en la indicación de procedimientos o conductas para resguardar el orden social; pero *no son un bien jurídico que merezca ser protegido mediante el derecho penal*. Por lo tanto, los sellos no son un bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni pueden llegar a serlo, toda vez que su daño, menoscabo o deterioro no afecta considerablemente a la sociedad. Es por ello que dicha conducta podrá ser sancionada por el derecho administrativo pero no por el penal.

Sin embargo, es claro que a la autoridad administrativa le interesa que los sellos no se dañen, a efecto de identificar los documentos o lugares que deben ser resguardados o que han incumplido con la ley; pero no podemos proteger mediante el derecho penal el documento en el cual se plasman las órdenes de la autoridad, por lo que dicha protección debe ser encargada al derecho administrativo, por

no ser un bien que de ser afectado impacte categóricamente a la sociedad.<sup>37</sup>

El legislador mexicano debe en todo momento proclamarse a favor de un sistema punitivo que respete los principios de *ultima ratio* y del bien jurídico tutelado, propugnando la vigencia de un derecho penal moderno, en el cual se castiguen verdaderamente las conductas que dañan significativamente a la sociedad y en la medida en que las conductas no perturben representativamente el bienestar social, como lo es la acción de quebrantar un sello materialmente, debemos buscar, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, la solución por otros instrumentos de control social. Entonces, el eje de lo penalmente relevante debe encontrarse en los bienes jurídicos penales, entendidos como aquéllos que cumplan los tres requisitos para poder ser un bien jurídico tutelado por el derecho penal, merecedor de protección, necesitado de protección, y capaz de protección.<sup>38</sup>

Ahora bien, he realizado esta aclaración respecto del bien jurídico tutelado, porque pareciere que la autoridad administrativa considera que el bien jurídico que tutela el tipo penal de quebrantamiento de sellos es el sello en sí mismo.

Esto, en razón de que en todos los sellos de clausurado que imponen las delegaciones en el Distrito Federal contienen una pequeña leyenda que varía según el sello y la autoridad que lo impuso, pero que en general dicha leyenda establece lo siguiente: “*A la persona que sea sorprendida dañando los sellos puestos por la autoridad, será sancionada en términos de los artículos 286 y 286 bis del Código Penal para el Distrito Federal*”.

Dicha leyenda nos da la pauta para poder llegar a pensar que efectivamente las autoridades que colocan los sellos consideran al sello mismo como un bien jurídico tutelado por el derecho penal, cuando en realidad no lo es. Aunado a que por ese simple hecho se adecua la conducta al tipo penal establecido en el primer párrafo del artículo 286 del CPDF.

<sup>37</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría del delito*, p. 75.

<sup>38</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 44.

## 2. La protección de la Orden del Estado

El tipo penal de quebrantamiento de sellos se encuentra tipificado dentro del CPDF en el Capítulo II, “Delitos en contra del Servicio Público cometidos por Particulares”, lo que puede ser indicativo para pensar que los delitos establecidos en dicho capítulo sancionan las conductas que atacan a la función pública del Estado frente a los particulares.

Por lo que lo se podría señalar que el bien jurídico en el delito de quebrantamiento de sellos es *la protección a un mandato emanado por la autoridad administrativa competente*. Pero esta circunstancia se debe corroborar, en razón de que cada tipo penal ha sido creado por el legislador para proteger un bien jurídico, y no necesariamente el tipo penal de quebrantamiento de sellos, al estar incluido dentro del Capítulo de los Delitos en contra del Servicio Público cometidos por Particulares, deba por tanto estar dirigido a proteger dichos bienes, aunque puede servir de referencia para establecer adecuadamente el bien jurídico protegido de dicho tipo penal.

En este sentido, es que la *administración* pública tiene la facultad de dictar órdenes, mismas que desenvuelve con la realización de numerosos actos de muy diversa *naturaleza*, siendo una de ellas la imposición de sellos.<sup>39</sup> Por tanto, al ser un acto establecido en la ley derivado de la administración pública se infiere que los sellos se impusieron a efecto de salvaguardar el orden y la paz social.

Para un sector de la doctrina, el bien jurídico que tutela el delito de quebrantamiento de sellos es el orden público, esto es, un “delito en contra de la autoridad que realizan aquellas personas que se niegan a observar sus deberes de interés público señalados en la ley, o bien desacatan las órdenes legítimas de una autoridad competente en ejercicio de sus funciones; el quebranto de sellos es una violación al orden jurídico establecido, en este sentido, afecta al Estado de Derecho que nos rige. Es decir, el orden jurídico penal tutela la actividad propia y lícita del Estado, para que éste cumpla sin obstáculos ni rechazos”.<sup>40</sup>

De lo expuesto anteriormente es que podemos manifestar que en efecto a la sociedad le interesa que se respete el Estado de Derecho,

<sup>39</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, p. 38.

<sup>40</sup> Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código para el Distrito Federal*, p. 554.

y por tanto, las decisiones de una autoridad competente deben ser protegidas por el derecho penal, para obligar a los integrantes de la sociedad a respetar lo que establecen las autoridades.

Ahora bien, efectivamente la protección de los mandatos ordenados por la autoridad legítima son un bien jurídico que merece la protección mediante el *ius puniendi*, ya que de lo contrario cualquier sujeto que se encontrara obligado por una resolución administrativa, misma que se da a conocer mediante la colocación de sellos, podría emprender su desacato sin mayor trascendencia para su persona; y tal conducta ha de ser castigada por el derecho penal; pues de lo contrario, toda persona que se vea vinculada a obedecer alguna orden emanada por la autoridad pública, podría infringirla, y con esta actividad se lastimaría el Estado de Derecho, mismo que considero importante proteger para el adecuado desarrollo de la sociedad.

Por tanto podemos mencionar que el motivo por el que el legislador ha dado vida a este tipo penal, es porque pretende proteger el objeto para el cual se han impuesto los sellos; en otras palabras, aspira a que los gobernados respeten las decisiones emanadas por una autoridad administrativa, por lo que volvemos a plantearnos la necesidad político-criminal de la existencia de este delito, en razón de existir otro tipo penal diverso que ya protege dichos bienes jurídicos y cuya pena es mucho menor, esto es, de 6 meses a 2 años de prisión o pena alternativa como lo es el trabajo a favor de la comunidad.<sup>41</sup>

#### A. ¿Cuándo se quebranta un sello?

De una interpretación gramatical del tipo de quebrantamiento de sellos se llega a la conclusión, que el quebrantamiento de sellos se refiera al daño que podrían sufrir como tal los sellos; pero el sello no es el bien jurídico que tutela este tipo penal, sino que los individuos integrantes de una sociedad respeten las órdenes dictadas por la autoridad, motivos por los cuales, debemos entender que *el término "quebrantar" va dirigido sobre la violación que sufra el objeto que protege el sello*. Esta circunstancia hace evidente que el término quebrantar es

<sup>41</sup> CPDF: "Artículo 281. *Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de trabajo en favor de la comunidad, al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad*".

un elemento descriptivo,<sup>42</sup> pues para su comprensión se debe realizar una valoración de lenguaje ordinario a efecto de determinar adecuadamente el significado del término dentro del tipo penal.

El quebrantamiento de la orden consiste en desobedecer la resolución prescrita por un mandato del Estado. En opinión de Díaz de León el resultado se produce al momento de quebrantar los sellos, al violar los sellos puestos oficialmente; es decir, el resultado no consiste únicamente en quitar o fracturar el sello, sino, en violarlo, quebrantar la prohibición que simboliza. Si la acción no va dirigida contra esa significación del sello, no hay delito.<sup>43</sup> En pocas palabras, un sector de la doctrina nos indica que no debemos confundir el término de quebrantar, haciendo mención a que éste se refiere a la violación del objeto por el cual la autoridad ha impuesto el sello. Afinando así, que el injusto de quebrantamiento de sellos consiste en la violación de la custodia sellada, frustrándose por medio de la violación la voluntad manifestada con la colocación de los sellos, aunque se deje intacta la materia empleada para confeccionar el sello. Por ello, no existe una violación de carácter penal (o no debiera existir) cuando son alterados los sellos sin afectar el interés del Estado o el objeto que protegen los sellos.<sup>44</sup>

Por tanto, desde mi punto de vista, el resultado se produce cuando se vulnera el objeto del sello, en razón de que el tipo penal debiera (cuando no es así) proteger o salvaguardar la eficacia de las resoluciones administrativas. Es decir, que si un individuo penetra por una ventana el inmueble clausurado, sin tocar los sellos puestos por la autoridad, comete este delito.<sup>45</sup>

Para que efectivamente se acredite que un sujeto ha quebrantado un sello, considero que es necesario comprobar que indudablemente con el despliegue de su conducta ha hecho caso omiso de una resolución administrativa que lo vinculaba personalmente, toda vez que la conducta que se debe castigar no es la fractura del sello en sí, sino el

<sup>42</sup> Welzel, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 69; Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte General*, t. I, p. 481.

<sup>43</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal para el Distrito Federal comentado*, p. 516.

<sup>44</sup> Carranca y Trujillo, Raúl, *Código Penal anotado*, p. 437.

<sup>45</sup> Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código para el Distrito Federal*, p. 554.

desacato a una orden emanada por una autoridad; en otras palabras, se debiera acreditar que dirigió su voluntad a efecto de desobedecer un mandato establecido por el Estado mediante la imposición de los sellos. Esto en razón de que el bien jurídico que debiera proteger o tutelar el tipo penal de quebrantamiento de sellos, es la eficacia de las resoluciones administrativas, y por tanto no considero adecuado que el tipo penal de quebrantamiento de sellos se actualice o perfeccione en el momento en que se menoscabe el sello mismo colocado por la autoridad competente, porque sería absurdo sancionar mediante una pena de prisión a la persona que rompa un papel u engomado, en el cual se indican las resoluciones administrativas.

#### IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

*Primero.* La colocación de los sellos tiene como finalidad asegurar que las condiciones de determinado bien se mantengan o preserven; es decir, la imposición de los sellos tiene un objetivo que obliga a un individuo a atender, y por tanto, con base en el principio de bien jurídico, que establece que únicamente los bienes fundamentales para la sociedad y el Estado pueden ser tutelados por el derecho penal, es que nuestro sistema de justicia penal no debe de proteger el sello en sí, sino salvaguardar la eficacia de las resoluciones o disposiciones emanadas de la autoridad administrativa, ya que de lo contrario nuestro sistema de justicia penal en lugar de progresar hacia un derecho más justo, retrocedería a ser un derecho penal autoritario y sin sentido.

*Segundo.* El tipo de quebrantamiento de sellos vulnera el principio de taxatividad, el cual tiene por objeto garantizar la certeza jurídica y la imparcialidad de la aplicación de la ley penal; principio que se establece en el segundo párrafo del artículo 14 de la CPEUM, y por tanto, este tipo deviene inconstitucional. Esto es, “la garantía de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no actuar el ciudadano”.<sup>46</sup> Por tanto, el legislador debió formular el tipo de quebrantamiento de sellos de forma precisa, de modo que el

<sup>46</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, “Debido proceso legal, principio de legalidad y garantía de taxatividad: aproximación a la realidad penal”, p. 23.

destinatario de la norma sepa con seguridad qué le es lícito y qué no. Esto es, el legislador debería establecer específicamente que se actualiza la conducta al tipo penal de quebrantamiento de sellos, en el momento en que la persona (sujeto activo) ha vulnerado el objeto para el cual la autoridad competente ha colocado el mismo, pero, desafortunadamente, la forma como se encuentra redactado el tipo de quebrantamiento de sellos, contraviene el principio de legalidad, toda vez que el legislador está obligado por mandato constitucional a elaborar tipos penales que otorguen a los gobernados seguridad jurídica, y la vaguedad con la que se establece ese tipo penal vulnera dicha garantía.

*Tercero.* A la sociedad le concierne que el Estado mediante sus diferentes facultades, realice todos y cada uno de los actos tendientes a proteger el Estado de Derecho, pero tomando medidas efectivas que garanticen que los integrantes de la sociedad respetarán y acatarán las decisiones que emanan de la autoridad con el objeto de que el orden social instaurado se conserve, y de este modo no existe necesidad político-criminal para que el delito de quebrantamiento de sellos subsista como actualmente se encuentra señalado en el código punitivo.

En este sentido, y concluyendo que lo fundamental es proteger el objeto para el cual la autoridad ha impuesto los sellos, es decir, el cumplimiento de lo que ha mandado una autoridad a través de la colocación de los sellos, la existencia del delito de quebrantamiento de sellos tiene una razón jurídico penal, pero afortunadamente este bien jurídico ya se encuentra tutelado mediante otros tipos penales que protegen las decisiones de las autoridades administrativas y de las judiciales. Por tal motivo no es necesario que el derecho penal se aboque a la protección de la integridad material de los sellos y no existe necesidad político-criminal para que este delito siga vigente, toda vez que las decisiones de la autoridad se encuentran tuteladas por el derecho penal mediante otros tipos penales que se encuentran en la legislación penal vigente; es por tal motivo que propongo su derogación como tipo penal fundamental o básico y su calidad de autónomo. En este mismo sentido, y conforme a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es que se prohíbe aplicar pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, por lo que al haber dos delitos que se pueden aplicar

a la misma conducta, no solamente es una falta al principio de legalidad, sino que además deviene inconstitucional.

*Cuarto.* Por otra parte, el tipo de quebrantamiento de sellos también vulnera el principio de *non bis in idem*, mismo que se encuentra establecido en el artículo 23 de la CPEUM, toda vez que existen dos conductas típicas en las cuales puede encuadrar la conducta consistente en el quebrantamiento de sellos, por lo que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo delito, pero existe la posibilidad de que la autoridad competente pueda elegir por qué delito sancionar a la persona que quebrante un sello, y esta circunstancia afecta totalmente las garantías individuales del procesado en un juicio penal.

## CONSIDERACIONES JURÍDICO FINANCIERAS DE INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN

Carlos Eduardo GONZÁLEZ BERNAL

Refiere David E. Y. Sarna, en su libro sobre la historia de la avaricia,<sup>1</sup> diversos ejemplos de lo que llama “luftgescheften”, que en alemán y en yiddish significa “negocio de aire o etéreo”, y que toma de la novela *Teyve, el lechero*.<sup>2</sup> El concepto de venta de aire aplica a la ingeniería financiera moderna, respecto a la conversión de dinero en papel y posteriormente en mayor dinero, obteniendo en el proceso un margen de utilidad. Situación que va desde los fraudes en acciones (Compañía de Indias Holandesas, Escándalo de los Tulipanes) hasta esquemas de captación de recursos para inversiones inexistentes (Charles Ponzi, Stanford, y Madoff).

Los eventos sufridos durante el 2008 en los mercados financieros internacionales, observados bajo la perspectiva de financiamientos irrecuperables con garantías hipotecarias, hacen imperiosa la memoria de la evolución histórica de la regulación financiera. Partiendo de la prohibición de cobro de intereses, bajo la premisa de Aristóteles calificando al dinero como un bien estéril, y por tanto siguiéndose como injusto el cobro de intereses por su uso; por otro lado, debemos reconocer que la actividad comercial genera *per se* la necesidad de mecanismos financieros dinámicos, que van encontrando su lugar en

<sup>1</sup> David E. Y. Sarna, *History of Greed*, Ed. John Wiley and Sons, New Jersey, 2010.

<sup>2</sup> *Teyve der Milkhiker*, 1984; historia que evoluciona al *Violinista en el Tejado*, y que narra la manera en que Menachem-Mendl asesora a su pariente Teyve respecto de la inversión de 100 rublos, prometiendo devolverle 1 000, y que redundo en diversas inversiones “etéreas” fallidas, particularmente en “Londons”, especulaciones de tipo de cambio, descritas en la obra como inversiones tan refinadas que no pueden verse, “classic luft”.

los actos de los agentes económicos, es así que los lombardos disfrazaron las operaciones de préstamos bajo los “International Bills of Exchange”, dando la vuelta a la prohibición a la usura, recurriendo al *id quod interest*<sup>3</sup> (incurriendo en mora para pagar un importe adicional, que consecuentemente dejaba de ser concebido como interés), bajo la premisa del *lucrum cessans*. Así, la primera regulación que permite el cobro de intereses surge en Gran Bretaña en 1545, bajo el reinado de Enrique VIII, limitando la tasa de interés al 10%, y a decir del profesor Lipson produciendo el divorcio de la ética y la economía, como consecuencia de la expansión del sistema económico.<sup>4</sup>

Junto con la creación del dinero, a decir de Knapp “una criatura de la ley”,<sup>5</sup> la evolución del crédito y el concepto de la deuda fueron las innovaciones más importantes para la evolución de la civilización. La expresión de la deuda en dinero, permitiendo la separación en el tiempo de la entrega en préstamo de dinero y su devolución al dueño original (función de patrón de pagos diferidos de la moneda) hace posible la maximización en el uso eficiente de los recursos financieros, y es entonces consecuencia de una asignación de valor negociable, es decir, el dinero definido en sentido amplio como cualquier cosa aceptada para realizar pagos y registrar deudas y abonos,<sup>6</sup> es objeto de valoración y negociación entre quien tiene dinero en exceso y está dispuesto a usarlo en el futuro y quien requiere del recurso para asignarlo a actividades que permitirán devolver al propietario original una cantidad adicional al principal (interés).

El mecanismo bancario permite la captación (operación pasiva) y colocación (operación activa) de recursos financieros de manera eficiente, toda vez que la institución de crédito realiza la intermediación profesional con base en una evaluación adecuada del acreditado, velando por la restitución del recurso al ahorrante, bajo las condiciones más seguras posibles.

El problema ha surgido en la vertiente de los criterios de valoración de riesgo en la recuperación del crédito, particularmente en el uso

<sup>3</sup> Ejecución forzosa por equivalencia.

<sup>4</sup> Lipson, E., *The Economic History of England*, A. and C. Black (ed.), Londres, 1934-1937.

<sup>5</sup> Knapp, G. F., *State Theory of Money*, Londres, 1924.

<sup>6</sup> Davies, Glyn, *A History of Money*, University of Wales Press, Gran Bretaña, 2002, p. 29.

de innovaciones financieras que mediante instrumentos sofisticados intentan reducir los riesgos, por medio de la diversificación en contratos de derivados, consistentes en la venta de un bien “subyacente” o referenciado a otro ajeno al objeto del contrato. Por ejemplo, es posible reducir el riesgo cambiario al calcular el importe del pago de una obligación pactada a futuro en moneda extranjera mediante la contratación de una “opción” en el Mercado Mexicano de Derivados. El mecanismo consiste en la compra de un derecho respecto de la compra de una cantidad de moneda extranjera en el futuro, a un precio predeterminado, de manera que si la divisa ha subido de precio a la fecha pactada para su compra, convendrá ejercitar el derecho pactado, dado que habremos de comprar la moneda a un precio más bajo del que guarda en el mercado. El problema radica en que el derivado es un instrumento que permite la especulación, alejándose de su naturaleza de reducción de riesgos, aumentando entonces la probabilidad de contingencia que se intenta evitar con dicho instrumento financiero.

Del mismo modo, la creatividad que produce los derivados en 1848 en el Chicago Board of Trade, y que permite en México contener los efectos del tipo de cambio en 1978, produjo una crisis financiera internacional en 2008, como consecuencia de la creación de instrumentos legales que representaban deudas hipotecarias de difícil recuperación (*sub-prime*<sup>7</sup>) y deudas de reducido riesgo de recuperación, incorporándolas en Obligaciones de Deuda Colateral (*Collateralized Debt Obligations*); el éxito en la colocación en Wall Street de estos instrumentos financieros generó la demanda del mercado por varios niveles de derivados, que representaban a su vez al derivado original, aumentando geométricamente el riesgo asumido. El razonamiento en la emisión de dichos instrumentos radicó en que la transferencia del riesgo entre los tenedores daría como efecto su eliminación, pero para mayor seguridad se optó por asegurar dichas Obligaciones de Deuda Colateral (ODC), con la aseguradora AIG (American International Group), bajo la modalidad del derivado denominado SWAP (“permuta financiera”), cuyas condiciones establecían que el banco de inversión tenedor de las ODCs cubriría una comisión a AIG a cambio de que

<sup>7</sup> *Freddie Mac*, la empresa estatal inmobiliaria de Estados Unidos, refiere a dichos créditos como NINA (“no income, no asset” o “sin ingresos, sin activos”).

ésta mantuviera el valor de las ODCs en caso de pérdida de valor. Conocemos hoy las consecuencias de dicha estructuración obligacional.<sup>8</sup>

La lección que da la historia financiera universal es que los mercados especulativos tienden a sobrevaluar los precios de los activos financieros (operación bursátil) y después ajustar sus precios, generando con ello “burbujas financieras” siguiendo las siguientes etapas:

1. Circunstancias económicas favorables que conllevan oportunidades para determinados sectores comerciales.
2. Euforia que provoca excesiva negociación de valores bursátiles, produciéndose un consecuente aumento en el precio unitario.
3. Surgimiento de la burbuja como consecuencia de la expectativa de ganancias rápidas, propiciando el abuso de operadores bursátiles.
4. El inversionista (*insider*) advierte la injustificada alza de precios y comienza a realizar sus ganancias mediante la venta de los valores.
5. Al existir un exceso de valores a la venta los precios sufren una presión a la baja, generándose ventas de pánico que causan la explosión de la burbuja.<sup>9</sup>

Aunado a lo anterior, las burbujas especulativas muestran tres características importantes: la información asimétrica (el intermediario financiero cuenta con mayor información que el inversionista, y la explota defraudando al inversionista); el libre flujo de capital entre países, como consecuencia de la dificultad de contar con la información completa de las características del instrumento financiero; y la facilidad en el otorgamiento del crédito, sin el cual una burbuja financiera no puede generarse.

La recurrente tendencia de las burbujas financieras, en particular en los mercados bursátiles, ilustran la dificultad del ser humano a aprender de la historia; considerando un radio de precio promedio

<sup>8</sup> En 2008 el *Comité para la Vigilancia y Reforma Gubernamental de Estados Unidos (House Committee on Oversight and Government Reform)*, aceptó que el “edificio intelectual” integrado por el paradigma moderno de la administración de riesgos se había colapsado y concluyó la necesidad de mayores niveles de capitalización en el sistema financiero.

<sup>9</sup> Kindleberger, Charles P., *Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises*, Nueva York, 1996.

de acciones entre ganancias (incluyendo dividendos pagados), el resultado para el índice Standard and Poors muestra un promedio de 15.5, un máximo de 32.6 (en 1999) y un 18.6 a la fecha, lo cual muestra alzas y ajustes provocados por desajustes en los precios reales de las emisoras de valores, y consecuentemente confirma un patrón de mercado irracional en la operación especulativa.

La entrada de la iglesia de San Moisés en Venecia recuerda a John Law de Edinburgo, como el distinguido tesorero de los reyes de Francia (*Honori et Memorial Joannis Law Edinburgenses Regii Galliarum Aerarii Prefecti Clarissima*), y es recordado por la historia como el responsable de la primera burbuja de precios, y el causante de la Revolución Francesa, en razón de la implementación de la emisión de papel moneda respaldado por oro a fin de controlar la recesión francesa de 1716, lo cual generó la crisis financiera de 1720 como consecuencia de la solicitud de recuperación de oro de los tenedores del papel moneda.

Sin duda una de las operaciones especulativas de mayor crecimiento en los últimos años ha sido el Mercado Internacional de Divisas (*Forex*), cuyas operaciones ascienden a tres trillones de dólares diarios, es decir, el importe operado por Wall Street en un mes; se integra por medio de una red electrónica de bancos, instituciones financieras y operadores individuales, estos últimos bajo la modalidad de sociedades mercantiles cuyo objeto social es ofrecer servicios de intermediación (*Trading*), debiendo destacar que no se trata del intercambio de la divisa, sino que ésta sólo funge como un referente de precio sobre el cual las partes convienen en compensar las diferencias en valores de cierre; se trata de una compra-venta simultánea de divisas sin entrega física.

Frecuentemente el inversionista acude al abogado habiendo sufrido una lesión en su patrimonio, y muy pocas veces previene dicha circunstancia solicitando una revisión del sustento jurídico de las inversiones financieras en que vaya a aplicar sus recursos.

No deja de ser interesante la consideración referida a la renuencia del cliente promedio al cobro de honorarios por servicios legales para la solución de un conflicto de pérdida patrimonial en inversiones, y la reducida disposición a desembolsar el pago por la revisión de posibles contingencias en inversiones financieras, antes de suscribir un contrato o de entregar una suma de dinero para inversión; sin embargo, sí hay

la disposición a entregar el importe total de sus ahorros a cualquier oferente de operaciones especulativas, aun cuando no se cuente con la plena certeza del manejo adecuado y transparente del recurso.

En este sentido, en los últimos años he tenido oportunidad de prestar servicios legales a clientes involucrados en el tema de inversiones en el extranjero, a través de mecanismos o de promotores que en México celebran operaciones aprovechando la peligrosa combinación de ambición e ignorancia.

La manera de defraudar, en los casos antes indicados, es reiterada; el oferente fraudulento disfraza sus servicios como si se tratara de asesoría en inversiones, a veces haciéndose pasar por un intermediario financiero autorizado (casa de bolsa), con oficinas establecidas en zonas corporativas, personalidad dinámica, muy frecuentemente promociona sus servicios y celebra reuniones en inglés, y siempre la oferta se basa en tasas de interés elevadísimas, frente a un riesgo muy reducido; en este último punto violando sin duda principios esenciales de las finanzas, en lo tocante a que a mayor riesgo mayor retorno de inversión, y confirma la irracionalidad del inversionista especulativo.

Recientemente he asesorado a clientes que han sufrido esquemas de defraudación, bajo las siguientes circunstancias:

- a) Se originan en instrumentos legales existentes y válidos, tales como contratos de mandato, autorizando la representación a nombre y por cuenta del mandante.
- b) Los intermediarios se acreditan con registros en reguladores del extranjero (Commodity Futures Trading Commission; National Futures Association).
- c) El mercado en que se interviene está en el extranjero, o se realiza a través de una plataforma virtual (por ejemplo, Boston Merchant Financial).
- d) No se instrumenta documento legal alguno que soporte la operación financiera, o en su caso se suscribe uno en inglés, sin traducción, cuyo contenido es verdaderamente ridículo y humillante para los afectados.
- e) Concluye en esquemas “ponzi”, o de piramidación, en los cuales el defraudador capta recursos de inversionistas, bajo la oferta de retornos elevadísimos, pagando a los primeros inversionistas/depositantes con recursos de los últimos inversionistas/

depositantes, de tal manera que de darse el caso de un retiro total de los inversionistas, no alcanzaría para cubrir todos los depósitos recibidos.

El resultado en la mayoría de las ocasiones no es favorable para quienes depositaron su confianza en los oferentes de servicios antes indicados, toda vez que no son alcanzados por la regulación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, y normalmente el fraude radica en la solicitud de un depósito en una cuenta concentradora en el extranjero, a la cual se faculta el acceso mediante un contrato de mandato (“power of attorney”), de carácter discrecional, por el cual el operador se obliga a ejecutar por cuenta del cliente inversiones en el extranjero, normalmente operaciones de compra-venta de valores o divisas, y se acuerda el cobro de comisiones por operación; como puede adivinarse, el intermediario agota el recurso monetario transferido con elevadísimos cargos por intermediación.

Toda vez que las operaciones antes referidas son de especulación con divisas, mediante el mecanismo ya indicado (*Forex*), es posible confundir la operación como si se tratara de una celebrada por una casa de bolsa, en consideración a que la fracción XVI del artículo 171 de la Ley del Mercado de Valores, faculta a las casas de bolsa para operar con divisas, y la fracción VI hace lo propio en relación con operaciones con instrumentos financieros derivados; sobra aclarar que la operación de intermediación bursátil no alcanza al operador del Mercado Internacional de Divisas, toda vez que no se trata de intermediación de valores, materia de la citada Ley en su artículo 1, fracción II.

Encontramos que el mecanismo antes enunciado encuadra en el tipo previsto en el artículo 386 del Código Penal federal, toda vez que estamos ante un engaño y aprovechamiento de error en el contratante, y desemboca en alcanzar un lucro indebido por efecto del agotamiento de los recursos del aportante en pagos de comisiones por intermediación.

En toda relación obligacional las partes pueden entrar en conflicto, y en pos de su solución nuestra legislación financiera previene la necesidad de crear confianza en el propio sistema, y en particular se definen procedimientos parajudiciales para resolver las reclamaciones que pudieran suscitarse. Siguiendo al Dr. Hegewisch Díaz Infante,

la tendencia ha sido a la uniformidad de la legislación en materia financiera para lograr una actividad eficiente dentro del marco legal que conlleve a mayor certeza jurídica;<sup>10</sup> sin embargo, cabe la apreciación de que vínculos novedosos no regulados bajo nuestra legislación vigente, tales como los previamente citados respecto de operaciones especulativas de divisas (*Forex*), y la implementación adecuada de sanciones a oferentes de servicios financieros no autorizados, deba ser considerada por los órganos de procuración de justicia.

Debo destacar que los casos que me han tocado, no han contado con una sólida estructura contractual que determine con claridad los alcances para las partes, y en su mayoría disponen que sea bajo leyes y jurisdicciones extranjeras la vía de solución de conflictos, todo lo cual encarece la compleja definición del conflicto.

Existe una nueva vía de defraudación en nuestro país basada en la oferta de seguros de vida, disfrazando inversiones en territorios con regímenes fiscales preferentes, de los enumerados en las Disposiciones Transitorias de la Ley del Impuesto sobre la Renta, bajo su artículo segundo, fracción VI; el mecanismo parte de la maquinación de oferta de inversiones especulativas con alto retorno en fondos de inversión de renta variable, siendo que en realidad se vende una póliza emitida por una aseguradora extranjera, en violación a lo dispuesto por las fracciones primera y segunda del artículo 3, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, con comisiones elevadísimas para la operación en dichos fondos, haciendo inoperante la finalidad especulativa del defraudado.

A partir de las consideraciones de Kant, en el sentido de que el derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad, la vinculación legal mediante la cual se busca la aplicación adecuada de recursos monetarios por medio de intermediarios financieros (banca comercial, cajas de ahorro, compañías de seguros, afores, sociedades de inversión, casas de bolsa), debe partir de la premisa de que estas conductas humanas son causalmente determinadas con base en la debida maximización de recursos financieros en busca del ahorro presente y mayor consumo futuro, entendiendo

<sup>10</sup> Hegewisch Díaz Infante, Fernando, *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 2004.

a la causalidad en el sentido de que cualquier acontecimiento debe considerarse efecto de una causa y entonces, todo efecto será la causa de otro efecto,<sup>11</sup> en este caso el orden jurídico exige la certeza jurídica en el inversionista a efecto de que se produzca un flujo adecuado de recursos financieros bajo un contexto atractivo.

Es claro que siendo las conductas humanas acontecimientos explicables a partir de los principios de la causalidad, las normas que significan a tales conductas pertenecen al deber ser, y la relación entre normas y conductas se lleva a cabo en términos de imputación, es decir, por medio de la conexión funcional entre distintos elementos consignados en las normas jurídicas; es por lo anterior que el derecho financiero, como regulador de actividades económicas, vela por la percepción y aplicación de recursos de la manera más eficiente.

Concluyo estas consideraciones ratificando la circunstancia de que determinando al derecho como norma, sistema de normas, o como un orden normativo, se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, acotándose el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho como ciencia normativa frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos,<sup>12</sup> todo lo cual hace necesario recurrir a postulados del derecho financiero privado, respecto de la actividad económica y financiera del país, a efecto de prevenir catástrofes financieras como consecuencia de falta de reflexión bajo la óptica jurídica adecuada a los tiempos y circunstancias de los agentes financieros.

<sup>11</sup> H. Kelsen, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, 1991, pp. 24-25.

<sup>12</sup> H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., UNAM, México, 1979, p. 89.

## LA MODIFICACIÓN AL DERECHO ARBITRAL MEXICANO: UN COMENTARIO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Ejecución de acuerdos arbitrales*. II. *Arrugas procesales*. III. *Medidas precautorias*. IV. *Comentario final*.

Bertrand Russell solía decir “lo que la gente está dispuesta a creer ante información contradictoria o insuficiente, dice mucho de ella”. La experiencia observable ante la reciente<sup>1</sup> modificación del derecho arbitral mexicano da testimonio del proverbio. Para el experto conocedor de las corrientes internacionales de arbitraje y las dudas y problemas relacionadas con el derecho arbitral mexicano, incluyendo la praxis desde la adopción del régimen moderno en 1993, la Reforma no merece otro adjetivo que “fantástica”. Sin embargo, existen voces escépticas. Voces que ponen el paso en entredicho, reduciendo su apreciación al último párrafo del último artículo de la Reforma. Como aquel crítico culinario que, después de degustar ocho tiempos de manjares, limita su evaluación a “me hubiera gustado que la servilleta fuera colocada del lado izquierdo”, el crítico jurídico de la Reforma se ciñe a ver el pelo en la sopa, y pasar por alto los logros que el resto de la misma aporta.

Explicaré por qué la metáfora no es estirada haciendo un comentario sintético de la Reforma a la luz de su trasfondo y temas que resuelve.

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2011 (“Reforma”).

## I. EJECUCIÓN DE ACUERDOS ARBITRALES

Con respecto a acuerdos arbitrales, dos cuestiones fueron resueltas con la Reforma:

- a) Esclarecimiento del régimen de ejecución del acuerdo arbitral.
- b) Corrección de la postura mexicana sobre *compétence-compétence*.

### 1. Ejecución del acuerdo arbitral

La práctica mostraba diversidad de formas en que el artículo 1424 del Código de Comercio era entendido y cumplido tanto por practicantes como por nuestra judicatura.<sup>2</sup> Gracias a la Reforma, se ha esclarecido que los acuerdos arbitrales deben ser sumariamente ejecutados, remitiendo a las partes al arbitraje “de inmediato”.<sup>3</sup> Para ello, se han regulado explícitamente los pasos que el juzgador debe seguir.<sup>4</sup> Ante la diversidad de prácticas y ubicuidad de cuestionamientos, la Reforma cumple el doble propósito de fomentar la ejecución del pacto arbitral y dar certeza jurídica a todos los involucrados: desde las partes, sus abogados y los jueces, quienes deseaban cerciorarse que su actuar era adecuado.

### 2. *Compétence*

La Reforma pone fin a un (candente pero delicioso) debate en el foro mexicano sobre a quién asiste la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral.<sup>5</sup> Más aún, se trata de una corrección legislativa

<sup>2</sup> Para conocer la problemática, se recomienda Graham Tapia, “La remisión judicial de un litigio al arbitraje”, en *Diagnóstico y propuestas sobre los sistemas de impartición de justicia en México*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, t. II, 2004, y González de Cossío, “Ejecución del Acuerdo Arbitral: aún un prisma opaco”, en *Análisis y propuesta de mejora al marco jurídico mexicano*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2010, p. 1491; también visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

<sup>3</sup> Artículo 1465 del Código de Comercio.

<sup>4</sup> Artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio.

<sup>5</sup> Para conocerlo, ver González de Cossío, *El debate sobre la postura mexicana sobre quién decide la validez del acuerdo arbitral*, Lex Negotii III, Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, DoFiscal, 2011, p. 89.

del único error judicial que a la fecha existía desde la adopción del derecho arbitral moderno (en 1993): la siguiente solución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una contradicción de tribunales colegiados:<sup>6</sup>

Arbitraje comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al Tribunal Arbitral.

Esta contradicción ha sido objeto de observaciones diversas.<sup>7</sup> La Reforma cambia dicha (irónica)<sup>8</sup> decisión. El (nuevo) artículo 1465 del Código de Comercio corrige el malentendido. En lo sucesivo, si existe un cuestionamiento al acuerdo arbitral o al contrato que lo contiene, a menos que la nulidad del acuerdo arbitral sea “notoria”<sup>9</sup>—cuya determinación debe obedecer a un “criterio riguroso”<sup>10</sup>—el juzgador *tiene* que remitir a las partes al arbitraje *de inmediato*,<sup>11</sup> para que el Tribunal Arbitral decida sobre ello, conforme a la primera oración del artículo 1432 del Código de Comercio, que establece lo que debe entenderse como la regla correctamente expuesta:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

<sup>6</sup> Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz.

<sup>7</sup> Para conocer el debate, consúltese, “De necios y de convencidos: el debate sobre la postura mexicana sobre quién decide la validez del acuerdo arbitral”, *Revista de Derecho Privado*, tercera época, núm. 1, 2011 (también visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje)).

<sup>8</sup> El adjetivo obedece a lo que posiblemente es el argumento más conspicuo en contra de dicha decisión: *para arbitrar, hay que litigar*, una ironía, si se recuerda que las partes, al pactar arbitraje, lo que desearon era justamente que su disputa no se canalizara a tribunales. Para entender por qué, véase “La ironía de *Compétence-Compétence*”, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, M. A. Fernández-Ballesteros y David Arias (eds.), La Ley, Wolters Kluwer, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2010, p. 521.

<sup>9</sup> Artículo 1465(a) del Código de Comercio.

<sup>10</sup> Artículo 1465(b) del Código de Comercio.

<sup>11</sup> Proemio del artículo 1465 del Código de Comercio.

Claramente, un paso a favor de la rectitud y eficacia del derecho arbitral mexicano.

## II. ARRUGAS PROCESALES

Existían dudas sobre el régimen procesal con respecto a ciertos temas. A continuación se explicará por tema la aportación que hace la Reforma.

### 1. Cooperación judicial en el arbitraje

Existen instancias de cooperación judicial en el arbitraje cuya tramitación había generado duda. Por ejemplo:

1. La designación de árbitros por omisión de las partes o Presidente del tribunal arbitral ante desacuerdo de los árbitros de parte ya nombrados.<sup>12</sup>
2. La cooperación judicial en el desahogo de las pruebas en arbitraje.<sup>13</sup>
3. Consulta a la judicatura sobre los honorarios del tribunal arbitral.<sup>14</sup>

La Reforma esclarece tanto la vía (jurisdicción voluntaria)<sup>15</sup> como los pasos procesales para obtener cooperación judicial en los casos (excepcionales)<sup>16</sup> en los que se ruega la cooperación de nuestro Poder Judicial para resolver encrucijadas arbitrales.<sup>17,18</sup> De nuevo, otro paso que esclarece y eficientiza el derecho arbitral.

<sup>12</sup> Fracciones III y IV del artículo 1427 del Código de Comercio.

<sup>13</sup> Conforme al artículo 1444 del Código de Comercio.

<sup>14</sup> Artículo 1454 del Código de Comercio.

<sup>15</sup> Artículo 1466 del Código de Comercio.

<sup>16</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

<sup>17</sup> Artículos 1466 a 1469 del Código de Comercio.

<sup>18</sup> Para abundar sobre el régimen y alcance, véase González de Cossío, *Arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, México, 2007 y *Arbitraje*, Porrúa, México, 3a. ed., 2011, pp. 624 y ss.

## 2. Juicio especial

Se creó un juicio especial sumario<sup>19</sup> para los siguientes temas:<sup>20</sup>

1. Recurrir la resolución de recusación de un árbitro.<sup>21</sup>
2. Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral.<sup>22</sup>
3. Obtener medidas precautorias *judiciales* en apoyo al arbitraje.<sup>23</sup>
4. Ejecutar las medidas precautorias emitidas por un tribunal arbitral.<sup>24</sup>
5. Nulidad de transacciones comerciales.
6. Nulidad de laudos arbitrales.<sup>25</sup>
7. Ejecución de laudos arbitrales.<sup>26</sup>

Se trata de un régimen claro y veloz. Pero, además, la Reforma procura dos beneficios adicionales.

Primero, el artículo 1471 del Código de Comercio esclarece que los laudos arbitrales no se “homologan”, sólo se *ejecutan*. La utilidad de ello reside en la (enorme) cantidad de tesis judiciales sobre el tema que aluden a la “homologación” del laudo. Todas esas tesis han malentendido el procedimiento de ejecución del laudo,<sup>27</sup> concibiéndolo como si se pareciera a la ejecución de una sentencia extranjera, la cual sí requiere *exequatur*. El laudo es fundamentalmente distinto. No requiere ser homologado, sólo ejecutado.<sup>28</sup>

Segundo, muchas de las tesis judiciales actuales trataban al juicio de nulidad y el juicio de ejecución como “incidente”. Ello obedeció

<sup>19</sup> Artículos 1472 a 1477 del Código de Comercio.

<sup>20</sup> Artículos 1470, 1471 y 1477 del Código de Comercio.

<sup>21</sup> Artículo 1429 del Código de Comercio.

<sup>22</sup> Artículo 1432, tercer párrafo, del Código de Comercio.

<sup>23</sup> Artículo 1425 del Código de Comercio.

<sup>24</sup> Artículo 1433 del Código de Comercio.

<sup>25</sup> Artículos 1460 y 1477 del Código de Comercio.

<sup>26</sup> Artículo 1461 a 1463 y 1472 a 1476 del Código de Comercio.

<sup>27</sup> Es de admitirse que el error no es sustantivo, sólo semántico: cómo se denomina la figura. En cuanto a proceso, afortunadamente no se maneja como una homologación, sino sólo un reconocimiento y ejecución.

<sup>28</sup> No entender esto genera incumplimiento no sólo de derecho mexicano (artículo 1461 del Código de Comercio) sino internacional (artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de la cual México es parte, decreto de promulgación el 22 de junio de 1971).

a una arruga textual contenida en los antiguos artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio. La arruga se ha planchado: ahora se regula como juicio especial. Por ende, toda la estela de tesis judiciales que sostenían que el juicio de amparo que procedía era el *Indirecto*, deben dejar de ser aplicables. El correcto es el juicio de amparo *Directo*, pues el fallo que derive del mismo será una sentencia definitiva que pone fin a juicio.<sup>29</sup>

De nuevo, otro paso a favor de la claridad y eficacia<sup>30</sup> de derecho arbitral.

### III. MEDIDAS PRECAUTORIAS

Las medidas precautorias son un instrumento de eficacia de todo proceso. El arbitral no es una excepción. La Reforma esclarece su régimen y adopta un paso novedoso e importante. A continuación se explicará, aludiendo primero a las aportaciones que la Reforma hace con respecto al régimen de medidas precautorias emitidas por jueces y por tribunales arbitrales, para luego abundar sobre su trascendencia y el debate que han propiciado.

#### 1. De juez nacional

La Reforma esclarece que el juez tendrá “plena discreción” para adoptar las medidas precautorias en apoyo al arbitraje que le autoriza el artículo 1425 del Código de Comercio.<sup>31</sup> La plausibilidad del paso se percibe si se conoce el debate sobre el alcance de las facultades del juez para emitir medidas precautorias siendo que en procesos mercantiles sólo se cuenta con dos: arraigo y embargo precautorio,<sup>32</sup> lo cual reducía la utilidad del instrumento. Gracias a la Reforma se ha esclarecido lo que algunos sugerían:<sup>33</sup> que se entendiera que la

<sup>29</sup> Artículo 158 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>30</sup> Particularmente dado que se hace aplicable el juicio de garantías uni-instancial, en vez del bi-instancial, lo cual redundaba en menos pasos procesales, reducción de tiempos, y eliminación de oportunidades para tácticas dilatorias.

<sup>31</sup> Artículo 1478 del Código de Comercio.

<sup>32</sup> Artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>33</sup> González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 365.

limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el juez nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa. Esto constituye otro paso en apoyo a la eficacia en arbitraje.

#### 2. De tribunales arbitrales

La Reforma toma el vanguardista paso de permitir la ejecución *judicial* de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales.<sup>34</sup> El paso es fabuloso. Sitúa a derecho arbitral mexicano como una jurisdicción de vanguardia.<sup>35</sup> Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de tribunales arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del juez nacional): su incoercibilidad judicial.<sup>36</sup>

El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el tribunal arbitral emita no sólo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un juez nacional. De nuevo, otro paso favorable.

#### 3. El régimen nuevo

##### A. Comentario preliminar

Si bien el derecho arbitral mexicano es de punta, y ha sido bien interpretado,<sup>37</sup> existían desarrollos internacionales interesantes. Uno relevante a nuestro tema es que, después de varios años de trabajo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) modificó la Ley Modelo con respecto al tema de medidas precautorias. Durante las labores que dieron lugar a dicha modificación, se analizó, debatió y modificó el texto existente ‘pulga-

<sup>34</sup> Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

<sup>35</sup> La idea encuentra su origen en la modificación que la Uncitral realizó en 2006 al artículo 17.H de la Ley Modelo.

<sup>36</sup> Para ello, véase *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 676 y ss.

<sup>37</sup> Una obra reciente, después de analizar toda la jurisprudencia y praxis mexicana, concluye que el arbitraje en México va por un magnífico camino. González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 3a. ed., pp. 1113-1114.

da por pulgada' con la finalidad de actualizar dicho cuerpo normativo a las corrientes internacionales más avanzadas sobre el tema.

Un segundo aspecto digno de aplaudir de la modificación consiste en que se trata de una adecuación local que sigue la sugerencia de un órgano internacional. Esto merece un momento de reflexión. México no está obligado a adoptar los textos de la CNUDMI, como tampoco está obligado a adoptar sus modificaciones. El que lo haga, y lo haga resistiendo la tentación de "adecuarlo a nuestro sistema",<sup>38</sup> es sintomático de que respeta el ejercicio y su resultado, y está consciente de los beneficios que acarrea.

### B. Contenido

El nuevo régimen toma dos pasos, uno con respecto a cada especie de medida precautoria: judiciales y arbitrales.

#### a) Medidas precautorias judiciales

Con respecto a las medidas judiciales, se adoptó el siguiente texto:

Artículo 1478. El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.

Los méritos de dicho precepto son diversos. Primero, esclarece el régimen de medidas precautorias mediante el esclarecimiento que el régimen que el juez está facultado a seguir no se ciñe a las medidas precautorias disponibles en los juicios mercantiles. Lo incluye, mas no se limita al mismo. Al darle "plena discreción" para adoptar las

<sup>38</sup> Fuente de problemas diversos. Es impresionante la frecuencia con la que ocurre que, ante un texto internacional (por ejemplo, de la CNUDMI) que ha sido discutido, elaborado y pulido durante años por expertos de diferentes partes del mundo, se somete para su adopción como derecho local. Ante el mismo, un miembro del legislador local, después de estudiarlo el total de 6 minutos, determina que él sabe más que ese grupo de expertos, y lo 'adecua' (por no decir, 'mutila') a sus paradigmas locales. (Con frecuencia el ejercicio es aludido como 'tropicalización'.) El resultado: un cuerpo normativo comparable a una zebra con cabeza de jirafa y patas de hipopótamo. Si el lector piensa que exagero, invito a que analice la trayectoria de nuestro derecho de comercio electrónico, que supuestamente se inspiró en la ley modelo de la CNUDMI sobre el tema. Es ante este trasfondo que la modificación a derecho arbitral soslaya una virtud: la de entender el fenómeno descrito y deferir a las labores de la CNUDMI.

medidas en apoyo al arbitraje se reconoce que los procesos sofisticados (como los arbitrales) pueden requerir medidas precautorias sofisticadas; y las existentes en materia procesal (arraigo y embargo precautorio)<sup>39</sup> simplemente eran insuficientes. Se quedaban cortas de las necesidades de los procesos arbitrales,<sup>40</sup> y del régimen comparado, que las contempla desde hace tiempo.

Gracias a la Reforma se ha esclarecido lo que algunos sugerían:<sup>41</sup> que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el juez nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa.

Para acabar de apuntalar lo anterior, la Reforma esclarece la vía en que puede solicitarse la medida precautoria en cuestión.<sup>42</sup> La virtud de dicho paso se percibe si se considera que, en la única ocasión que se ha solicitado cooperación judicial conforme al artículo 1444 del Código de Comercio, el juzgador negó asistencia razonando (*sic*) "que se ve imposibilitado pues dicha facultad no está regulada". Si bien la *ratio* era incorrecta,<sup>43</sup> el régimen actual esclarece el punto, evitando dejar cualquier duda al respecto.

El paso ya ha echado frutos. El primer semestre de 2011 atestiguó una cascada de medidas precautorias bajo el régimen descrito, tanto arbitral como judicial, en apoyo a arbitrajes. Dada la litigiosidad de los casos y las implicaciones de medidas, los hechos generaron mucha experiencia y lecciones. A continuación se resumirán.

En mayo de 2011 se observó una medida precautoria *judicial* por un juez mexicano en apoyo a un arbitraje en vías de comenzar, que contenía una orden de continuar la relación contractual entre las

<sup>39</sup> Artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>40</sup> Después de todo, en una disputa comercial, ¿de qué sirve arraigar a alguien?

<sup>41</sup> González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 365.

<sup>42</sup> El proceso sumario regido por los artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio (artículo 1470 del Código de Comercio) o por jurisdicción voluntaria en el caso de desahogo de pruebas conforme al artículo 1444 del Código de Comercio (artículo 1466 del Código de Comercio).

<sup>43</sup> El juzgador podía adoptar una de dos soluciones. Primero, podía cooperar emitiendo la orden solicitada (que un tercero ajeno al arbitraje compareciera como testigo) citando como fundamento el artículo 1425 únicamente. Segundo, podía citar como fundamento el artículo 1425 y su derecho procesal aplicable (local o federal).

partes<sup>44</sup> (lo que se conoce en jurisdicciones de *common law* como un *positive injunction to maintain status quo*), algo nunca antes visto en México.<sup>45</sup> En otro caso (junio de 2011), un juez emitió una medida precautoria que ordenó la suspensión de los efectos de una rescisión —conforme a un pacto comisorio expreso— ordenando a una de las partes a continuar pagando regalías bajo el contrato de franquicia aplicable mientras el arbitraje estaba en curso. Entre junio y agosto de 2011 se enderezaron dos amparos (uno en cada uno de los dos casos descritos) solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1478 con base en:

- a) Genera inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión al establecer que los jueces cuentan con facultades omnímodas y absolutas para el dictado de medidas cautelares en los procedimientos de arbitraje comercial.
- b) Las medidas precautorias otorgadas excedían lo permitido por los artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

Uno de los amparos se resolvió. Sostuvo que el acto reclamado no era inconstitucional, como tampoco lo es el artículo 1478 del Código de Comercio.<sup>46</sup>

Con respecto al primer argumento, aunque en opinión de algunos existe cierto apoyo jurisprudencial para el concepto de violación hecho valer,<sup>47</sup> es de esperarse que se sostenga la constitucionalidad del precepto.<sup>48</sup> El motivo: se trata de una norma que moderniza un

<sup>44</sup> Su contexto es una acción rescisoria de un contrato por incumplimiento grave del mismo. Mientras que la parte actora buscaba descontinuar la relación aún *pendente lite*, la parte demandada logró congelar medidas *de facto* (además de medidas legales), en vías de ser implementadas por la actora.

<sup>45</sup> En México, en materia procesal mercantil, no existen órdenes de hacer o no-hacer (“*injunctions*”).

<sup>46</sup> Uno de los amparos era contra la ley: se cuestionó la constitucionalidad del artículo 1478 del Código de Comercio.

<sup>47</sup> Las decisiones en que se basa versan sobre facultades de autoridades fiscales. Sostienen la necesidad que la norma que desea dar una facultad discrecional establezca un mínimo y un máximo de actos que conforme a la misma la autoridad puede implementar.

<sup>48</sup> Propondría que la aplicabilidad de los precedentes judiciales citados no se extienda a esta materia, no sólo por ser diversas, sino también porque se exige más restricción de la materia fiscal, y porque se trata de una norma que permite actos de *molestia* (no de *disposición*) con miras a dar eficacia a procesos. No abundo por rebasar el propósito de este ensayo.

régimen otrora acartonado. Como lo indicó el juez de distrito en el amparo que se resolvió:

La razón que tuvo el legislador para no establecer taxativamente medidas cautelares en el artículo 1425, no fue un descuido, ni la intención de remitir al intérprete al artículo 1171, sino una clara intención de no limitar su procedencia, dada su importancia en el arbitraje comercial en el derecho nacional e internacional, dejando en libertad al juez para que, en su limitada pero trascendente participación en el procedimiento respectivo, pudiera dictar cualquier medida cautelar que tienda a satisfacer su propósito, que es, como se indicó, mantener de manera provisional, la situación de hecho o de derecho existente garantizando las resultas de una sentencia ejecutoria.

La *ratio* es tan atinada como plausible.

#### **b) Medidas precautorias arbitrales**

Con respecto a las medidas precautorias por tribunales arbitrales, se establecieron dos pasos. Primero, se hicieron ejecutables. Segundo, se estableció un régimen de responsabilidad.

*Ejecutabilidad.* La ejecutabilidad de las medidas precautorias arbitrales es un paso plausible y trascendente. Su plausibilidad deriva de que sacia la única debilidad de las medidas precautorias arbitrales (si se comparaban con las judiciales): su inejecutabilidad *de iure*, sólo *de facto*. Al respecto, el nuevo artículo 1479 establece:

Artículo 1479. Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480.

La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al juez de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

El juez ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

El precepto tiene la virtud de inspirarse en la modificación que la CNUDMI hizo en 2006 a la ley modelo de arbitraje comercial internacional (la "Ley Modelo").

Es de esperarse que el paso levante cejas. La utilización de fuerza pública estatal mexicana para ejecutar un paso inherentemente privado dará lugar a comentarios, especialmente de sus destinatarios. Postulo que el paso no es tan novedoso como podría pensarse a primera impresión. Piénsese por ejemplo en el pagaré: es un instrumento fruto de la voluntad de las partes que el derecho mexicano ejecuta<sup>49</sup> (y en forma sumaria, mediante un mecanismo que privilegia al acreedor). De hecho, la misma aseveración puede hacerse sobre el derecho contractual (gracias al principio de obligatoriedad). Toda proporción guardada, se trata de lo mismo. Si, por ejemplo, un nacional sueco elegido como árbitro en una controversia entre un chileno y un mexicano emite una orden de congelar una porción de cuentas bancarias de la entidad mexicana a efecto de evitar dilapidación de activos, aunque esté escrita en un español extraño, masticado, el juzgador mexicano debe darle efectos.

Una segunda cuestión que puede generar duda es el significado de la palabra "estado" contenida en el primer párrafo del artículo 1479:<sup>50</sup>

Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el *estado* en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480 (énfasis añadido).

No faltará quien argumente que, al comenzar con la minúscula "e" —a diferencia de la mayúscula "E"—, la norma se refiere a una entidad federativa de la República Mexicana, mas no a un Estado extranjero. Y podría encontrar apoyo en el artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, argumentando que la ejecución de la medida implica darle "entera fe y crédito" a la medida, lo cual sólo es permisible con respecto a actos provenientes de órganos de la federación, no extranjeros.

<sup>49</sup> Artículo 174 y 150.II de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC).

<sup>50</sup> Estoy en deuda con Dyalá Jimenez por sus observaciones sobre este punto. Cualquier error es, sin embargo, atribuible exclusivamente al autor.

La interpretación sería errada. La interpretación correcta de la palabra "estado" en dicho precepto es que abarca cualquier jurisdicción, sea estadual o internacional. De hecho, es por ello que se utiliza la minúscula. Si se utilizara la mayúscula "E" se abriría la puerta a una interpretación más angosta. Después de todo, lingüística, política y legalmente, existe una diferencia entre "Estado" y "estado". Y el segundo abarca más que el primero.

Sobre el régimen de ejecución, el artículo 1479 del Código de Comercio establece que las medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales son judicialmente ejecutables, salvo ciertos casos (artículo 1480 del Código de Comercio). A continuación se comentará el régimen, los motivos del paso, y cómo debe entenderse.

Respecto a los casos de excepción, el artículo 1480 del Código de Comercio establece:

Artículo 1480. Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

I. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que:

a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462.

b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral.

c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó.

II. Si el juez resuelve:

a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que:

b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

El precepto se inspira en el régimen de ejecución de laudos arbitrales tanto bajo la Convención de Nueva York<sup>51</sup> como la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>52</sup>

Permitir la ejecución judicial de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales es tan fabuloso como vanguardista.<sup>53</sup> Sitúa a derecho arbitral mexicano como una jurisdicción avanzada. Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de tribunales arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del juez nacional): su incoercibilidad judicial.

El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el tribunal arbitral emita no sólo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un juez nacional.

La modificación no aborda la cuestión de cómo debe ser emitida la medida precautoria. Y dado que se ejecutará, sería natural pensar que debería ser emitida como laudo. De hecho, tribunales arbitrales diversos han tomado el paso de emitir medidas precautorias mediante laudo, y ocasionalmente han sido quemados en leña verde por puritanos. El motivo: siendo las medidas precautorias un instrumento *in natura temporal*, parece inadecuado documentarlas en un instrumento que por definición es *final*: el laudo.

Mi respuesta a dichos puritanos es que *tienen razón, mas no toda la razón*. Dado que las órdenes procesales arbitrales no eran ejecutables, emitir una medida precautoria mediante dicho instrumento era más

<sup>51</sup> Artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención de Nueva York").

<sup>52</sup> Artículos 17.H y 17.I de la Ley Modelo de la Uncitral.

<sup>53</sup> Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

impecable en lo técnico, pero menos útil en lo práctico. El resultado: poco satisfará al acreedor saber que su medida precautoria es más teóricamente puntillosa, pero prácticamente ineficaz, particularmente al ver que el deudor toma medidas *de facto* para mermar la utilidad de las medidas que ha solicitado, y que no puede contrarrestar porque su tribunal arbitral se cegó por teoría.

Es ante lo anterior que se percibe la ventaja de la Reforma: nos permite ser más puritanos, sin sacrificios pragmáticos. Nos permite emitir medidas precautorias mediante órdenes procesales, sin restar su ejecutabilidad.

La fracción I(a) hace eco de las causales de nulidad y de no reconocimiento ni ejecución de laudos arbitrales. Ello fue un paso meditado por la CNUDMI cuyo propósito es permitir no ejecutar cuando en presencia de un "problema grave" como el que haría que un laudo no sea ejecutado. Dado que dicho precepto tiene un bagaje interpretativo que en el caso mexicano ha sido afortunado, se sugiere que el mismo reciba eco en este contexto, y que no se modifique ni revise por versar sobre un acto diverso: una medida precautoria. No hay nada en este contexto que cambie el sentido jurídico del artículo 1457(I) ni 1462(I) del Código de Comercio. El que verse sobre medidas precautorias no muda su contenido ni lo hace menos ni más estricto.

La fracción I(b) versa sobre caución. Sobre esto es importante recalcar que, contrario a la noción frecuentemente vista en nuestros derechos procesales, no siempre es necesario contemplar una caución. Los riesgos propiciados por la medida cautelar pueden estar autocontenidos por el hecho que el tribunal arbitral tomará dicho factor en consideración cuando determine la distribución de costos en el arbitraje. Ante ello, la caución puede sobrar, y con frecuencia sobra. Luego entonces, si un juzgador mexicano recibe para ejecutar una medida cautelar carente de caución, se sugiere no preocuparse por ello. Simplemente proceder a ejecutar la misma.

Finalmente, el último párrafo del artículo 1480 del Código de Comercio merece un comentario importante. Dice:

Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá

emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

El precepto es plausiblemente tautológico del principio que rige toda la relación entre el poder judicial y el arbitraje: *respeto del primero por el segundo y que las facultades del juez local vis-à-vis procedimientos arbitrales son excepcionales y de interpretación estricta*.<sup>54</sup> El motivo por el que la repetición en este contexto es encomiable obedece a que contrarresta la natural tentación de un juzgador llamado a ejecutar la medida cautelar. Al hacerlo, debe tener presente que está cooperando con un tribunal que tiene pleno conocimiento de causa, y que si hizo u omitió algo, sus razones debe tener. Por ende, cualquier tentación que exista o solicitud que se le haga para tomar algún paso no previsto por la medida debe ser descartada.

*Régimen de responsabilidad.* En la recta final de la aprobación legislativa de la Reforma se incluyó lo siguiente:

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

Para cualquiera que conozca, no sólo derecho arbitral, sino derecho procesal, los motivos por los que la disposición es errónea son evidentes. Con afán constructivo varios sondeamos la preocupación detrás del autor de la frase.<sup>55</sup> La única respuesta fue “para evitar casos de abuso”. Pero, ¿qué casos de abuso? Quienes nos dedicamos al arbitraje no percibimos que exista un “abuso” en las medidas precautorias. Más aún, si es que ha existido alguna instancia de una mala medida precautoria,<sup>56</sup> —algo que estoy dispuesto a suponer para efectos expositivos y argumentativos— la forma de manejar el “abuso” ya está contenida en el régimen de la medida precautoria (que

<sup>54</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

<sup>55</sup> Los motivos y consecuencias del infortunio se comunicaron por diversas personas y organizaciones. No se obtuvo respuesta.

<sup>56</sup> Lo cual difícilmente podría tildarse de una tendencia. Se trataría en todo caso de una situación aislada. Una aberración. Entenderlo en forma distinta cometería el error lógico de generalizar a partir de la excepción.

incluye un régimen de responsabilidad tanto de las partes como de los emisores). Y lo hace de una manera correcta y sofisticada, nutrida de experiencia local e internacional. Ante ello, añadir una regla de responsabilidad, como se hizo,<sup>57</sup> es el equivalente jurídico de remachar precipitadamente una maquinaria suiza cuidadosamente calibrada.

Se observa que algunos han sido críticos en extremo con respecto a este paso. Coincido en que el paso es un yerro, pero disiento del drama con el que se describen las consecuencias.<sup>58</sup> Para remediar el error, deseo hacer una doble propuesta. Primero, llevar el bisturí legislativo a dicho precepto y extirparlo, como se haría a un tumor incipiente. Segundo, interpretar dicho precepto como una norma *ex abundante cautela* que refiere el tema al régimen especial: *la responsabilidad civil subjetiva*. Mas no añade nada. Sólo engarza. Para ello, como toda acción de responsabilidad civil subjetiva, es necesario que se acrediten elementos diversos, uno de los cuales debe ser culpa o dolo. Dado que un árbitro está encomendado a seguir un proceso en forma eficaz, lo cual puede (en ocasiones *tiene* que) incluir la emisión de medidas precautorias que eviten un daño o permitan seguir un proceso adecuado, debe entenderse que dicho motivo elimina la posibilidad de que se acredite el extremo de culpa o dolo. El árbitro simplemente está efectuando su cometido. Para eso lo contrataron las partes.

Un comentario final es relevante. El tropiezo ha tenido resultados paradójicos. Si bien la primera reacción (local e internacional)<sup>59</sup> del paso fue recibir críticas, inclusive declaraciones extremas en el

<sup>57</sup> O más bien procuró hacer, pues en su aplicación la norma no tiene el efecto indicado. Los motivos fueron agudamente explicados en la sesión que organizó el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en febrero de 2011. Para conocerlos, puede acudir a *Arbitraje*, *op. cit.*, 3a. ed., pp. 695 y ss.

<sup>58</sup> En la sesión anual del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Cartagena de Indias el 25 de agosto de 2011, tuve la suerte de intercambiar impresiones sobre esta cuestión con distintos expertos. Mientras yo tomé la postura que el paso era el “pelo en la sopa” de la reforma, un conocido experto mexicano tomó la postura que era mejor entendido como una “cucaracha en la sopa”. Creo que —aunque ingeniosa y chusca— la metáfora es exagerada. Y tal parece que la experiencia empieza a darme la razón: siguen solicitándose y emitiéndose medidas no obstante el riesgo adicional para los árbitros de emitirlos. Veremos qué nos depara el futuro.

<sup>59</sup> Árbitros extranjeros reconocidos con casos en México manifestaron a este autor lamentación del paso, insinuándolo como un retroceso de derecho arbitral mexicano.

sentido que la herramienta había sido condenada a la muerte,<sup>60</sup> en forma interesante, durante el primer semestre de 2011, este autor ha presenciado más medidas precautorias en arbitrajes (tanto arbitrales como judiciales en apoyo a arbitrajes) que en el último lustro. El que ello sea *producto* de la Reforma o *no obstante* la misma es objeto de debate, inclusive especulación. Si el lector me permite una laxitud lógica,<sup>61</sup> tomaría la postura que el derecho y práctica arbitral son tan robustos que el error textual apuntado es insuficiente para arruinar una herramienta procesal de tal importancia. Los practicantes y abogados de arbitraje son lo suficientemente sofisticados como para dejarse engañar por el espejismo de dicho cambio textual.<sup>62</sup>

#### IV. COMENTARIO FINAL

Bertrand Russell tiene razón. Ante la dispersidad de información, la conclusión a la que el intérprete arriba asoma aquello que quienes estudian cómo los individuos razonan llaman las “predisposiciones”: aquel bagaje que todos tenemos en el subconciente. El sedimento intelectual que sirve de trasfondo (y con frecuencia fundamento verdadero) de las decisiones que tomamos, y que tanto influye en nuestro actuar.

Respetuosamente, quienes observan la reforma de derecho arbitral mexicano del 27 de enero de 2011 y lo único que ven es el último párrafo, citándolo como fundamento de una mala calificación a la Reforma, asoman una predisposición negativa inmerecida. Me recuerdan a aquellas personas que se les invita a una elegante boda repleta de cortesías y delicias para, después de una velada maravillosa, reunirse y exclusivamente comentar que los meseros eran algo lentos en sus atenciones. Mucho ganaríamos si fuéramos más serios en nuestras evaluaciones.

<sup>60</sup> Es interesante observar la facilidad con la que algunos arriban a conclusiones, no sólo lógicamente erradas, sino extremas.

<sup>61</sup> Pues admito que basar el comentario en *mi* experiencia podría ser estadísticamente cuestionable, o un caso de generalizar a partir de la excepción. Sin embargo, deseo señalar que la apreciación es compartida por diversos expertos mexicanos con los que he discutido el punto.

<sup>62</sup> Incluso deseo transmitir que en un par de casos en los que el autor ha actuado como árbitro, tribunales arbitrales han emitido medidas precautorias (inclusive algunas venturosas) tomando plena conciencia de dicho precepto, y obviándolo. La *ratio* que prevaleció: los buenos árbitros no deben dejarse espantar por el precepto. Se lo deben a las partes que los designaron.

## ACERCA DE LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS POR CUESTIONES PENALES EN MÉXICO

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA  
Carlos BÁEZ SILVA  
David CIENFUEGOS SALGADO

SUMARIO: I. *Los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos.* II. *Causas constitucionales de la suspensión de las prerrogativas de los ciudadanos mexicanos objeto de estudio.* III. *Antecedentes de las diferentes fracciones del artículo 38 constitucional.* IV. *Los precedentes de los órganos jurisdiccionales de la Federación en materia penal.* V. *Los casos resueltos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.* VI. *Jurisprudencia comparada.* VII. *Reflexiones acerca de una nueva interpretación constitucional.* VIII. *Conclusiones.*

### I. LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS

La relevancia de los derechos políticos se advierte a partir de fines del siglo XVIII, coincidente con el cambio de paradigma sobre la organización del poder político y la aparición de una nueva idea de representación que revitalizará la idea de la democracia en Occidente. El cambio de estatus, de súbdito a ciudadano, se acompaña con el reconocimiento de una serie de prerrogativas que irán adquiriendo la característica de universalidad en los siglos siguientes. El derecho de sufragio se extenderá y alcanzará los perfiles que conocemos en la actualidad hasta bien entrado el siglo XX, lo cual se evidencia en

México con el reconocimiento del voto femenino en la década de los cincuenta.

Las cartas constitucionales del siglo XIX dan cuenta del cambio que habrán de experimentar los derechos de naturaleza política. Si bien el disfrute de tales derechos o prerrogativas ha sido limitado en tales textos o, en su caso, reservados al cumplimiento de determinados requisitos, las limitaciones han terminado por ser muy pocas. En el caso mexicano, el ejercicio de los derechos políticos corresponde a los ciudadanos mexicanos, es decir, quienes tienen la calidad de nacionales mexicanos, que sean mayores de dieciocho años y tengan un modo honesto de vivir.<sup>1</sup> Los supuestos son diversos, pues la calidad de mexicano no sólo se tiene por nacer en el país, de padres mexicanos, sino en diversas hipótesis contempladas expresamente en el texto constitucional.

Cabe precisar que, lamentablemente, los derechos políticos, aun siendo fundamentales, han sido objeto de una estimación y protección muy distinta a la que otros derechos fundamentales (las denominadas “garantías individuales”) han recibido en México. El hecho mismo de que el juicio de amparo resulte improcedente para su tutela, así como la base argumentativa de tal improcedencia (el juicio de amparo sólo tutela “garantías individuales”, mas no prerrogativas del ciudadano), son una clara muestra de una distinción que sirvió para dejar en total desamparo a los derechos políticos, que por definición resultan la base indiscutible de todo sistema democrático de gobierno.

En efecto, en México no es sino hasta 1996, es decir 149 años después de haberse instituido en el ordenamiento federal mexicano el juicio de amparo, que se crea un mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos políticos de los mexicanos: el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. A partir de entonces, y no sin ciertas dificultades, el referido juicio ha servido para que, cada vez con mayor frecuencia, los ciudadanos, y sobre todo los militantes de los partidos políticos, traten de tornar plenamente efectivos sus derechos de participación política.

<sup>1</sup> Sobre el particular véase la tesis de jurisprudencia S3ELJ 18/2001, de rubro Modo honesto de vivir como requisito para ser ciudadano mexicano. Concepto. Consultable en: *Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, pp. 187-188. La tesis menciona que el concepto “se refiere al comportamiento adecuado para hacer posible la vida civil del pueblo”, por lo que en síntesis quiere decir ser un “buen mexicano”.

Adicionalmente, cabe precisar que la relación entre los derechos políticos y los otros derechos fundamentales es de tal forma indisoluble, que el ejercicio de unos es prerequisite del ejercicio de los otros, sobre todo dentro de un régimen de democracia constitucional. Así para poder participar, por ejemplo, en un proceso electoral competitivo, es necesario que los electores gocen de fuentes plurales de información; y por el otro lado, sólo un régimen democrático constitucional garantiza la existencia de mecanismos eficaces para la tutela del pleno ejercicio de la libertad de expresión e información.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece actualmente las prerrogativas o derechos y obligaciones del ciudadano en el artículo 35, aunque es posible relacionarlos con derechos consagrados en otros artículos constitucionales.

El artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prescribe lo siguiente:

Son prerrogativas del ciudadano:

I. Votar en las elecciones populares.

II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley.

III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país.

IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes.

V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

“Prerrogativa” tiene el sentido común y ordinario de “privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo”;<sup>2</sup> “privilegio” significa “ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia”.<sup>3</sup> Entonces, por ejemplo, votar en las elecciones populares es una ventaja exclusiva o especial de los ciudadanos mexicanos, es decir un privilegio, del que gozan tales personas, precisamente por su carácter de ciudadanos. Ordinariamente a las citadas prerrogativas del ciudadano mexicano se les da el nombre de “derechos políticos”. El origen latino de la palabra

<sup>2</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=Prerrogativa](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Prerrogativa).

<sup>3</sup> *Idem*.

sugiere que el término proviene de “*prerrogativa*” que significa “votar primero” (*praerogare*) u opinar primero que cualquier otra persona.

Sin embargo, no todos los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos están prescritos en el citado artículo 35 constitucional. Es necesario hacer una lectura integral de la Constitución federal y de los ordenamientos de origen internacional que, conforme al artículo 133 constitucional, forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión en esta materia.<sup>4</sup> Conforme con esa lectura integral se puede obtener, de manera enunciativa, que los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos son:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.<sup>5</sup>
- b) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, es decir, ser nombrado para cualquier empleo o comisión (distintos a los cargos de elección), teniendo las calidades que establezca la ley.<sup>6</sup>
- c) Expresarse libremente y contar con el derecho de información.<sup>7</sup>
- d) Reunirse para tomar parte en los asuntos políticos.<sup>8</sup>
- e) Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país.<sup>9</sup>
- f) Formar partidos políticos y afiliarse a los mismos de manera libre, individual y pacífica.<sup>10</sup>
- g) Ejercer el derecho de petición en materia política.<sup>11</sup>
- h) Votar en elecciones populares.<sup>12</sup>
- i) Ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley.<sup>13</sup>

<sup>4</sup> Esencialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH).

<sup>5</sup> Artículos 25 del PIDCP y 23 de la CIDH.

<sup>6</sup> Artículos 35 de la CPEUM; 25 del PIDCP y 23 de la CIDH.

<sup>7</sup> Artículos 6 de la CPEUM; 19 del PIDCP y 13 de la CIDH.

<sup>8</sup> Artículos 9 de la CPEUM; 21 del PIDCP y 15 de la CIDH.

<sup>9</sup> Artículos 9 de la CPEUM; 22 del PIDCP y 16 de la CIDH.

<sup>10</sup> Artículos 41 y 99 de la CPEUM.

<sup>11</sup> Artículos 8 y 35, fracción V, de la CPEUM.

<sup>12</sup> Artículos 35, fracción I, y 36, fracción III de la CPEUM; 25 del PIDCP y 23 de la CIDH.

<sup>13</sup> Artículos 35, fracción II, 36, fracciones IV y V, de la CPEUM; 25 del PIDCP y 23 de la CIDH.

Debe mencionarse que este listado no resulta exhaustivo. Como se advierte fácilmente, aparece excluido el derecho a tomar las armas para la defensa de la República y de sus instituciones. En tal sentido, debe señalarse que la doctrina no ha sido uniforme al señalar cuáles son la totalidad de prerrogativas que quedan contenidas en el concepto *derechos políticos*, lo que ha permitido la elaboración de diversas distinciones entre esos derechos.

La fracción V del artículo 99 constitucional ha servido de base para crear una distinción que ha tenido importantes efectos prácticos,<sup>14</sup> pues precisa que al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable sobre las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los *derechos político-electorales* de los ciudadanos. Si bien el artículo 41, fracción VI, de la propia Constitución prescribe que el sistema de medios de impugnación creado para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales también garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votados, de asociación y de afiliación, en los términos del artículo 99 de esa Constitución, no establece, en forma expresa, una subcategoría de derechos: los político-electorales.

A partir de lo anterior tanto en la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* como en la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, el legislador ordinario creó la referida subcategoría de derechos político-electorales, agregando a la redacción constitucional un guión (-) que ha dado origen a interpretaciones restrictivas. Así, el artículo 186, fracción III, inciso c), de la ley orgánica citada prescribe que el TEPJF es competente para

<sup>14</sup> El mencionado numeral señala, en lo que interesa: “Artículo 99. El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación. [...] Al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga la ley, sobre: [...] V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes. Para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del Tribunal por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas, la ley establecerá las reglas y plazos aplicables [...]”.

resolver en forma definitiva e inatacable, entre otras, las controversias que se susciten por actos y resoluciones que violen los “derechos político-electorales” de los ciudadanos de:

- a) Votar en las elecciones populares.
- b) Ser votado en las elecciones populares.
- c) Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos.
- d) Afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos.

Por su parte, el artículo 79, párrafo 1, de la ley general referida prescribe que el juicio para la protección de los *derechos político-electorales* (JDC), sólo procederá cuando el ciudadano haga valer presuntas violaciones a sus derechos de:

- a) Votar en las elecciones populares.
- b) Ser votado en las elecciones populares.
- c) Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos.
- d) Afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos.

En el párrafo 2 del artículo citado el legislador federal llevó a cabo una adición trascendental, pues prescribió que el JDC también “resultará procedente para impugnar los actos y resoluciones por quien teniendo interés jurídico, considere que indebidamente se afecta *su derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas*”.<sup>15</sup>

Es decir, el legislador ordinario reconoció en 2007 la existencia de un derecho *político-electoral* distinto a los *tradicionalmente* reconocidos, el de integrar las autoridades electorales de las entidades federativas, el cual de manera indudable no es sino una especie del derecho político genérico de todo ciudadano mexicano a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, es decir, ser nombrado para cualquier empleo o comisión (distintos a los cargos de elección), teniendo las calidades que establezca la ley.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> El énfasis es añadido.

<sup>16</sup> Artículos 35, fracción II de la CPEUM; 25 del PIDCP y 23 de la CIDH.

Cuestión distinta y que queda fuera de esta discusión es la determinación de cuáles son, en cada caso, las denominadas autoridades electorales.

Así, también al margen de la discusión en torno a lo correcto y constitucional que pueda resultar, es posible afirmar que la legislación ha establecido una distinción entre los derechos políticos y los derechos político-electorales, siendo éstos un subconjunto o subclase de los primeros. Dicho subconjunto estaría integrado por los derechos a votar en las elecciones populares; a ser votado en las elecciones populares; a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos; a afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos y a integrar las autoridades electorales de las entidades federativas. Este es el corpus de derechos que encuentra protección a través del mencionado JDC, del conocimiento exclusivo del TEPJF.

## II. CAUSAS CONSTITUCIONALES DE LA SUSPENSIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS OBJETO DE ESTUDIO

Así como la Constitución mexicana establece los derechos políticos de manera detallada, también prevé la suspensión o pérdida de los mismos. El artículo 38 de la CPEUM prescribe lo siguiente:

Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36.<sup>17</sup> Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley.

<sup>17</sup> El artículo 36 de la CPEUM prescribe lo siguiente: “Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley. II. Alistarse en la Guardia Nacional. III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley. IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los estados, que en ningún caso serán gratuitos. V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado”.

- II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.
  - III. Durante la extinción de una pena corporal.
  - IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes.
  - V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal.
  - VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.
- La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

En este trabajo se analizarán las causas de suspensión de las prerrogativas ciudadanas relacionadas con cuestiones penales, por lo que se excluirá, en consecuencia, el análisis de las causas previstas en las fracciones I y IV.

Ahora bien, puesto que se ha identificado a las prerrogativas ciudadanas con los denominados “derechos políticos” (categoría que incluye la subcategoría de los derechos “político-electoral”), en este momento se empleará de manera indistinta la expresión “suspensión de derechos políticos” para hacer referencia a lo que el artículo 38 constitucional prescribe como “suspensión de prerrogativas de los ciudadanos”, al margen de que con posterioridad se plantee la cuestión de si la suspensión prescrita en el referido artículo 38 tiene por objeto sólo las prerrogativas ciudadanas prescritas en el artículo 35 constitucional (que incluyen necesariamente a los derechos político-electoral) o también al resto de derechos políticos ya anteriormente identificados.

Así, ahora será objeto de análisis la suspensión de derechos políticos por las siguientes causas:

- a) Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.
- b) Estar extinguiendo una pena corporal.
- c) Estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal.
- d) Estar extinguiendo esa pena de suspensión expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada.

### III. ANTECEDENTES DE LAS DIFERENTES FRACCIONES DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL

A continuación presentamos algunos de los antecedentes que pueden identificarse en los distintos cuerpos normativos mexicanos, relacionados con las causales que nos interesa estudiar sobre suspensión de derechos políticos. Cabe resaltar el hecho de que ha sido, principalmente en las épocas en que nuestro país adoptó la forma centralista de Estado, en las que con mayor precisión se han prescrito normas para suspender o privar de los derechos políticos a los ciudadanos.

a) *Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión* (artículo 38, fracción II):

- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812: “Artículo 25. El ejercicio de los mismos derechos [de ciudadano] se suspende: [...] Quinto: *Por hallarse procesado criminalmente*”.
- Leyes constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1836: “Artículo 10. Los derechos particulares del ciudadano se suspenden: [...] III. *Por causa criminal, desde la fecha de mandamiento de prisión hasta el pronunciamiento de la sentencia absolutoria*. Si ésta lo fuere en la totalidad se considerará al interesado en el goce de los derechos como si no hubiese habido tal mandamiento de prisión, de suerte que no por ella le paren ninguna clase de perjuicio”.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Si bien no pasaron de ser proyectos, es importante destacar que el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de junio de 1840, prescribía en su artículo 17: “Los derechos del ciudadano se suspenden: [...] III. *Por causa criminal desde la fecha del mandamiento de prisión, hasta que se ponga al que la sufra en plena y absoluta libertad, a no ser que por la calidad de su delito haya perdido la ciudadanía*”. Por su parte el Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842, establecía en su artículo 24 lo siguiente: “Los derechos del ciudadano se suspenden: [...] II. *Por causa criminal, desde la fecha del auto de prisión o declaración que se haga de haber lugar a la formación de causa, hasta el pronunciamiento de la definitiva absolutoria del juicio*”.

- Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 15 de junio del año de 1843 y publicadas por bando nacional el día 14 del mismo: "Artículo 21. Se suspenden los derechos de ciudadano: [...] III. *Por estar procesado criminalmente, desde el acto motivado de prisión, o desde la declaración de haber lugar a formación de causa a los funcionarios públicos hasta la sentencia, si fuere absolutoria*".
- Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847: "Artículo 3o. El ejercicio de los derechos de ciudadano se suspende [...] *en virtud de proceso sobre aquellos delitos por los cuales se pierde la cualidad de ciudadano*".
- Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, decretado por el Supremo Gobierno el 15 de mayo de 1856: "Artículo 24. Se suspenden los derechos de ciudadano: [...] II. *Por estar procesado criminalmente, desde el auto motivado por prisión o desde la declaración de haber lugar a la formación de causa a los funcionarios públicos, hasta la sentencia, si fuere absolutoria*".

De lo hasta aquí anotado debe observarse que las previsiones normativas sobre la suspensión de derechos por estar procesado criminalmente o sujeto a causa criminal, se enmarca en el reconocimiento de que el sistema procesal penal de la época llevaba implícita la privación de la libertad, por lo cual había una correspondencia entre la imposibilidad material del ejercicio de los derechos de ciudadanía y la suspensión de los mismos.

Como veremos en la reflexión final, la existencia de estas previsiones dejaba abierta la puerta a la arbitrariedad de quienes ejercían funciones gubernativas, pues resultaba suficiente una acusación para que una figura pública viera restringido su acervo de derechos y se limitaran, por tanto, sus posibilidades de participación política.

Cabe precisar que la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero

de 1857 prescribía en su artículo 38, que la ley fijaría los casos y la forma en que se perdían o suspendían los derechos de ciudadano y la manera de hacer la rehabilitación.

Así, el Constituyente del 57 dejó al legislador secundario la tarea de determinar cuáles eran los supuestos en los cuales los derechos de ciudadanía serían restringidos.

b) *Estar extinguiendo una pena corporal* (artículo 38, fracción III). Si bien en los antecedentes constitucionales la presente no era causa de *suspensión* de los derechos políticos, del estudio de los mismos se desprende que la imposición de penas sí era causa de *pérdida* de los mismos, tal como se advierte de lo siguiente:

- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812: "Artículo 24: La calidad de ciudadano español se pierde: [...] Tercero: Por sentencia en que se impongan penas afflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación".
- Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1836: "Artículo 11. Los derechos de ciudadano, se pierden totalmente: [...] II. Por sentencia judicial, que imponga pena infamante".
- Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de junio de 1840: "Artículo 18. Los derechos del ciudadano se pierden: [...] II. Por sentencia judicial que imponga pena infamante".
- Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842: "Artículo 25. Los derechos del ciudadano se pierden: [...] II. Por sentencia judicial que imponga pena infamante, o que declare a algún reo de contrabando de efectos prohibidos a favor de la industria nacional o de la agricultura".
- Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1842: "Artículo 8. Este ejercicio [de los derechos de ciudadano] se pierde por sentencia judicial que imponga pena infamante".

- Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 15 de junio del año de 1843 y publicadas por bando nacional el día 14 del mismo: Artículo 22. Se pierden los derechos de ciudadano: I. Por sentencia que imponga pena infamante”.

En los textos antes citados, la suspensión o, mejor dicho, la pérdida de los derechos políticos está directamente vinculada a la imposición de penas infamantes; cabe recordar que éstas son aquellas que despojan de honor o buena fama a quienes les son impuestas y consisten en “atacar la fama o reputación de una persona, buscando deshonrarla o desacreditarla, imborrable y permanentemente, respecto a terceros”.<sup>19</sup> Actualmente, conforme al artículo 22 de la Constitución, la imposición de tales penas está prohibida.

Así las cosas, superamos la etapa en la que la imposición de la pena se apreciaba como una especie de “vindicta pública”, una venganza pública, y se adoptó un sistema en el cual la rehabilitación del infractor, así como la reinserción a la sociedad, tras haber purgado su pena privativa de libertad, se convierten en los fines que orientan la facultad punitiva del Estado mexicano.

Las causas de suspensión de los derechos políticos consistentes en *estar extinguiendo una pena corporal, expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada y estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal*, son prescripciones que datan de 1917, puesto que antes de esa fecha no se encontraban entre las razones que, según los precedentes constitucionales, justificaban la suspensión. En este sentido, Venustiano Carranza, en el mensaje que dirigió al Congreso Constituyente para justificar sus propuestas constitucionales, afirmó lo siguiente:

<sup>19</sup> Tesis 2a. LIV/2008, de rubro Obras públicas y servicios relacionados con las mismas. La sanción prevista en la fracción III del artículo 51 de la ley relativa no constituye una pena infamante, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, XXVII, mayo de 2008, p. 232.

en la reforma que tengo la honra de proponeros, con motivo del derecho electoral, se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia los asuntos de la República, cualesquiera que sean, por lo demás, su ilustración o situación económica, demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquélla, y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata.

El Primer Jefe del Ejército Constitucionalista identifica las dos principales razones que lo determinaron a proponer las prescripciones del artículo 38: por un lado el uso mal dado a la ciudadanía y, por el otro, la indiferencia en los asuntos de la República. En este segundo caso, es evidente que don Venustiano se refería a la fracción I del referido artículo constitucional, que prescribe que las prerrogativas del ciudadano se pierden por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36, es decir:

- a) Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que se tenga, la industria, profesión o trabajo de subsistencia; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos.
- b) Alistarse en la Guardia Nacional.
- c) Votar en las elecciones populares.
- d) Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los estados.
- e) Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde se resida, las funciones electorales y las de jurado.

Para el Primer Jefe, quienes no votaran, teniendo derecho a ello, o quienes no desempeñaran los cargos de elección popular para los cuales habían sido electos, o quienes se negaran a participar en la recepción de la votación el día de la elección, por ejemplo, eran personas que, no obstante su calidad de ciudadanos, se interesaban poco o nada en la vida de la República, por lo que no merecían mantener esa “gracia” o “privilegio” que implica la ciudadanía, el goce de los derechos políticos. Ese desinterés en el cumplimiento de las obligaciones de todo ciudadano justificaba, según Carranza, la suspensión de los derechos políticos de los desobligados.

Sin embargo, por lo que hace a este trabajo, lo que interesa es que las fracciones del artículo 38, relacionadas con la suspensión de las prerrogativas ciudadanas por cuestiones penales, se justificó con el breve enunciado de “no saber hacer uso debido de la ciudadanía”. Esta frase encierra toda la justificación de filosofía política de la suspensión de derechos políticos. Conforme con esto, a quien se le haya dictado una orden de aprehensión que no haya sido ejecutada por evasión, quien se encuentre sujeto a un proceso penal o quien se encuentre expiando una pena de prisión por sentencia, sobre dichas personas recae (no la presunción, sino) la condena de “no haber hecho un uso debido de la ciudadanía”.

Cabe precisar que en el texto original de la Constitución de 1917 se consagró igualmente como un derecho fundamental la denominada “libertad caucional”, que se entendió como una medida “precautoria” en beneficio del inculcado para que, durante el proceso penal, éste gozara de libertad. Evidentemente, su inclusión en el artículo constitucional tuvo por objeto reconocer en dicha medida precautoria un derecho fundamental del que gozaran con mayor facilidad los inculcados, evitando la práctica judicial previa en la que se negaba con simplicidad burocrática el disfrute de dicho derecho.

A partir de la reforma practicada en este tema al artículo 20 constitucional, en 1948, se ha delineado la práctica más benéfica, pero también más rigurosa, de esta medida precautoria, con el objetivo de que cumpla cabalmente con su finalidad, es decir, permitir que el inculcado siga su proceso en libertad.

Lo anterior debe ser considerado al momento de intentar una interpretación sistemática del artículo 38, fracción II, de la propia Constitución federal, puesto que no debe perderse de vista que la libertad del inculcado se ha percibido como un valor constitucionalmente tutelar, incluso en aquellas situaciones en las cuales una persona está sujeta a un proceso penal.

#### IV. LOS PRECEDENTES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA FEDERACIÓN EN MATERIA PENAL

En comparación con otros temas, los precedentes de los tribunales penales del Poder Judicial de la Federación (PJF), relacionados con

la suspensión de derechos, son realmente pocos. A continuación se sistematizan dichos precedentes conforme a las diversas fracciones del artículo 38 constitucional que interpretan.

*Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión (artículo 38, fracción II).*

- a) En noviembre de 1924, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, en una tesis aislada, que la suspensión de los derechos políticos por virtud de lo dispuesto en la fracción II del artículo 38 constitucional, “es de orden público; y, en consecuencia, no puede ser interrumpida por la suspensión en el amparo”.<sup>20</sup>
- b) En febrero de 2005, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitió un precedente que daría lugar a la jurisprudencia I.6o.P. J/17,<sup>21</sup> en el que se afirmaba que, respecto de la fracción II, del artículo 38 constitucional, los derechos del ciudadano no se suspendían ante el dictado de un auto de sujeción a proceso, puesto que la condición constitucionalmente impuesta para que opere la suspensión es la existencia de un auto de formal prisión, en tanto que éste:

se encuentra vinculado con la existencia de delitos sancionados con pena corporal o privativa de libertad que ameritan incluso la prisión preventiva y, [en el caso del auto de sujeción a proceso], el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la identifica como aquella resolución judicial que se dicta para seguir una causa por delitos que no necesariamente se castigan con pena corporal, como aquellos que sólo prevén sanción pecuniaria, apercibimiento, entre otras, o bien pena alternativa, en que la persona a quien se le dicta goza de su libertad hasta en tanto se pronuncie la correspondiente sentencia definitiva. En este sentido, si el precepto constitucional precisa de manera expresa y limitada que únicamente se

<sup>20</sup> Derechos políticos, en *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Instancia: Pleno, tomo XV, p. 1163, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

<sup>21</sup> De rubro Suspensión de derechos políticos. Es improcedente decretarla en un auto de sujeción a proceso, en términos de lo dispuesto en la fracción II del artículo 38 de la Constitución federal, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo: XXVIII, agosto de 2008, p. 996.

actualiza la suspensión de derechos ciudadanos cuando se haya dictado un auto de formal prisión por delito que se sancione con pena corporal, ello constituye una distinción entre el auto de formal prisión y de sujeción a proceso, dado que este último no tiene como consecuencia la suspensión del procesado en el goce de sus derechos o prerrogativas ciudadanas, en términos de lo previsto por el artículo 38 y, en el supuesto de que se hubiere dictado un auto de sujeción a proceso y al emitir la sentencia se impusiera pena privativa de libertad, la suspensión de derechos o prerrogativas ciudadanas se actualizaría acorde a lo previsto por la diversa fracción III del citado artículo 38.

- c) En junio de 2005, al interpretar el artículo 46 del Código Penal Federal, que dispone que la suspensión de los derechos políticos comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena, a la luz del artículo 38, fracción II, constitucional, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito consideró que el artículo del referido código penal *amplía* la garantía a que se refiere el propio artículo constitucional, es decir, “dilata la imposición de dicha medida hasta que cause ejecutoria la sentencia respectiva, lo que se traduce en un beneficio para el procesado, pues no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Ley Suprema son de carácter mínimo y pueden ampliarse por el legislador ordinario, además de que la presunción de inculpabilidad opera a favor del procesado hasta que no se demuestre lo contrario en el proceso penal que culmine con una sentencia ejecutoria”.

Lo anterior condujo a que el referido tribunal colegiado concluyera que “la resolución del juez instructor que ordena la suspensión de derechos políticos del inculcado desde el auto de formal prisión vulnera en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14, tercer párrafo, y 16, primer párrafo, ambos de la Constitución federal”.<sup>22</sup>

En una jurisprudencia diversa, el mismo órgano jurisdiccional insistió en afirmar que el numeral 46 del Código Penal

<sup>22</sup> Suspensión de derechos políticos del inculcado. La resolución del juez instructor que la ordena desde el auto de formal prisión, vulnera las garantías contenidas en los artículos 14, tercer párrafo, y 16, primer párrafo, ambos de la Constitución federal, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo: XXII, septiembre de 2005, p. 1571. Tesis: I.10o.P.20 P aislada.

federal amplía la garantía constitucional prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional,<sup>23</sup> pues “a favor del procesado opera la presunción de inculpabilidad hasta que no se demuestre lo contrario, y esto vendría a definirse en el proceso penal, el cual, de terminar con una sentencia ejecutoriada en tal sentido, ello sustentaría la suspensión de los derechos políticos del quejoso, por lo que es inconcuso que aquella norma secundaria es más benéfica, ya que no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Constitución son de carácter mínimo y pueden ser ampliadas por el legislador ordinario”.

Este criterio fue superado con la resolución de la contradicción de tesis 29/2007-PS, mediante la cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación generó la jurisprudencia 1a./J. 171/2007.

- d) El Código Penal para el estado de Querétaro no hace referencia expresa a la suspensión de los derechos políticos del inculcado desde la fecha del auto de formal prisión, sino que en sus artículos 55 y 56, alude a la suspensión de derechos en general vinculada a una sentencia que cause ejecutoria. En octubre de 2007, el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito del PJF, sostuvo que lo anterior se explicaba como una “omisión” del legislador ordinario de dicho estado, consistente en no “ajustar oportunamente el texto del ordenamiento secundario con las reformas constitucionales que obligan al juez a suspender los derechos políticos del inculcado desde el dictado del referido auto, y no hasta que se dicte sentencia condenatoria en la causa penal”.

Dicho órgano jurisdiccional consideró que no cabía “interpretar que el legislador local quiso ampliar las garantías constitucionales a favor de los ciudadanos eliminando la posibilidad de suspender los derechos políticos desde el dictado del auto de formal prisión”, puesto que “de haber tenido la intención de ampliar la garantía sobre el momento procesal en que deben

<sup>23</sup> Jurisprudencia I.10o.P. J/8, de rubro Derechos políticos, suspensión de. El artículo 46 del Código Penal federal amplía la garantía constitucional que prevé la fracción II del ordinal 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XXIII, mayo de 2006, p. 1525.

suspenderse los derechos políticos, el propio legislador, en la exposición de motivos del Código Penal vigente hubiera esgrimido argumentos expuestos que sostuvieran esa postura”.<sup>24</sup>

- e) También en octubre de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción entre las tesis que sustentaron el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito y los Tribunales Colegiados Décimo y Sexto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito.

Mediante la jurisprudencia 1a./J. 171/2007<sup>25</sup> la referida Primera Sala estableció que si bien el artículo 46 del Código Penal federal señala que la suspensión de los derechos del ciudadano se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso penal por delito que merezca pena corporal, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena –lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional–, ello *no* significa que:

- La suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código citado,<sup>26</sup> puesto que como la fracción II del artículo 38 no contiene prerrogativas “sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculcado”.
- Ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes, pues “no debe

<sup>24</sup> Derechos políticos. Aunque el Código Penal para el estado de Querétaro no prevé su suspensión desde la fecha del auto de formal prisión, atento al principio de supremacía constitucional, el juzgador de instancia debe hacerlo desde ese momento procesal conforme al artículo 38, fracción II, de la Constitución federal, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo: XXVI, octubre de 2007, p. 3158, Tesis: XXII.1o.21 P aislada.

<sup>25</sup> De rubro Derechos políticos. Deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Primera Sala, tomo: XXVII, febrero de 2008, p. 215.

<sup>26</sup> Como lo había afirmado el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en la tesis I.10o.P.20 P aislada.

confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto [de formal prisión] con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como consecuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta”.

Por lo tanto, cabe concluir de lo anterior que aunque el Código Penal federal no lo prescriba, los derechos políticos del ciudadano deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución federal.

- f) El 28 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de la constitucionalidad del artículo 7, fracción I, del Código Electoral del estado de Coahuila, el cual prescribía que, entre otros impedimentos para ser elector, se encontraba el de estar sujeto “a proceso penal por delito *doloso* sancionado con pena privativa de la libertad. El impedimento surtirá efecto, a partir de que se dicte el auto de formal prisión”. El referido Pleno declaró la invalidez de una porción normativa de dicha prescripción, precisamente de la palabra “doloso”.

Cabe tener presentes las afirmaciones que realizó al respecto el referido órgano jurisdiccional:

- El artículo 38, fracción II, de la Constitución federal no establece un derecho fundamental, una prerrogativa o una garantía susceptible de ser ampliada, sino que tiene una naturaleza jurídica distinta, pues es una restricción constitucional,<sup>27</sup> es decir, una privación temporal de las

<sup>27</sup> Lo que ya había sido prescrito en la citada jurisprudencia 1a./J. 171/2007.

prerrogativas ciudadanas durante el tiempo que dure el proceso penal.

- Tal restricción constitucional “podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena, sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responden a la de estos últimos conceptos”.
- La referida restricción constituye una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción.
- La suspensión de derechos políticos por virtud del dictado de un auto de formal prisión ocurre “por mandato directo de la Constitución”.
- Puesto que el artículo 34 constitucional prescribe entre las condiciones para gozar de la ciudadanía la de tener un modo honesto de vivir, “es decir, que respete las leyes, y que de esa forma contribuya al mantenimiento de la legitimidad y al Estado de derecho”, de la sentencia se infiere, pues no lo dice expresamente, que a quien se le dicta un auto de formal prisión no se le considera con un “modo honesto de vivir”, tal como se sigue del siguiente párrafo:

el fundamento de los derechos políticos proporciona, a su vez, la justificación para que su ejercicio pueda ser restringido por actos cometidos por el titular que revelen su desapego a la ley, pues en esa medida los derechos de ciudadanía dependen del comportamiento, y si ello no ocurre en la forma debida, deberá decretarse su restricción.

- La restricción prescrita en el artículo 38, fracción II, constitucional no es contraria al principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 20, inciso B, fracción I, de la propia Constitución federal, puesto que, por una parte, así lo autoriza el artículo 1 de la referida Constitución y, por la otra, la suspensión “no equivale ni implica a que se le tenga por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal de derechos, pues concluye con la resolución definitiva que ponga fin al juicio, sea absolutoria o condenatoria, y sólo en caso de que sea condenatoria se le declarará penalmente

responsable. Por lo tanto, el suspenso seguirá gozando del derecho fundamental a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia dictada por el juez de la causa”.

Cabe precisar que en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma que, “al igual que la prisión preventiva tiene sus motivos, *la suspensión de los derechos políticos tiene los propios*, pero constituye de igual manera una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción, pues únicamente constituye una restricción constitucional de carácter provisional al ejercicio de un derecho, ello *con finalidades precisas*, en cuya atención no puede eliminarse por la legislación ordinaria”.

Sin embargo, en tal sentencia no se expresan específicamente los “motivos propios” ni las “finalidades precisas” de la suspensión de los derechos políticos por el dictado de un auto de formal prisión. De la misma manera, si bien se dice que la suspensión de derechos políticos es una consecuencia accesoria y no una pena, lo cierto es que el propio texto constitucional genera dudas, puesto que, conforme a la fracción VI del artículo 38, la suspensión de derechos políticos es una pena en sí misma, por lo que la incertidumbre se abre paso: ¿por qué razón la suspensión de derechos políticos en ocasiones es una consecuencia accesoria y en otras es una sanción en sí misma? ¿Qué elemento, propio de la suspensión de derechos políticos, la torna consecuencia o sanción?

Es evidente que la suspensión de derechos políticos es una privación de éstos, que, a diferencia de otras medidas cautelares que implican privación (el secuestro judicial, por ejemplo), carece de justificación como tal, puesto que su implementación no auxilia a conservar la materia del litigio; es decir, si el litigio se centra en decidir si un individuo es responsable o no de la comisión de tal o cual delito, ¿en qué medida la suspensión de derechos políticos tiende a conservar esa materia del litigio? Antes bien, puesto que la propia Constitución conceptualiza la suspensión de derechos políticos como una pena en sí misma que es susceptible de ser impuesta de manera independiente, la suspensión de tales derechos, antes del dictado de una sentencia condenatoria en torno a la responsabilidad penal del

procesado, conlleva necesariamente la imposición de un castigo o sanción antes de ser juzgado.

Así, conforme a lo anterior, se obtiene que, por lo que se refiere a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión:

Tales derechos no se suspenden ante el dictado de un auto de sujeción a proceso.

A quien se le dicta un auto de formal prisión no se le considera con un "modo honesto de vivir".

Puesto que el artículo 38, fracción II, de la Constitución federal no establece un derecho fundamental o una prerrogativa susceptible de ser ampliada, sino que es una restricción constitucional, en caso de que la legislación secundaria (constituciones locales o legislación penal, sea federal o estatal) prescriba que la suspensión de derechos políticos opera hasta que se dicte una sentencia ejecutoriada, y no desde el dictado de un auto de formal prisión, se debe aplicar directamente la Constitución federal.

La suspensión de derechos en este caso opera por mandato directo de la Constitución.

Tal restricción constitucional es una "consecuencia accesorio" del auto de formal prisión ("una medida de seguridad") que no supone en forma alguna una sanción.

La restricción referida no es contraria al principio de presunción de inocencia, porque, por una parte, así lo autoriza el artículo 1 de la Constitución y, por la otra, la suspensión no equivale ni implica que se tenga al ciudadano por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación *temporal*.

- *Estar extinguiendo una pena corporal* (artículo 38, fracción III).

- a) En abril de 2002 el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó un criterio que a la postre daría paso a la jurisprudencia I.6o.P. J/7,<sup>28</sup> en la cual se pres-

<sup>28</sup> De rubro Derechos políticos, suspensión de. No puede considerarse que sea de naturaleza administrativa porque no se prevea específicamente como sanción, ya que su imposición

cribe que aun cuando la suspensión de derechos políticos no se prevea específicamente como sanción, dicha suspensión, que opera por ministerio de ley, no puede considerarse de naturaleza administrativa, pues es consecuencia directa y necesaria de la prisión impuesta por el delito cometido.

- b) Entre junio y noviembre de 2004, el mismo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó diversos criterios que dieron origen a la jurisprudencia I.6o.P. J/8,<sup>29</sup> en la cual se prescribe que "la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por el delito que se hubiese cometido, debe ser decretada por la autoridad judicial, *aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones*",<sup>30</sup> pues dicha suspensión deriva "de lo dispuesto expresamente en la Constitución general de la República, y lo único que procede es enviar la información respectiva a la autoridad electoral para que ella ordene la suspensión".

- c) Entre abril y agosto de 2005, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó diversos precedentes que dieron origen a la jurisprudencia I.3o.P. J/16,<sup>31</sup> en la que se prescribe básicamente que, considerando que

deriva de los artículos 45 y 46 del Código Penal del Distrito Federal, como consecuencia directa y necesaria de la prisión impuesta por el delito cometido, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XXI, enero de 2005, p. 1554.

<sup>29</sup> De rubro, Derechos políticos. Corresponde a la autoridad judicial decretar su suspensión, por ser una consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta, aunque no exista petición del órgano acusador en sus conclusiones, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XXI, enero de 2005, p. 1547.

<sup>30</sup> Las cursivas son agregadas. En la jurisprudencia I.3o.P. J/16, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito prescribió esencialmente lo mismo, pero puso énfasis en que la suspensión de derechos políticos de los gobernados, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta al pronunciar sentencia condenatoria, *debe decretarse únicamente por la autoridad judicial*, aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones.

<sup>31</sup> De rubro Derechos políticos. El juez natural debe decretar expresamente su suspensión al pronunciar sentencia condenatoria y no sólo ordenar el envío del oficio respectivo a la autoridad electoral, "Para los efectos de su competencia", pues esa omisión viola en perjuicio del gobernado la garantía de exacta aplicación de la ley penal, en *Semanario Judicial de*

la suspensión de derechos políticos de los gobernados, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta al pronunciar sentencia condenatoria, debe decretarse únicamente por la autoridad judicial,<sup>32</sup> si el juzgador no decreta expresamente dicha suspensión y únicamente informa al Registro Federal de Electores “para los efectos de su competencia”, “la autoridad electoral, en una interpretación inadecuada de ese comunicado, podría suspender los derechos políticos del sentenciado sin estar autorizada legalmente para ello, pues no debe perderse de vista que la intención del legislador fue, precisamente, señalar cuál autoridad judicial local o federal está facultada para decretar la suspensión de los derechos políticos de los gobernados, y a cuál [sic] corresponde sólo ejecutar la orden”.

- d) En mayo de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prescribió, en la jurisprudencia 1a./J. 67/2005, que esta causa de suspensión de los derechos políticos se establece *por ministerio de ley* como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión: “la suspensión de derechos por ministerio de ley, es la que de manera intrínseca se produce como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión, que el juez debe tomar en cuenta ineludiblemente al dictar sentencia”.<sup>33</sup>

La circunstancia de que la suspensión de derechos políticos se imponga por ministerio de ley implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis consti-

tucional —como cuando se extingue una pena privativa de libertad—, *no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata*.

En razón de lo anterior, “es innecesario que en estos casos el Ministerio Público (del fuero común o del fuero federal) solicite la indicada suspensión en la etapa procedimental en la que formula sus conclusiones acusatorias. En consecuencia, si el órgano jurisdiccional, al momento de dictar la sentencia respectiva y en ejercicio de sus facultades, suspende los derechos políticos del sentenciado, no rebasa la acusación, ya que dicha suspensión no está supeditada a la solicitud del Ministerio Público, sino a lo dispuesto por una norma constitucional, la cual se desarrolla por otra de carácter secundario en los términos apuntados”.<sup>34</sup>

- e) En septiembre de 2006, al resolver la contradicción de tesis 8/2006-PS,<sup>35</sup> la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que en el supuesto previsto en la fracción III del artículo 38 constitucional “la suspensión de derechos políticos es una sanción que se produce como consecuencia necesaria de la pena de prisión, por lo que su naturaleza es accesoria, pues deriva de la imposición de la pena corporal y su duración depende de la que tenga ésta”.

Como consecuencia de lo anterior, la referida Sala prescribió que la aplicación de la suspensión de derechos políticos *como sanción accesoria* no corresponde al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo.

De lo anterior se deriva que “cuando la pena de prisión es sustituida, la suspensión de derechos políticos como pena accesoria de la primera, sigue la misma suerte que aquella, pues debe entenderse que se sustituye la pena en su

la Federación y su Gaceta, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XXII, septiembre de 2005, p. 1282.

<sup>32</sup> Ya en la jurisprudencia I.6o.P. J/8, inmediatamente citada, se prescribe que la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por la comisión de un delito, “debe ser decretada necesariamente en la sentencia por la autoridad judicial y no por la autoridad electoral, a quien únicamente le corresponde ejecutar dicha pena impuesta por la autoridad judicial local o federal”.

<sup>33</sup> Derechos políticos. Para que se suspendan con motivo del dictado de una sentencia que imponga una sanción o la pena de prisión, no es necesario que así lo haya solicitado el Ministerio Público, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Primera Sala, tomo: XXII, julio de 2005, p. 128, Tesis: 1a./J. 67/2005 jurisprudencia.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> Jurisprudencia 1a./J. 74/2006, de rubro Suspensión de derechos políticos. Al ser una sanción accesoria de la pena de prisión cuando ésta es sustituida incluye también a la primera, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Instancia: Primera Sala, tomo: XXIV, diciembre de 2006, p. 154.

integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos que le es accesoria”.<sup>36</sup>

- f) El 28 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo un pronunciamiento en torno a esta fracción en el sentido de que “tiene la naturaleza de una pena o sanción accesoria, es decir, no es una pena que se impone en forma independiente, sino una sanción que se deriva –por ministerio de ley– de la imposición de una pena privativa de la libertad la que vendrá a ser la pena principal, respecto a la suspensión como pena accesoria”.<sup>37</sup>

Así, conforme a los criterios de los tribunales del PJF en materia penal, se obtiene que, por lo que se refiere a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos durante la extinción de una pena corporal, se concluye:

1. La referida suspensión por esta causa no es de naturaleza administrativa, puesto que sólo un juez puede decretarla, aun en caso de que no exista pedimento por parte del Ministerio Público en el pliego de conclusiones.
2. A la autoridad administrativa electoral sólo le compete ejecutar la referida suspensión.
3. Si el juez competente no decreta la referida suspensión en la respectiva sentencia, la autoridad administrativa encargada de ejecutarla no puede hacerlo *motu proprio*.
4. La suspensión de derechos por esta causa es una pena accesoria y su duración depende de la que tenga la pena de prisión principal.
5. Si la pena de prisión es sustituida, también lo debe ser la de suspensión de derechos políticos.

<sup>36</sup> En la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteró que “la suspensión de derechos políticos, en tanto de naturaleza accesoria a la pena privativa de libertad, iniciará y concluirá simultáneamente con esta última (lo accesorio sigue la suerte de lo principal)”.

<sup>37</sup> Lo que ya había sido afirmado en la jurisprudencia 1a./J. 74/2006.

Cabe precisar que de una lectura de cierta parte de la jurisprudencia 1a./J. 67/2005<sup>38</sup> y de cierta parte de la jurisprudencia 1a./J. 74/2006,<sup>39</sup> se puede generar la idea de que puesto que la suspensión de derechos durante la extinción de una pena corporal es una sanción accesoria que no corresponde al juzgador, sino que es impuesta por ministerio de ley que opera de manera inmediata y que, por tanto, no requiere de un acto de voluntad diverso, entonces la autoridad administrativa electoral puede *motu proprio* ejecutar dicha suspensión sin que medie mandamiento expreso del juzgador. En otras palabras, en lo que toca a esta fracción no se cuenta con criterios claros.

En términos generales, en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación identificó tres modalidades de suspensión de derechos políticos prescritas en el artículo 38 constitucional, consistentes en:

- a) Suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal (fracción II).
- b) Suspensión derivada de una condena con pena privativa de libertad (fracción III).
- c) Suspensión que se impone como pena autónoma, concomitantemente o no con una pena privativa de libertad (fracción VI).

En torno a las mismas, el referido Pleno se pronunció en el sentido de que “podrán ser reguladas por los códigos punitivos locales y federal en la forma que el legislador ordinario considere conveniente –así lo establece el párrafo final del propio artículo 38 de la Constitución federal–, pero en ningún caso, podrán oponerse a la norma constitucional y, por lo tanto, su aplicación es preferente respecto a cualquier otra disposición que pudiera contradecirla. Lo anterior en acatamiento al principio de supremacía constitucional establecido

<sup>38</sup> La circunstancia de que la suspensión de derechos políticos se imponga por ministerio de ley implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional –como cuando se extingue una pena privativa de libertad–, no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata.

<sup>39</sup> La aplicación de la suspensión de derechos políticos como sanción accesoria no corresponde al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo.

en el art. 133 de la Constitución federal” (las cursivas son añadidas). Inmediatamente después, el referido órgano jurisdiccional puntualizó:

las causas por las que dicha suspensión puede ser decretada son independientes y tienen autonomía entre sí, de manera tal que una misma persona puede estar privada de sus derechos políticos durante un periodo de tiempo sin solución de continuidad, por tres causas diferentes: a) por estar sujeta a proceso por delito que merezca pena corporal; b) por sentencia ejecutoria que imponga pena privativa de libertad y, c) por cumplimiento de una pena de suspensión de derechos políticos.

Respecto de la causa prevista en el artículo 38 constitucional para que los derechos del ciudadano se vean suspendidos al *estar extinguiendo la pena de suspensión de derechos políticos, expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada*, en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que la suspensión de derechos políticos “como pena autónoma establecida en la fracción VI del artículo 38 constitucional puede revestir dos modalidades: cuando se impone como pena única, caso en el que surtirá efectos a partir de que cause ejecutoria la sentencia que imponga dicha pena y cuya duración será la establecida en la sentencia misma y, cuando se imponga simultáneamente con una pena privativa de libertad”.

En torno a la causa de suspensión de derechos políticos consistente en *estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal*, no existen precedentes relevantes.

#### V. LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Los casos que analizaremos son aquellos que han llegado al TEPJF y que consideramos son relevantes para discutir el contenido del artículo 38 constitucional en materia de suspensión de derechos políticos por cuestiones penales. Se trata de los asuntos nombrados por los correspondientes promoventes: Pedraza Longi, Orozco Sandoval, Sánchez Martínez y Godoy Toscano.

### 1. Caso Pedraza Longi (SUP-JDC-85/2007)

El 11 de diciembre de 2006, José Gregorio Pedraza Longi acudió al módulo de atención ciudadano del Registro Federal Electoral correspondiente a su domicilio solicitando el trámite de inscripción al padrón electoral. El 19 de enero de 2007, se le negó la expedición de su credencial de elector, debido a la no procedencia de su trámite, derivado de su situación judicial.

El 31 de enero de 2007, el actor promovió ante el módulo de referencia, la solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía, a la cual se le asignó el número 0721062202379. El 16 de enero de 2007, el Vocal del Registro Federal de Electores de la Junta Distrital Ejecutiva 06 en el estado de Puebla, emitió resolución de la promoción ante la instancia administrativa, calificando de improcedente la solicitud de expedición de Credencial para Votar presentada por Pedraza Longi, puesto que en la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores existía información proporcionada por el juez penal del Juzgado Mixto de San Juan de los Llanos Libres, Puebla, en la que se señalaba que se dictó en su contra auto de formal prisión por delitos sancionables con pena de prisión, por lo que fue suspendido de sus derechos políticos conforme a lo dispuesto en el artículo 38 constitucional. Debe mencionarse que Gregorio Pedraza se encontraba sujeto a libertad bajo fianza durante el proceso penal llevado a cabo en su contra, por haber sido acusado de delitos culposos no graves.

Notificado del fallo el día 19 de febrero de 2007, Pedraza Longi promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en contra de tal resolución. Durante el trámite, la magistrada instructora requirió el 28 de febrero de 2007 al juez de San Juan de los Llanos Libres, diversa información y documentación necesaria para la sustanciación y resolución del juicio.

En la sentencia del SUP-JDC-85/2007, la Sala Superior del TEPJF revocó la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, y ordenó se reincorporara en el padrón electoral y listado nominal correspondiente a su domicilio y se expidiera su credencial para votar con fotografía a Pedraza Longi.

En el estudio respectivo se señaló que José Gregorio Pedraza Longi solicitó su credencial para votar, la cual le fue negada por considerarlo suspendido en sus derechos político-electorales, fundamentándose

este supuesto en el artículo 38 constitucional, fracción II: por estar sujeto a un proceso criminal que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

En el estudio realizado, la Sala Superior consideró que las garantías plasmadas en la Constitución deben entenderse como principios mínimos, ampliándose por el legislador ordinario, o por convenios internacionales, que la misma Constitución señala en su artículo 133 como "Ley Suprema de la Unión". Aplicando los convenios al caso concreto, resultaba aplicable el artículo 25 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, en el sentido de que a las personas a quienes se prive de la libertad, pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho de votar, por lo tanto debe permitírsele ejercer el derecho a votar y por consiguiente, el alta en el Padrón Electoral y la expedición de la credencial de elector que solicitó.

Aunado a esto, se apoyaba en lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo relativo al derecho a la presunción de inocencia, reconocido éste a través de diversos instrumentos internacionales, como lo cita el numeral 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Por consiguiente, se consideró que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, mediante la cual se le prive de la libertad, no debe ser suspendido en su derecho político-electoral de votar.

En la argumentación se menciona que como no hay una pena privativa de libertad que reprima al actor en su esfera jurídica o que le impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión en su derecho político-electoral de votar.

En los hechos, al actor, al ser procesado y por tratarse de delitos catalogados como no graves y satisfacer las exigencias que dispone el artículo 350 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del estado de Puebla, se le concedió la libertad bajo fianza, por ende, cuando la pena de prisión se extingue, la suspensión de derechos políticos, al ser una pena accesoria, sigue la suerte de la

principal, por lo que si se sustituye ésta, la suspensión de derechos deja de surtir sus efectos.

Tomando en cuenta que el artículo 46 del Código Penal federal amplía la garantía constitucional que prevé la fracción II del artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es improcedente ordenar en el auto de formal prisión la suspensión de derechos políticos del procesado, pues la pena comenzará desde que cause estado la sentencia respectiva y durará el tiempo de la condena.

Los derechos políticos y prerrogativas son inherentes a la ciudadanía y ésta no puede ser fraccionada, por lo que con base en el artículo 24 de la Constitución Política del estado de Puebla, al continuar el actor en su carácter de ciudadano, puede ejercer de manera plena sus derechos y prerrogativas en todo el territorio nacional, y en consecuencia la posibilidad de votar, no obstante encontrarse sujeto a un proceso penal.

Por lo tanto se resolvió por unanimidad de votos, que se revocara la resolución emitida por la instancia administrativa, ordenándose que se reincorporara en el Padrón Electoral y listado nominal correspondiente y se expidiera la credencial para votar al ciudadano José Gregorio Pedraza Longi, con el fin de que no se le vulnere la posibilidad de ejercer su derecho al sufragio.

En la sentencia también se reconoció la posibilidad de que una sentencia posterior suspendiera los derechos del actor, por lo cual en uno de los puntos resolutive se señaló que en caso de dictarse sentencia condenatoria privativa de libertad, el juez de la causa debería de inmediato comunicarlo al Instituto Federal Electoral para que, por conducto del Registro Federal de Electores, se procediera a darlo de baja del padrón electoral y listado nominal correspondiente a su domicilio.

## 2. Caso Orozco Sandoval (SUP-JDC-98/2010)

Tomando un criterio similar, la Sala Superior del TEPJF resolvió el caso de Martín Orozco Sandoval, a quien se le había impedido su registro como candidato del Partido Acción Nacional para contender por el cargo de gobernador del estado de Aguascalientes. La razón de la negativa radicaba en que se le atribuía la comisión de diversos

ilícitos durante el desempeño del encargo de presidente municipal del Ayuntamiento de Aguascalientes.

En este caso, Martín Orozco Sandoval se encontraba sujeto a un procedimiento penal y sí contaba con auto de formal prisión, pero no se hallaba en ejecución de una pena corporal, debido a la libertad bajo caución de la cual gozaba, y de la suspensión definitiva del acto reclamado (auto de formal prisión y todas las consecuencias que de hecho y de derecho se generen) que había otorgado en un juicio de amparo el Juez Tercero de Distrito en Aguascalientes. De manera similar al caso Pedraza Longi, Martín Orozco Sandoval tampoco había sido condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le podría privar de la libertad.

Respecto de los amparos que tramitó, que controvertían la orden de aprehensión girada en su contra y el auto de formal prisión, éstos le habían sido concedidos, caucionando su libertad durante el proceso penal. Igualmente estaba activo en el padrón electoral y en la lista nominal de electores.

Estas consideraciones sustentan la afirmación de que cumplía con los requisitos de elegibilidad para ser gobernador del estado según el artículo 37 de la Constitución Política del estado de Aguascalientes, estando en pleno ejercicio de sus derechos, luego entonces, no había razón de suspenderle en su derecho de votar y ser votado, así como tampoco de negarle el registro como candidato del Partido Acción Nacional para ser gobernador del estado.

Se revocaron, para los efectos precisados en la ejecutoria, la resolución emitida por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Aguascalientes, que negó la solicitud de registro de Martín Orozco Sandoval como candidato del Partido Acción Nacional a gobernador del referido estado, restituyéndolo en pleno uso y goce de sus derechos político-electorales, ordenando otorgar el registro mencionado con antelación.

Conforme al criterio de la tesis jurisprudencial XV/2007 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se señala que sólo procede la suspensión de los derechos político-electorales prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional cuando se prive de la libertad al ciudadano. Exponiendo que aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habersele otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere re-

cluido a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales, pues al no haberse privado la libertad personal y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos.

### 3. Caso Sánchez Martínez (SUP-JDC-157/2010 y SUP-JRC-173/2010 Acumulado)

El 16 de marzo de 2010 dio inicio el proceso electoral ordinario en el estado de Quintana Roo. Posteriormente, el 27 de abril siguiente los representantes de los partidos de la Revolución Democrática, Convergencia y del Trabajo, presentaron para su registro ante el Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo, el convenio de la coalición total y la plataforma política común, para la elección de gobernador del estado, y el 30 de abril se aprobó el registro de la coalición “Mega Alianza Todos por Quintana Roo.

El 1 de mayo de 2010, se presentó ante el Consejo la solicitud de registro de Gregorio Sánchez Martínez, como candidato a gobernador de Quintana Roo, mismo que fue aprobado el 6 del mismo mes y año.

El 1 de junio de 2010, el Juez Segundo de Procesos Penales Federales de El Rincón, municipio de Tepic, Nayarit, dictó auto de formal prisión en contra de Gregorio Sánchez Martínez por su probable responsabilidad en la comisión de diversos delitos, por lo cual el 3 de junio posterior, el Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo determinó cancelar el registro de Gregorio Sánchez Martínez, como candidato a gobernador de dicho estado.

El 4 de junio de 2010, Gregorio Sánchez Martínez presentó ante el Instituto Electoral de Quintana Roo, una demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano registrado como expediente SUP-JDC-157/2010. El 6 de junio, la representante de la coalición mencionada, presentó ante el citado Instituto Electoral, una demanda de juicio de revisión constitucional electoral (expediente SUP-JRC-173/2010).

En la sentencia se encontró justificado el *per saltum*, solicitado por Gregorio Sánchez Martínez y la representante de “Todos por Quintana Roo”, tomando en cuenta la proximidad de la jornada electoral local que se realizaría el 4 de julio de 2010, y que cualquier retraso en la resolución de los presentes asuntos podría ocasionar un perjuicio

irreparable a los enjuiciantes en el resultado de la jornada electoral, a Gregorio Sánchez Martínez por impedírsele ser votado, en tanto que a la coalición por cancelársele el registro de su candidato para la elección para gobernador de dicha entidad.

En lo que respecta a los agravios planteados por la coalición y por Gregorio Sánchez Martínez, se pueden dividir en los siguientes ejes temáticos:

#### *A. Violaciones procesales y formales en la emisión del acuerdo reclamado*

En la demanda se adujo que el análisis de la elegibilidad de los candidatos puede presentarse en dos momentos: el primero, cuando se lleva a cabo el registro de los candidatos ante la autoridad electoral; y, el segundo, cuando se califica la elección, por lo cual el actor consideraba que se violaba en su perjuicio el debido procedimiento, al no existir las condiciones legales que sustentaran el análisis de elegibilidad, fuera de los supuestos legales y procesales previstos en la legislación aplicable.

El agravio se estimó infundado, puesto que la actuación de la autoridad se dio en cumplimiento de un mandato constitucional ante la inhabilitación de uno de los candidatos registrados en la contienda.

#### *B. Violaciones de fondo en el dictado del acuerdo de cancelación de candidatura*

Debe mencionarse que se dictó auto de formal prisión contra Gregorio Sánchez Martínez, como probable responsable de los delitos de:

1. Delincuencia organizada previsto en el artículo 2o., fracción I (hipótesis de delito contra la salud), y III (hipótesis de tráfico de indocumentados), del Código Penal federal.
2. Contra la salud, en la modalidad de colaborar de cualquier manera al fomento de la comisión o ejecución de delito contra la salud, previsto en el artículo 194, fracción III del Código Penal federal.
3. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, en su modalidad de: depósito dentro del territorio nacional, de recursos

con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de alentar alguna actividad ilícita, previsto en el artículo 400 bis, cuarto párrafo del Código Penal federal.

Al momento de la presentación de la demanda, se constató que Gregorio Sánchez Martínez se encontraba sujeto a proceso penal, en el que le recayó un auto de formal prisión, por virtud del cual se encontraba privado de su libertad, y por ser los delitos imputados considerados como graves, no operaba el beneficio de libertad bajo caución. Como consecuencia se le dio de baja en el padrón electoral, lo cual conlleva que la posesión de su credencial para votar no produce efecto jurídico alguno.

Se estimó en la sentencia que no es concebible que una persona que se encuentra privada de su libertad en un centro penitenciario pueda ser candidato a elección popular, pues estaría imposibilitado para asumir o ejercer el cargo por el cual contiene. Luego entonces, se consideró que está impedido jurídica y materialmente para el ejercicio de sus derechos político-electorales.

Asimismo, se consideró que al ser procedente la cancelación del registro de Gregorio Sánchez Martínez, como candidato al cargo de gobernador del estado de Quintana Roo, no puede realizar actos de campaña en su favor, ya que éstos tienen por objeto el convencer al electorado de que sufraguen a favor de una persona que pueda asumir y ejercer un cargo de elección popular. Ello imponía la necesidad de que la coalición que lo postuló, debía solicitar la sustitución de su candidato en la elección de gobernador, so pena de perder su derecho a realizarlo.

#### *C. Agravios vinculados con los efectos de la cancelación de la candidatura respectiva*

La coalición enjuiciante alegó en la demanda del juicio de revisión constitucional acumulado, que el acto reclamado resulta contrario a derecho por ordenarse el retiro de la propaganda en plazo improrrogable de cinco días, sin dar oportunidad de sustituirla por otra parte del mismo género, además del retiro inmediato de la propaganda, el cambio de boletas electorales y de candidato, la mención sobre la

definitividad de las boletas electorales y la advertencia sobre el retiro de la totalidad de la propaganda, no se encuentran previstas en la legislación, por lo que la responsable resolvió en exceso al imponer esas sanciones como inusitadas y trascendentes.

La alegación se estimó infundada, puesto que al ser demostrado que Gregorio Sánchez Martínez está impedido para ser candidato de la coalición multicitada por estar privado de su libertad, es evidente que su nombre no puede ser incluido dentro de las opciones que someterán a votación ante la ciudadanía, pues al estar impedido para ejercer el cargo, tal situación afectaría el principio de certeza y la efectividad del derecho del voto de los ciudadanos quintanarroenses.

Al haberse confirmado la cancelación del registro de Gregorio Sánchez Martínez como candidato a gobernador del estado por la coalición “Mega Alianza Todos por Quintana Roo”, la Sala Superior estimó procedente vincular al Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo para emitir un acuerdo en el cual se determinara otorgar un plazo de cuarenta y ocho horas a la coalición para sustituir su candidato, además de sustituir el nombre en las boletas electorales y demás documentación electoral para la elección de gobernador del estado de Quintana Roo, así como garantizar a la coalición la realización de la correspondiente campaña electoral, mediante los actos de campaña y el empleo de la propaganda electoral pertinente.

Debe mencionarse que la decisión se adoptó por mayoría de votos, con un voto en contra y dos votos concurrentes.

#### 4. Caso Godoy Toscano

En el caso del ciudadano Julio César Godoy Toscano, resuelto en el expediente SUP-JDC-670/2009, se le suspendieron sus derechos político-electorales justo después de haber sido electo como diputado federal, pues no se le permitió el acceso al recinto oficial para la toma de protesta, así como el registro y credencialización que lo acreditarían en el cargo, esto por estar en calidad de prófugo de la justicia, y tener un libramiento de orden de aprehensión girado en su contra, encuadrándose inmediatamente en el artículo 38, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por consiguiente, el criterio aplicado al caso del ciudadano Godoy Toscano, al no ser la norma impugnada la fracción II del artículo cons-

titucional, sino la fracción V que refiere a la suspensión de derechos políticos por encontrarse prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, es distinto, pues la fracción II hace alusión a suspensión de derechos políticos por causa de procesamiento penal, y la fracción V por la condición de estar prófugo de la justicia.

Sin embargo, consideramos que en cierto punto concurren ambas fracciones, pues, para que pueda considerarse prófugo de la justicia, tendría que haberse dictado con anterioridad una orden de aprehensión en su contra; sin embargo, la diferencia en sus efectos es el término de dicha suspensión, dicho de otra manera, la rehabilitación de sus prerrogativas, pues al no estar materialmente recluido el sujeto durante el proceso penal, el efecto de la fracción V es que la suspensión de derechos se extinguirá hasta que se agote el término de la media aritmética de la pena del delito del que se trate.

En efecto, la motivación utilizada por el Tribunal Electoral para la resolución del “caso Pedraza” fue en cierta medida aplicable en los criterios para el “caso Godoy”, específicamente en el principio de presunción de inocencia, la cual está contenida en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución, que dispone, como derecho de toda persona imputada, a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Sin embargo, al caso concreto, y situado el ciudadano Julio César Godoy Toscano en la hipótesis consignada en la fracción V del artículo 38 constitucional, prófugo de la justicia y al cual le fue librada una orden de aprehensión en su contra, sustraído de la justicia, y dado que se demostró que se habían llevado a cabo investigaciones para poder localizarlo y se lograra su comparecencia al juicio sin que ello fuera posible, se constató que el sujeto se encontraba prófugo de la justicia.

Aunado a lo anterior, el delito que se le imputó no evidencia argumento alguno para la posibilidad jurídica de que le sea concedido beneficio de libertad bajo caución, durante su proceso, pues supuestamente cometió un delito considerado como grave.

Finalmente, dado que el sujeto no se encontraba presente materialmente, por ende no podría desempeñar el cargo, así que se confirmó la determinación de negar el registro del actor en su carácter de diputado federal y la expedición de su respectiva credencial.

Debe agregarse, que con posterioridad, el 23 de septiembre de 2010, Godoy Toscano tomó protesta como diputado federal; sin embargo, se inició el procedimiento de declaración de procedencia que permitirá, si fuere el caso, su encausamiento penal sin la inmunidad procesal que le otorga la investidura de representante popular. Además, en octubre de 2010, renunció al partido político en el que militaba.

Cabe finalmente reflexionar, en términos generales, en torno a la delicada relación que, en torno al tema estudiado, guardan los derechos de ser votado y de votar. En efecto, en los casos anteriores se ha resaltado la tutela del derecho político a ser votado, pero se ha omitido el estudio del ejercicio de votar. En efecto, desde el punto de vista de los electores, el hecho de que un candidato registrado sea suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos, entre ellos el de ser votado, le priva, en principio, de una opción política, lo que puede dar lugar a que la elección deje de ser competida o decaiga el interés de los ciudadanos en el proceso electoral.

En este sentido, la suspensión de los derechos políticos de un candidato no debe recibir exclusivamente atención en cuanto que implica la afectación del ejercicio de derechos fundamentales de una determinada persona, sino también en cuanto puede afectar las opciones del electorado, que tiene a su vez un impacto relevante en la forma republicana de gobierno.

En ésta la participación ciudadana es vital, pero si el electorado ve reducidas sus opciones políticas, en razón de la suspensión de derechos políticos decretada a un candidato, dicha participación se puede ver afectada, ya sea porque la opción de preferencia del elector ha sido cancelada o bien porque el interés ciudadano decaiga ante la disminución de competidores. Si bien es posible afirmar que se trata de evitar que en la elección participe un presunto delincuente, no es menos cierto que, aun en el supuesto de que se eligiera a una persona a la que posteriormente se le impute la comisión de ilícitos penales, siempre es posible recurrir al retiro del fuero constitucional para su debido procesamiento.

## VI. JURISPRUDENCIA COMPARADA

A continuación se revisan cuatro casos que han sido relevantes en el derecho comparado y que podemos relacionar con la suspensión de

derechos políticos que aquí analizamos. El primero, conocido como *August and Another v. Electoral Commission and Others*, está referido a Sudáfrica y se resolvió en 1999. El segundo es el caso *Mignone*, resuelto en Argentina en 2000. Un tercer caso es *Sauvé v. Canada*, de 2002, y el cuarto es *Hirst v. United Kingdom*, de 2005.

Sin embargo, antes de revisar tales precedentes, resulta relevante relatar, al menos, el paradigmático caso de Eugene Víctor Debs, líder sindical norteamericano que el 16 de junio de 1918 dirigió un famoso discurso para manifestar su oposición a la participación de su país en la Primera Guerra Mundial. A causa de este discurso Debs fue arrestado y sentenciado a 10 años de prisión, bajo cargos relacionados con la legislación que combatía el espionaje en esa época de guerra. Debs es igualmente recordado por haber llevado su propia defensa y haber dirigido una de las más recordadas piezas de oratoria forense en Estados Unidos. En 1920, mientras purgaba su pena en una cárcel federal, Debs compitió, por quinta y última vez, como candidato a la presidencia de su país, postulado por el Partido Socialista. Aun dirigiendo su campaña desde la prisión, Debs obtuvo cerca de un millón de votos (919 799) ciudadanos, pero ninguno electoral, no obstante se colocó en el tercer lugar de las preferencias populares; perdió ante el candidato republicano Warren G. Harding (16 152 200 votos populares), quien una vez presidente le conmutó la pena a Debs.

### 1. August and Another v. Electoral Commission and Others, 1999

Este caso data de 1999, cuando la Corte Constitucional de Sudáfrica dio entrada al reclamo de un grupo de prisioneros que pedían que la Comisión Electoral hiciera los ajustes necesarios para permitir que todas las personas privadas de su libertad se registraran y votaran desde su sitio de reclusión. Su argumento partió del supuesto que la Constitución de Sudáfrica es la ley suprema de esta nación y por lo tanto se debe respetar el derecho al sufragio universal estipulado en la ley.

En su sentencia, la Corte argumentó que el sufragio universal por definición impone obligaciones positivas en los poderes legislativo y ejecutivo, y que por lo tanto la Ley Electoral debe ser interpretada de manera que haga efectivas las declaraciones, garantías y responsabi-

dades constitucionales pertinentes. Asimismo, la Corte reconoció que muchas democracias han limitado el derecho al voto de los presos, pero puntualizó que estas limitaciones sólo pueden ser impuestas con base en un argumento razonable que pruebe que la norma protege un interés público superior al principio de sufragio universal.

Por otra parte, la Corte no opinó sobre si el poder legislativo tiene derecho a limitar el voto de los presos, pero sí enfatizó que su sentencia no pretende impedir que dicho poder tipifique los casos en que algunos presos podrían ser privados del mismo. Ante la falta de este tipo de legislación, la Corte consideró que la Constitución protege el derecho al voto de los presos y que ni la Comisión Electoral ni la Corte misma tienen el poder para limitar el sufragio universal.

Uno de los fundamentos utilizados fue el artículo 10.1 de la *Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, que prescribe que los inculcados privados de su libertad deben ser tratados con humanidad y con respeto a su dignidad de seres humanos; así como en el artículo 10.3, donde se determina que el sistema penitenciario de los países firmantes debe tener como objetivo la reforma y rehabilitación social de los detenidos.<sup>40</sup>

La Corte concluyó pidiendo a la Comisión Electoral que hiciera los ajustes necesarios para permitir a todos los presos votar para cargos de elección popular desde su sitio de reclusión. Hasta la fecha, a todos los presos sudafricanos, sin importar la causa de su encarcelamiento, se les respeta su derecho a votar.

## 2. Caso “Mignone”, 2000

En Argentina, encontramos que la Cámara Nacional Electoral, al fallar el caso “Mignone” declaró la inconstitucionalidad del artículo tercero, inciso d, del Código Electoral Nacional. Tal precepto señalaba que se excluían del padrón electoral para votar a “Los detenidos por

<sup>40</sup> Mandeep K. Dhami. “Prisoner disenfranchisement policy: A threat to Democracy?”, *Analysis of Social Issues and Public Policy*, vol. 5, núm. 1, 2005. Dicho artículo determina en sus dos disposiciones lo siguiente: “Artículo 10. 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. [...] 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Francisco Quintana García, *Instrumentos básicos de derechos humanos*, Porrúa, México, 2003, pp. 208-209.

orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”. En la sentencia se señala que “la norma cuestionada aparece, *prima facie*, como manifiestamente contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el principio de inocencia y al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que limita la reglamentación de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal. Y si alguna duda cupiera al respecto, sería aplicable la máxima *in dubio pro amparo*”.<sup>41</sup>

El amparo se pidió en abstracto, sin que hubiera una aplicación de dicha normativa. Sin embargo, más tarde el criterio se reiteraría en el caso “Zárate”. En dicho amparo el actor promovió “en su condición de procesado con prisión preventiva” solicitando se garantizara su derecho a votar en las elecciones nacionales que se celebrarían ese mismo año.

En la sentencia se dijo que “la restricción de tener acceso al acto electoral, impuesta al recurrente por su condición de procesado, constituye un trato incompatible con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” y resolvió ordenar al tribunal responsable “que deberá arbitrar los medios a su alcance a fin de hacer efectivo, en las próximas elecciones nacionales, el ejercicio del derecho a votar del señor Marcelo Antonio Zárate, estando a cargo de ese Tribunal todo lo relativo a su seguridad”.<sup>42</sup>

El tema sería objeto de atención legislativa en 2003, para contemplar el ejercicio del derecho de voto a quienes se encontraran en prisión preventiva. A tal fin, se expidió la Ley 25.858, promulgada el 29 de diciembre de 2003, cuyo artículo 4o. incorporó al Código Electoral Nacional, el siguiente artículo:

<sup>41</sup> Fallo núm. 2807/2000, de la Cámara Nacional Electoral, de 10 de octubre de 2000. En <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00008/00022158.Pdf>. Consulta: 23 de septiembre de 2010. El asunto resulta relevante también por el hecho de que se discutieron dos temas de interés jurídico: la legitimación del promovente, en este caso el señor Emilio Fermín Mignone en el carácter de representante legal de la asociación civil Centro de Estudios Legales y Sociales, así como de la vía de amparo.

<sup>42</sup> Fallo núm. 3142/2003, de la Cámara Nacional Electoral, de 20 de mayo de 2003. En <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00017/00022087Pdf>. Consulta: 23 de septiembre de 2010.

Artículo 3 bis. Los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos electorarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos.

A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades.

Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que le corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al distrito en el que estén empadronados.

Dicha norma quedaba sujeta, conforme con el artículo 5o. de la misma Ley 25.858 a que el Ejecutivo la reglamentara para poder entrar en vigor. La reglamentación se daría hasta 2006.

### 3. *Sauvé v. Canada* (núm. 2), 2002

El caso data de 1992, cuando la Corte Suprema de Canadá concluyó de manera unánime que la Sección 51 (e) de la Ley Electoral de Canadá de 1985 (en adelante "la Ley Electoral") era inconstitucional y por lo tanto los presos no pueden ser privados de su derecho a votar. Con el fin de atender la sentencia de la Corte, el Parlamento de Canadá decidió enmendar dicha norma, permitiendo votar únicamente a presos con sentencias de dos años o menos, pero privando de este derecho al resto de la población penitenciaria. El caso regresó a la Corte en 2002, quien ratificó la inconstitucionalidad de la Ley Electoral y sostuvo que la Sección 51 (e) representaba una violación flagrante a los artículos 1 y 3 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

En opinión de la mayoría, el derecho al voto es una piedra angular de la democracia y el Estado de derecho, lo que obliga tanto a jueces como a legisladores a examinar con mucho cuidado cualquier intento de limitar el sufragio universal. En este sentido, la mayoría consideró que la argumentación del gobierno de Canadá en defensa de privar a los presos de su derecho al voto no sólo fue deficiente, sino que fracasó en su intento de establecer una conexión racional entre la norma y un interés público superior al sufragio universal. Además, la mayoría rechazó que privar a delincuentes de su derecho al voto

promueva valores cívicos o el respeto al Estado de derecho, pudiendo, por el contrario, incrementar el desprecio por las leyes y la democracia electoral. Dado que la legitimidad de las leyes y la obligación a respetarlas emana del derecho de cada ciudadano a votar, al privar a los presos del mismo se pierde una herramienta pedagógica clave para inculcar valores democráticos y un sentido de responsabilidad social. Esta norma, por lo tanto, va en contra de valores democráticos insoslayables como la igualdad y la participación, además de que violenta la dignidad de cada persona y atenta contra la espina dorsal de la democracia canadiense y la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

En lo que se refiere a la posibilidad de que privar a los presos de su derecho al voto constituya un castigo justo, la mayoría consideró que el gobierno de Canadá no presentó una teoría creíble sobre por qué y en qué casos limitar un derecho democrático fundamental pueda servir como castigo para un delincuente. Además, en opinión de la mayoría, la arbitrariedad de la norma la priva de toda legitimidad, ya que no tipifica entre delitos merecedores de este castigo ni presenta evidencia en el sentido de que privar a los presos de su derecho al voto resulte en menos crímenes o la readaptación social de los criminales.

A partir de *Sauvé v. Canada* (núm. 2), todos los adultos tienen derecho a votar en todas las elecciones para cargos de elección popular en Canadá, pese a que hasta la fecha el Parlamento no ha enmendado la Ley Electoral para armonizar la norma con la sentencia de la Corte.

### 4. *Hirst v. United Kingdom* (núm. 2), 2005

El caso data de 2001, cuando el ciudadano británico, John Hirst, condenado a cadena perpetua por homicidio involuntario, se presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de Gales e Inglaterra (en adelante "Tribunal Superior") reclamando que se le permitiera votar en elecciones tanto locales como generales del Reino Unido. Hirst había sido privado de su derecho al voto con base en el artículo 3 del Protocolo Primero de la Ley de Representación Popular de 1983, el cual prohíbe a personas condenadas a prisión votar mientras permanezcan reclusas en una institución penal. En su sentencia, el Tribunal Superior rechazó el caso por improcedente.

En 2004, Hirst apeló la sentencia del Tribunal Superior ante una de las salas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual declaró de manera unánime que el artículo 3 de la Ley de Representación Popular de 1983 representaba una violación flagrante al sufragio universal. Sin embargo, a los pocos meses, esta sentencia fue apelada por el gobierno del Reino Unido ante la Gran Sala del TEDH, argumentando que la privación del derecho al voto tiene como objetivo prevenir el delito y castigar a los delincuentes, fortaleciendo su responsabilidad cívica e inculcando el respeto al Estado de derecho. Además, el gobierno del Reino Unido aseguró que al romper el contrato social —es decir, al cometer un delito que amerite prisión— los presos condenados pierden su derecho a participar en procesos cívicos durante la duración de su sentencia.

El 6 de octubre de 2005, la Gran Sala del TEDH concluyó que la prohibición general del derecho al voto de prisioneros británicos contradice los acuerdos de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la cual no sólo fue ratificada por el gobierno británico, sino incorporada a su normatividad a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998, aprobada por el Parlamento del Reino Unido y promulgada por la reina Isabel II ese mismo año. Sin embargo, en su sentencia, la Corte no pidió que se restaure el derecho al voto de todas las personas privadas de su libertad; más bien sostuvo que para privar a una persona de este derecho, la ley debe ser compatible con el artículo 3 del Protocolo Primero de la CEDH, obligando así al Reino Unido a probar que la norma protege un interés público superior al principio de sufragio universal. Por lo tanto, en su sentencia la Corte dejó abierta la posibilidad de eliminar el voto de los presos condenados por determinado tipo de delitos, o para que los jueces dictaminen que privar a un preso de su derecho al voto es parte de su condena.

Pese a que la Corte concluyó que el artículo 3 del Protocolo Primero de la Ley de Representación Popular de 1983 violaba el derecho al voto de los presos, y que pidió al gobierno británico armonizar sus normas electorales con el derecho internacional y su propia Ley de Derechos Humanos de 1998; hasta la fecha, las leyes británicas no han sido reformadas para permitir el sufragio de los presos.

## VII. REFLEXIONES ACERCA DE UNA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las bases del constitucionalismo mexicano ha sido la eliminación de tribunales y procedimientos inquisitoriales, donde la inocencia se tiene que probar y la culpabilidad se presume. No obstante, la sombra de personajes, como Antonio López de Santa Anna, sobreviven actualmente, al aplicarse la suspensión de derechos políticos, de manera automática,<sup>43</sup> gracias al artículo 38, fracción II, todavía vigente en la Constitución mexicana y que proviene de las denominadas *Bases Constitucionales* de 1843, en cuyo artículo 21, fracción III, se despojaba de los derechos a cualquier ciudadano “por estar procesado criminalmente, desde el acto motivado de prisión”.

La historia constitucional recoge los excesos de Santa Anna,<sup>44</sup> en la aprehensión de figuras públicas, como Francisco Zarco, que motivaron la inclusión de las garantías del debido proceso legal contenidas en el artículo 16 en la Constitución de 1857 y, entre los cuales, seguramente se encontraba el despojo de derechos ciudadanos fundado en dicha disposición.

Aunado a lo anterior, el contenido del artículo 38, en lo relativo a la suspensión de los derechos, fue ideado antes de insertar al Ministerio Público dentro de las atribuciones de los poderes ejecutivos, reforma que se actualizó por la iniciativa de Porfirio Díaz que se aprobó el 25 de mayo de 1900; por lo que, cuando la investigación de los delitos se adscribe como atribución, no de los jueces, sino de personal subordinado a los poderes ejecutivos, tanto federal como estatales, la consignación de delitos ante los jueces se convierte en una función

<sup>43</sup> Como el propio Tribunal Electoral lo hizo en una tesis aislada, al principio de sus actividades jurisdiccionales en 1999, en cuyo título se lee: Derechos político-electorales del ciudadano, la suspensión derivada de la hipótesis prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional opera de manera inmediata. El texto es más categórico al determinar: “La suspensión de derechos político-electorales del ciudadano, por encontrarse sujeto a un proceso criminal, opera *ipso facto*, esto es, basta estar en el supuesto señalado en esa norma constitucional, para que, instantáneamente, la autoridad electoral encargada de organizar todo lo relativo a las elecciones, a través de la que le corresponde el control del padrón electoral, se encuentre facultada, tan luego como conozca el acontecimiento relativo, para impedir el libre ejercicio del derecho político de sufragar, sin necesidad de declaración previa de diversa autoridad”. Tesis S3EL 003/99. *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Compilación Oficial, p. 491.

<sup>44</sup> Victoriano Salado Álvarez, *De Santa Anna a la Reforma*, J. Ballezá, México, 1903.

de colaboración de parte del órgano jurisdiccional a las pesquisas del Ministerio Público, que cuentan con la presunción de legalidad, y dan inicio a un proceso donde se comprobará la culpabilidad del acusado.

En el sistema actual, la persona acusada de cometer uno o varios delitos goza de una presunción de inocencia desde la reforma al Código Penal del 13 de enero de 1984, producto de la ratificación por parte de México el 3 de abril de 1982 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

Sin embargo, la Constitución de 1917 puede leerse con dos disposiciones contradictorias. Por un lado, la fracción II del artículo 38 establece la suspensión de derechos políticos desde el momento en que se dicta el auto de “formal prisión”; además, el mismo precepto determina en la fracción VI que la suspensión de los derechos ciudadanos procede por sentencia ejecutoria que imponga la pena de dicha suspensión. ¿Pueden coexistir lógicamente la hipótesis de la suspensión de derechos como pena, al momento en que un inculpa-do está únicamente vinculado a un proceso penal, por presumir su culpabilidad penal, con la disposición –de la misma jerarquía– que requiere una sentencia ejecutoria? ¿Es un auto dictado a petición del Ministerio Público equivalente a una sentencia ejecutoria? En pocas palabras, ¿es dable imponer una pena, como la suspensión de los derechos ciudadanos, cuando se tiene sólo la presunción de culpabilidad?

Esta contradicción de normas constitucionales, a nuestro parecer, no puede resolverse con la aplicación aislada de alguno de los preceptos, sino con la interpretación integral y sistemática del texto fundamental, apoyada en la revisión histórica de los principios constitucionales que tienen repercusión en el análisis que se realiza.

Al efecto, debe tenerse presente que la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, estableció en el artículo 20, apartado B, fracción I, el principio de presunción de inocencia, donde antes de aplicar cualquier pena, debe probarse ante el órgano jurisdiccional la culpabilidad del acusado. Es el caso que la misma Constitución mexicana califica como pena a la suspensión de derechos políticos, y así la doctrina jurídica la concibe.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Mónica González Contró, “Comentario al artículo 38 constitucional”, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo XVII, p. 523.

Esta y otras reformas constitucionales constituyen un cambio de rumbo que justifica con creces la interpretación que proponemos, misma que atiende a la protección de los derechos políticos, reconocidos no sólo por el texto constitucional mexicano sino por los instrumentos internacionales a que se ha obligado el Estado mexicano. Esto nos permite afirmar que se da una interpretación en el mismo nivel normativo, al referirse a mandatos constitucionales y, además, de una interpretación que es acorde con el compromiso contraído por el Estado mexicano al suscribir tratados en donde se hace evidente la protección de derechos de los mexicanos, lo cual refrenda la corrección de la interpretación que se propone aquí.

La interpretación sugerida tiene como eje la revisión del alcance de la suspensión de los derechos políticos, en aquellos asuntos de naturaleza penal, esencialmente los relacionados con la sujeción a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; por encontrarse extinguiendo una pena corporal, y por estar extinguiendo esa pena de suspensión expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada. Como puede advertirse, el tema aparece relacionado con la privación de la libertad o en términos más precisos con la reclusión del ciudadano, a efectos de encontrarse sujeto al proceso o en cumplimiento de una pena corporal que afecta la libertad personal.

En tal tenor, debe señalarse que la reclusión de ciudadanos sólo se justifica en nuestro sistema constitucional actual, con base en un sistema penitenciario que pretenda la reinserción del *sentenciado* a la sociedad, mediante su rehabilitación, tal como lo prescribe el artículo 18 constitucional, a partir de su reforma publicada el 23 de febrero de 1965. Debe señalarse que cuando se aprobó la fracción II del artículo 38 en 1917, no había sistema penitenciario, ni la detención de ciudadanos tenía reconocido ese objetivo, ya que el propio Constituyente originario no superó el legado porfirista en esta materia.

Muestra de lo anterior es el reconocimiento de la posible implementación de la pena de muerte en las entidades federativas, ante la falta de un sistema penitenciario, según se desprende de la discusión del original artículo 22 de la Constitución.<sup>46</sup> La abolición de la

<sup>46</sup> El 12 de enero de 1917 se discutió el artículo, donde se explicó por el Constituyente, en particular el diputado Gaspar Bolaños, que las penas son un medio para conseguir la “co-

pena de muerte acaecida mediante reforma constitucional del 9 de diciembre de 2005, abona en este cambio de dirección en la política penitenciaria y en el abandono del concepto de prisión que se tuvo cuando se aprobó la fracción II del artículo 38.

La pena de suspensión de derechos políticos se ha denominado como “muerte civil”,<sup>47</sup> pues priva a los ciudadanos de sus derechos políticos, como en el caso, no sólo de ser votado, sino también de votar, que en México no ha sido reconocido a las personas privadas de su libertad.

Aun en los Estados Unidos, que no ha suscrito las convenciones sobre derechos humanos que se han mencionado, y en donde más de la mitad de sus entidades federativas reconocen todavía la pena de muerte, en veinte estados, se priva del disfrute de los derechos políticos sólo por sentencia *condenatoria* con más de un año de prisión; y se ha reconocido judicialmente en otros estados dicho disfrute a ciudadanos privados de su libertad.<sup>48</sup> Por ello, Lyndon La Rouche pudo hacer campaña para presidente de ese país en 1992, desde su confinamiento en Minnesota.<sup>49</sup>

Asimismo, consideramos que los tratados internacionales deben aplicarse con prelación al derecho doméstico, tratándose de los derechos humanos más favorables a la persona, según la interpretación *a contrario sensu* del artículo primero de nuestra Constitución, que prohíbe la suspensión de derechos consagrados en la propia Constitución. Conforme con esto, la fracción II del artículo 38, queda rebasada en la actualidad por la fracción VI del mismo artículo, así como por la intención del Poder Constituyente permanente en sus reformas de 2005 y 2008 en materia de pena de muerte y de presun-

rección moral” del delincuente. Además, observó que la irrevocabilidad de tal pena no deja lugar a la enmienda de errores judiciales, por lo que la hace irreparable. Enrique Díaz Aranda, “La pena de muerte en México”, [www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulo/a\\_20080521\\_64](http://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulo/a_20080521_64).

<sup>47</sup> Nora V. Demleitner, “Continuing payment on one’s debt to society: The German model of felon disenfranchisement as an alternative”, *84 Minnesota Law Review* 753, abril, 2000, p. 757. Sudáfrica, por cierto, autoriza el derecho de ejercer el sufragio a los acusados privados de su libertad.

<sup>48</sup> Precedentes como *Locke v. Farrakhan* del estado de Washington y *Haydan v. Pataki* de Nueva York así lo hacen. En contraste, el caso de *Richardson v. Ramirez* 418 US 24 (1974), donde la Suprema Corte desechó el argumento de que sería inconstitucional toda legislación estatal que impusiera la pena de suspensión de derechos políticos.

<sup>49</sup> Incluso en los nuevos países surgidos del extinto bloque soviético, como lo es Latvia, se permitió a Alfred Rubiks llevar a cabo su campaña para la presidencia de su país en 1996.

ción de inocencia, refrendada por la *Convención Americana de Derechos Humanos* referida y la *Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*.

La ley suprema de la Unión, según reza el artículo 133 constitucional, en todos sus tres ordenamientos: la Constitución misma, a través de su interpretación sistemática, la ley federal que lo es el Código Penal y los tratados internacionales, respaldan *todos* la conclusión de que:

- a) La suspensión de los derechos políticos es una pena inconstitucional, ya que atenta contra los objetivos de las penas que son la rehabilitación del individuo.
- b) La pena de suspensión de derechos políticos prejuzga sobre la culpabilidad del acusado, contraviniendo así el principio constitucional de presunción de inocencia.
- c) La pena de suspensión de derechos políticos para un candidato que pretende contender en próximas elecciones contraviene la obligación del Estado mexicano de observar el principio de derecho internacional de reparabilidad, establecida en el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- d) La suspensión de derechos políticos ha sido considerada como una infracción al principio de sufragio libre y universal.

Aunque se permita en algunas jurisdicciones la limitación de los derechos políticos por razones de que el ciudadano esté privado de su libertad por haber cometido un delito, que no era el caso en el SUP-JDC-157/2010 y su acumulado SUP-JRC-173/2010 (caso Sánchez Martínez), ya que el actor sólo estaba vinculado a un proceso que determinaría en el futuro su responsabilidad o no en el ámbito penal, estas limitaciones deben ser “razonables”, “proporcionales” y “constitucionales”.

En efecto, la suspensión de derechos políticos es una pena que se impone a un ciudadano que ya fue condenado por la comisión de un delito; no puede ser una medida cautelar o preventiva, como se pretende. Al ser una pena debe estar prevista en la ley como tal, precisando los delitos que ameritan dicha pena y, en obvio de razones, la duración máxima por la que el juez competente puede imponerla. No existe pena alguna que no tenga una temporalidad

definida en la ley, de admitir lo contrario se estarían imponiendo penas ilegales, que contrarían la idea de cualquier Estado constitucional democrático.

A modo de ejemplo citamos la legislación de Francia, que dispone que una vez que un juez dicta una sentencia condenatoria puede imponer como pena la privación del derecho de votar y/o de ser electo, únicamente tratándose de los delitos previstos por la ley y no puede ser mayor a diez o cinco años, según el tipo de delito cometido. No es viable en una democracia concebir la suspensión de derechos políticos, que es un acto que viola la dignidad de la persona y, que en ciertos casos, el daño causado puede llegar a ser irreparable, como una sanción que se impone de inicio por tiempo indefinido.

En el caso *Re Bennett*, decidido en 1993 por las autoridades judiciales de Nueva Zelanda, se consideró que la ley electoral reformada en 1993, para suspender de sus derechos ciudadanos a cualquier persona que esté privada de su libertad a consecuencia de una sentencia condenatoria, es contraria a la sección 12 de la ley de derechos de ese país que establece que todo ciudadano a los 18 años tiene el derecho a votar y ser votado en una elección genuina y periódica.<sup>50</sup> Esta decisión descansó en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que determina que todo ciudadano gozará del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, de ser electo en elecciones periódicas y auténticas, llevadas a cabo mediante sufragio universal y, en general, tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.<sup>51</sup>

Respecto de la interpretación del artículo 25 del Pacto Internacional, ésta tuvo como sustento el comentario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, rendido en 1996. De este comentario se desprende que se impone la obligación a los Estados firmantes de adoptar la legislación necesaria para garantizar

<sup>50</sup> La *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, señala en su artículo 12: "Every New Zealand citizen who is of or over the age of 18 years; (a) has the right to vote in genuine periodic elections of members of the House of Representatives, which elections shall be by equal suffrage and by secret ballot".

<sup>51</sup> *Report to the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Bill*, House of Representatives.

los derechos establecidos en dicho artículo.<sup>52</sup> Dicha legislación no cubre los supuestos del artículo 38 de la Constitución. En el mencionado comentario se señala:

Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos precisados en la legislación y que sean razonables y objetivos.

Los límites sobre los derechos políticos deben ser "razonables", para que sean compatibles con un régimen democrático, según el célebre precedente de la Suprema Corte de Canadá *R v. Oakes* (1986) 1 SCR 103. En dicho caso se concluyó que la carga de la prueba establecida en la ley para que el ciudadano pruebe su inocencia en un procedimiento penal es asumir la presunción de culpabilidad y, por lo tanto, constituye una limitación no razonable a los derechos fundamentales del individuo.

Lo interesante de este precedente extranjero, que puede muy bien aplicarse en nuestro país, radica en que fijó dos reglas para identificar la razonabilidad de los límites a los derechos políticos:

- a) La limitación a los derechos políticos, y en general a los derechos humanos, debe tener como objetivo fomentar los fines de una sociedad democrática.
- b) La limitación debe evitar la arbitrariedad o la injusticia y evitar el mayor daño posible, demostrándose su importancia frente al derecho afectado.

En México se debe sopesar si la suspensión de derechos políticos acaecida después del registro del candidato de una coalición para contender en una elección que se llevará a cabo en breve término, a través de un auto de vinculación a su proceso penal, sin consistir en una sentencia ejecutoria, promueve los fines de una sociedad democrática. Nuestra respuesta es contundentemente negativa.

<sup>52</sup> "Observación general núm. 25", *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Naciones Unidas, 2004, pp. 194-199.

Igualmente, según los estándares de las naciones democráticas, contenidos en las resoluciones judiciales que se han venido citando,<sup>53</sup> la suspensión de los derechos políticos a través de un auto de vinculación al proceso, resulta arbitraria, pues no puede promover los objetivos de toda pena, que es la rehabilitación, siendo en consecuencia, desproporcionada ya que priva a un candidato de contender en una elección democrática, con pleno conocimiento por parte del electorado de su situación, violentando la competitividad en las elecciones e impidiendo, por lo tanto, la celebración de elecciones genuinas.

Cabe precisar que estas consideraciones no se alejan de algunos de los precedentes aprobados por la Sala Superior del TEPJ, entre ellos el relativo al expediente SUP-JDC-98/2010 (Caso Orozco Sandoval), en el cual se sostuvo que no procedía la suspensión de los derechos políticos del actor, en virtud de que si bien existía un auto de formal prisión, el actor se encontraba bajo el régimen de libertad bajo caución y que prevalecía la presunción de inocencia.

En efecto, ante las anteriormente señaladas contradicciones de nuestra Carta Magna, la referida Sala como tribunal constitucional en materia electoral, debe, caso por caso, garantizar cada vez más la protección de los derechos políticos, generar que éstos se potencialicen, así como la permanencia del régimen democrático fortaleciendo los principios constitucionales que rigen todo proceso electoral. La función de los jueces electorales no debe limitarse a velar por la legalidad y constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales, debemos también buscar y encontrar las soluciones jurídicas que permitan que situaciones extraordinarias en la vida democrática no vulneren el curso legítimo de un proceso electoral y, por ende, la legitimidad de la integración de los poderes del Estado.

No debe omitirse mencionar, en relación con la responsabilidad penal de los servidores públicos que, cuando finalmente se demuestra, no deja de ser efectiva si el candidato ha sido electo y está en el desempeño de un encargo que lleva aparejada cierta inmunidad procesal, toda vez que puede proceder el mecanismo constitucional de la declaración de procedencia, ampliamente conocido como desafuero, que permita su correspondiente enjuiciamiento y sanción por parte

<sup>53</sup> Y que se recoge en la famosa resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos *Paquete Havana 175 US 677 (1900)*.

de los tribunales competentes, con lo cual se advierte la completitud del sistema jurídico mexicano.

A lo anterior debe agregarse que, finalmente, la aprehensión de un candidato registrado en plena campaña electoral, a poco tiempo de que se celebre la jornada electoral, atenta contra el principio constitucional consistente en que las elecciones deben ser auténticas. La democracia no es una situación de derecho que perdura por sí misma; al contrario, debe ser constantemente reforzada con la intervención, ciertamente de los ciudadanos, pero también de los tres poderes del Estado, conjuntamente. Si bien uno de los elementos de las elecciones democráticas es que el elector pueda escoger a candidatos cuya trayectoria y honorabilidad no estén en duda, estas elecciones requieren también por parte de los actores políticos activos (partidos y candidatos) de certeza en la continuidad y equidad de un proceso electoral.

#### VIII. CONCLUSIONES

La exposición hasta aquí realizada nos lleva a concluir que resulta necesario que los poderes en conjunto reflexionen sobre las reformas necesarias para reforzar nuestra democracia. En todo régimen democrático, el Poder Ejecutivo propone iniciativas de ley, el Poder Legislativo las discute y, en su caso, las aprueba, y el Poder Judicial aplica esas leyes. Al final de este proceso, y con el transcurso del tiempo, el juez es el eslabón que más conoce de las deficiencias de la ley y está en posibilidades de proponer reformas que, en su opinión, podrían mejorar la ley y así perfeccionar el orden social, esta ponencia hace eco de tal criterio.

La protección de los derechos políticos resulta sustancial para contribuir al desarrollo democrático del país. Acorde con las reformas constitucionales más recientes urge que el órgano revisor realice las adecuaciones pertinentes para garantizar que la suspensión de los derechos políticos sea acorde con el principio de la presunción de inocencia, lo cual contribuirá a la consecución de procesos electorales con un alto grado de credibilidad y confiabilidad.

Mientras se realizan tales adecuaciones constitucionales y legales, los tribunales deben garantizar la protección de los derechos políticos, como condición de la vida democrática del país. En la materia electoral, debe tenerse presente que ante escenarios de creciente

politización, es una posibilidad real la de que los procedimientos penales pueden ser manipulados contra candidatos y electores que, súbitamente, por la aplicación literal de los preceptos analizados, se verían despojados de sus derechos políticos, en detrimento de la credibilidad de los resultados de la contienda electoral.

De ahí que sea la labor de los tribunales, en tanto se realizan las modificaciones en el plano constitucional y legal, la que contribuya a dar certeza en aquellos casos en que se requiere garantizar la investidura que ostentan candidatos y servidores públicos en los procesos electorales. Con tal actuación de los tribunales se puede lograr que las elecciones sean verdaderamente competitivas.

## DIVISIÓN DE PODERES Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

### *SENATUS NULLUM EST*

Carlos Martín GUTIÉRREZ GONZÁLEZ

No sólo debemos nuestra razón a los demás,  
sino que no nos es posible, en ningún caso,  
exceder a los demás en razonabilidad  
de una forma que pudiera justificar  
alguna pretensión de autoridad

KARL R. POPPER

*La sociedad abierta y sus enemigos.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos.* III. *La Constitución y el Senado.* IV. *El federalismo, la reelección, el presupuesto y el Senado.* V. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

A casi 200 años de lo que muchos todavía llaman “vida independiente” de México, en las vísperas del centenario de eso que otros tantos insisten en nombrar “Revolución”, las instituciones de la República continúan en proceso de construcción.

El ejercicio prácticamente nulo de las dos facultades primordiales de la Cámara de Senadores, legislar y controlar políticamente al Ejecutivo, encuentra sus causas en un diseño institucional concebido,

en su génesis, para la simulación y para servir al poder omnímodo del presidente en turno.

Aun cuando es justo reconocer que el Senado ha sufrido cambios y gozado de mejoras importantes, con frecuencia tropieza y se sume en los pantanos de la impotencia legislativa.

Si las cámaras que integran el Congreso general de los Estados Unidos Mexicanos pretenden ser parte de los pesos y contrapesos que, en toda democracia constitucional, garantizan el goce pleno de las libertades ciudadanas y un ejercicio justo y equilibrado de los poderes públicos, entonces requieren de una revisión profunda de sus facultades y de su estructura.

En este punto, me parece que vale la pena recordar que el ejercicio de las virtudes cívicas en la *politeia* griega se basaba en una participación activa de los ciudadanos y la representación de sus intereses estaba garantizada por una constitución mixta que facilitaba la conciliación entre el pueblo, la aristocracia y la “nobleza” (*regia*),<sup>1</sup> que vigilaba y protegía los derechos de todos y de cada uno; pero que, sobre todo, ofrecía una seguridad y una estabilidad extrañas en nuestros días.

Parece que hoy, al contrario de lo que sucedía en la antigüedad, la brecha “institucional” entre los órganos de poder y la ciudadanía es cada vez más grande.

Pero, ¿qué derechos subjetivos se pretende garantizar? En términos generales: la libertad personal, el derecho a un trato digno, el derecho a un procedimiento justo y la protección judicial efectiva, la tutela de la libertad de conciencia, religión, opinión y prensa, así como la igualdad.

Éstos se manifiestan de manera particular en el orden jurídico mexicano, como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, de petición y de asociación, la libertad de tránsito, la equidad de género, la igualdad de oportunidades de desarrollo y la no discriminación, entre otras, mientras que el derecho a un procedimiento justo (debido proceso) y a la protección judicial efectiva se encuentran en los artículos 14 y 16 de nuestra ley fundamental. Por supuesto que también vemos plasmadas las libertades de conciencia, de opinión, de prensa y

<sup>1</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 22 y 23.

de culto religioso (artículos 6, 7 y 130). Para efectos de este artículo, esos son, precisamente, los derechos humanos que hay que defender a toda costa, empezando, claro está, por el derecho a la vida.

Y, como señala Miguel Carbonell, “la división de poderes jamás ha recibido una aplicación práctica completa”<sup>2</sup> pues las necesidades siempre cambiantes y dinámicas del Estado moderno van imponiendo modos y ajustes que exigen flexibilidad y coordinación entre los órganos de poder que lo conforman.

Desde esta perspectiva quizá se podrían explicar, aun parcialmente, las deficiencias que aquejan a la también llamada Cámara Alta, ya que ha perdido terreno en su papel de representante territorial de la nación y frecuentemente sólo llega a figurar como foro de querellas y chantajes entre poderes o, mejor dicho, de escenario de la insensatez política y de la imprecisión jurídica.

En uno de tantos debates sobre la reforma energética durante la LIX legislatura federal, el senador Javier Corral Jurado apeló a sus colegas desde la tribuna de Xicoténcatl 9, como “compañeros diputados”. Cuando los demás senadores repelaron desde sus escaños, sarcástico, se disculpó “es que creí que estábamos en la otra cámara”, para llamar la atención sobre el bajísimo nivel de los “argumentos” en contra de la apertura a la inversión privada en la explotación de los hidrocarburos mexicanos.

Mas volvamos al tema de las funciones constitucionales del Senado frente al Ejecutivo: planteo la necesidad, entre otras, de redefinir los alcances de las facultades legislativas y políticas de la Cámara Alta como un contrapeso necesario, lo cual implicaría el fortalecimiento de su carácter de institución republicana, partiendo del supuesto de que debe ejercer sus atribuciones con plena autonomía, en una relación *inter pares* y de coordinación-colaboración con los demás órganos del poder público.

También es menester cuestionar el papel del Ejecutivo en esta interacción con el objeto de marcar la frontera de sus facultades constitucionales y jurídicas, en un régimen presidencial en el que, históricamente, se ha constatado que los excesos opacan y, en oca-

<sup>2</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., Porrúa, México, 2004, p. 33.

siones, anulan a sus supuestos contrapesos. Al analizar el significado de la frase “división de poderes”, Carbonell distingue:

- “a) Las mismas personas no pueden formar parte de más de uno de los tres órganos de gobierno.
- b) Un órgano no debe interferir en el desempeño de las funciones de los otros.
- c) Un órgano no debe ejercer las funciones que tiene asignadas otro”.<sup>3</sup>

Respecto de este último inciso, “si constitucionalmente uno de los órganos tiene asignada una función, significa que no puede delegarla ni transmitirla”,<sup>4</sup> al tiempo que está obligado a ejercerla.

Es bien sabido que, de acuerdo con el principio de legalidad, un órgano del poder público no puede hacer nada que no esté en la ley (o en la constitución), por lo que el Senado debe ejercer sus facultades “y hacerlo de modo efectivo y no sólo aparente”.<sup>5</sup>

De aquí surge una serie de preguntas cuyo intento de respuesta excedería con mucho el espacio de este artículo. El lector comprenderá, siguiendo a Popper, que ninguna teoría que resultare de un estudio a fondo del problema del diseño institucional del Estado mexicano será definitiva, pues “todas tienen por objeto seleccionar y ordenar los hechos”,<sup>6</sup> independientemente de la verdad en ellas contenida.

Pero en el análisis final, lo que interesa es tratar de dilucidar hasta qué grado la Cámara de Senadores es una institución democráticamente viable, si goza de alguna vigencia como creador de un orden jurídico que privilegia el respeto a los derechos humanos por sobre cualquier consideración política; si se trata de un contrapeso efectivo frente a los históricos y proverbiales excesos del poder Ejecutivo, y si el dinero que paga el contribuyente se ve reflejado en productos legislativos que realmente representen los múltiples intereses que conviven en el territorio mexicano.

Toda proporción guardada, y considerando las fluctuaciones del mercado, creo que es pertinente hacer notar que lo que el Senado le cuesta a los contribuyentes equivale a construir diez hospitales rurales

<sup>3</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 48.

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> Popper, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 2006.

al año, o dos hospitales generales de 120 camas cada uno, o al costo de quince escuelas primarias urbanas.<sup>7</sup>

A propósito, en ciertos círculos de la autocomplaciente “clase política” mexicana se da por hecho la existencia de un sistema de pesos y contrapesos institucionales en el ejercicio del poder público, pero, como Norberto Bobbio ha señalado:

“el mejor remedio contra el abuso de poder... es la participación directa o indirecta de los ciudadanos, del mayor número de ciudadanos, en la formación de las leyes”.<sup>8</sup>

Y en el caso del Senado, otra vez Carbonell, si los legisladores tienen que:

“ejercer una facultad de creación normativa no pueden hacerlo de cualquier modo, o realizarlo de forma parcial e incompleta o... trasladar simplemente su responsabilidad a otro órgano del Estado”.<sup>9</sup>

Ante todo esto, nos preguntamos: ¿estamos los ciudadanos representados debidamente en el Congreso? ¿Qué legitimidad tienen “nuestros” representantes? ¿Satisfacen las expectativas del elector? ¿Los estados federados cuentan, cada uno y de forma equitativa, con una voz firme y sonora en el Senado?

Con este artículo no pretendo más que continuar con el antiguo debate sobre el fortalecimiento de las instituciones republicanas en México y, desde una perspectiva más amplia, acerca de la necesaria reforma de la Constitución (ya no del Estado), si lo que se desea realmente apuntalar son los derechos humanos como el bien jurídico superior que todos, gobierno y ciudadanos, tutelan y defienden por encima de cualquier otro, incluido el Estado.

<sup>7</sup> Cada senador le cuesta al erario público cerca de 12 millones de pesos al año, si se toma en cuenta un presupuesto de gasto anual que ronda los 1 500 millones de pesos y en el que se incluyen los rubros de servicios personales, materiales y suministros, bienes muebles e inmuebles, obras públicas y ayudas y subsidios. Consultar la página [http://www.senado.gob.mx/admon/content/recursos\\_financieros/presupuesto\\_gasto/docs/informe\\_2trimestre2009.pdf](http://www.senado.gob.mx/admon/content/recursos_financieros/presupuesto_gasto/docs/informe_2trimestre2009.pdf).

<sup>8</sup> Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 47.

<sup>9</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 49.

El objetivo de este opúsculo es delinear propuestas de reforma constitucional que permitan un mejor equilibrio del poder en México, que busque privilegiar el estatuto jurídico por encima del sistema político, a partir de la conciencia de que, en este mundo interdependiente, términos míticos como soberanía e identidad nacional habrán de ceder su espacio de poder al lenguaje auténtico y realista de los derechos humanos.

Y tales propuestas deben ser discutidas desde diversas perspectivas. Primero, la que nace del cuestionamiento sobre la legitimidad del poder público en el actual esquema de división de poderes en México, en el doble sentido de que además de representar la “voluntad ciudadana” también se tenga claro para qué existen los órganos de poder: ¿qué es exactamente lo que promueven?, ¿qué derechos garantizan?, ¿cómo evitar que se conviertan en el tirano que impone leyes y ejecuta acciones en contra de las aspiraciones reales de quienes los eligen?

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Plan de Casa Mata, lanzado el 2 de febrero de 1823 por las tropas enviadas a combatir a Antonio López de Santa Anna, se exigía “la elección de un nuevo congreso y, como reconocía la autoridad de las diputaciones provinciales, conquistó el apoyo regional”.<sup>10</sup>

Luego de abdicaciones, revueltas y esfuerzos serios por “restaurar” la República, en noviembre de 1823 se instaló ese nuevo congreso:

“con una mayoría federalista pero dispuesta a mantener la unión. De esa manera, el acta del 31 de enero de 1824 constituyó los Estados Unidos Mexicanos y, después de largos debates, para septiembre tenía listo el texto de la Constitución de 1824, que fue jurada en octubre”.<sup>11</sup>

Así, vemos un congreso concebido originalmente como representante territorial de la naciente República Mexicana. Los estados que acordaron ceder su *soberanía* en un acto de unión que los fortalecería y les garantizaría seguridad, una mejor defensa frente al enemigo común y un libre intercambio de bienes y servicios, enviaron a la

<sup>10</sup> Vázquez, Josefina Zoraida, “De la Independencia a la consolidación republicana”, *Nueva historia mínima de México*, El Colegio de México, México, 2009, p. 150.

<sup>11</sup> Vázquez, Josefina, *op. cit.*, p. 151.

Cámara Alta a sus representantes para garantizar la integridad territorial de la República.

Aunque se advierte una clara influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, Josefina Zoraida Vázquez afirma que la de 1812 fue fundamental y que el federalismo mexicano fue mucho más radical que el estadounidense, merced a un tradicional regionalismo que privó al gobierno federal “de autoridad fiscal sobre los ciudadanos. Aunque quedaron a su cargo el pago de la deuda, la defensa, el orden y la obtención del reconocimiento internacional”.

La autora añade un dato de importancia central para nuestro análisis: con el fin de que pudiese cumplir con su tarea, al gobierno federal “sólo se le adjudicó una contribución que debían pagar los estados —que pocos cumplieron— más los impuestos de las aduanas y algunas menudencias”.<sup>12</sup>

Como un dato comparativo, cabe anotar que poco antes, en Estados Unidos, las 13 colonias que lucharon juntas a finales del siglo XVIII para independizarse de la corona británica, acordaron entre ellas “emplear” a un administrador común, cuyas normas serían aplicadas por excepción cuando el orden común no pudiera satisfacer sus propias necesidades (sobre todo, las económicas). Así, la federación en Estados Unidos se constituye en el árbitro que garantiza la equidad, la reciprocidad y la justicia en la relación interestatal.<sup>13</sup>

### 1. México crea su propio orden jurídico

Respecto a la publicación del *Acta Constitutiva de la Federación* y la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, Emilio O. Rabasa afirma:

“el brusco cambio suscitó no sólo debate, sino enfrentamientos, entre federalistas, capitaneados por Miguel Ramos Arizpe, que mal copiaron el sistema norteamericano de 1787, y centralistas dirigidos por fray Servando Teresa de Mier, que preferían continuar la tradición hispánica”.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>13</sup> [http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo\\_Mexicano.pdf](http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo_Mexicano.pdf), p. 27.

<sup>14</sup> Rabasa, Emilio O., “La línea quebrada: el federalismo en México”, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/8/37.pdf>.

En la Constitución de 1857 la Cámara de Senadores fue suprimida “por razones históricas muy conocidas, como fueron la aristocratización del Senado, amén de componerse de militares y obispos, restableciéndose en 1875”.<sup>15</sup>

Es un hecho histórico, el cual ya no requiere demostración alguna, que durante los 34 años del porfiriato (1877-1911; de sobra estaría mencionar los cuatro *muy porfirianos* años de Manuel González entre 1880 y 1884) el congreso en general, y el Senado en particular, se constituyó en una cámara que poco a poco fue sucumbiendo ante el poder omnímodo del dictador. No por nada, al referirse al porfiriato, Daniel Cosío Villegas dice que “Porfirio Díaz dominó tanto esa época que acabó por darle su nombre”.<sup>16</sup>

De esta manera, uno de los problemas que la constitución jurídica enfrentaría en aquella época fue el hecho de que:

“las cámaras de Senadores y de Diputados debían aprobar lo que el presidente les propusiera porque ellas carecían de la información técnica que le dan al presidente sus secretarías de Estado”.<sup>17</sup>

Jorge Carpizo confirma el dato de que desde los periodos presidenciales de Lerdo de Tejada, Porfirio Díaz y Manuel González “se hizo costumbre que el presidente expidiera los códigos y leyes federales”,<sup>18</sup> teniendo enfrente a las dos cámaras aprobando todo de forma acrítica.

Durante la época convulsa conocida como la Revolución mexicana, las cámaras del Congreso sufrieron un resquebrajamiento, literalmente, estrepitoso; amén de que la revuelta sirvió para apuntalar el caudillismo que suprimió, durante dos décadas, cualquier esperanza de institucionalizar la vida pública en el país.<sup>19</sup>

La vida constitucional del país tuvo un respiro en 1917, cuando los constituyentes de Querétaro, comandados por Venustiano Carranza,

<sup>15</sup> [http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo\\_Mexicano.pdf](http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo_Mexicano.pdf), p. 29.

<sup>16</sup> Cosío Villegas, Daniel, “El tramo moderno”, *Historia mínima de México*, 2a. ed., El Colegio de México, México, 2000, p. 121.

<sup>17</sup> Cosío Villegas, Daniel, *op. cit.*, p. 131.

<sup>18</sup> Carpizo McGregor, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., Porrúa, México, 2002, p. 198.

<sup>19</sup> Véase el artículo de Lorenzo Meyer, “El presidencialismo mexicano, en busca del justo medio”, publicado por el CIDE en [http://www.istor.cide.edu/archivos/num\\_3/dossier3.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_3/dossier3.pdf).

definieron el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, a pesar de que fue concebida como una constitución rígida, por el largo proceso que se debe seguir para reformarla, ha sufrido tantas reformas como coyunturas políticas se han presentado para apuntalar proyectos de ciertos grupos o facciones en el poder.

Hoy sabemos que “si Venustiano Carranza reviviera seguramente tendría dificultades en reconocer al texto vigente como el mismo que mandó publicar el 5 de febrero de 1917”.<sup>20</sup>

Ante la constitucionalización de la vida política de México, la necesidad de crear instituciones que dieran certidumbre, garantizaran la paz y otorgaran seguridad jurídica a los ciudadanos, dio paso a lo que hoy se conoce como el presidencialismo mexicano del siglo XX, fenómeno que consistió en la suplantación del caudillo por un líder que terminó imponiéndose sobre la institución presidencial. Así, ha sido de sobra demostrado que:

“Desde 1930, la presidencia mexicana la ha ocupado la persona que ha sido designada por quien ha controlado al partido oficial, que desde 1940 ha sido el presidente saliente, cuya fuerza desaparecía al dejar el cargo”.<sup>21</sup>

El control político autoritario tuvo tantos matices como presidentes hubo en la época posrevolucionaria. Lorenzo Meyer señala que el momento cumbre, estelar, del inicio de esta época “se puede situar en 1938” en el sexenio (el primer sexenio mexicano, por cierto) de Lázaro Cárdenas, cuando:

“la reforma agraria, la reorganización del partido oficial en una gran estructura corporativa y la expropiación y nacionalización de las empresas petroleras extranjeras consumieron las energías de la gran y única explosión efectivamente populista del siglo XX mexicano”.<sup>22</sup>

Además de las facultades constitucionales y legales del presidente, estaban las que tenían su origen en el propio sistema político

<sup>20</sup> Carbonell, Miguel, “Presentación” de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 158a. ed., Porrúa, México, 2009.

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> Meyer, Lorenzo, “La posrevolución mexicana: caracterización e interpretación de las formas de control político autoritario”, en Florescano, Enrique (coord.), *La política en México*, Taurus, México, 2007, p. 117.

o metaconstitucionales, como las llama Jorge Carpizo: designar a su sucesor, ser el jefe del partido oficial, designar a gobernadores, remover a los gobernadores y actuar como árbitro en las principales disputas obrero-patronales del país.<sup>23</sup>

El hecho incontrovertible es que “el grupo que formalmente asumió el poder bajo el liderazgo de Venustiano Carranza en 1917 pudo transmitirlo con éxito a uno de los suyos a lo largo de 83 años. Se trató de una hazaña política única en América Latina”.<sup>24</sup>

Sobre todo a partir de los años treinta del siglo pasado, el presidente es “quien envía la gran mayoría de las iniciativas que posteriormente se convierten en ley. En muchas ocasiones, los proyectos presidenciales se aprueban sin mayor discusión”.<sup>25</sup>

Reconociendo, junto con Jorge Carpizo, que esta “facultad” presidencial que lo convirtió durante décadas en el gran legislador ha sido acotada hasta cierto grado en los últimos años “en virtud de lo que se denominó ‘diputados de partido’ y que permitió una mayor representación para los partidos de oposición”.<sup>26</sup>

Una de las facultades constitucionales del presidente en su relación con el poder legislativo es la del “veto” o la facultad de hacer observaciones a los decretos emitidos por ambas cámaras. Esta institución es conocida desde la Constitución de Cádiz (artículos 144-150), la de Apatzingán (artículos 128 y 129), la Federal de 1824 (arts. 55 y 56), las leyes constitucionales de 1836 (arts. 35, 36 y 37 de la ley tercera), y la Constitución de 1857 (art. 71).<sup>27</sup>

Esta última establecía que el veto presidencial podía ser superado por el voto de la mayoría simple de los legisladores, mientras que hoy, el artículo 72 de la Constitución mexicana vigente fija como proporción de votos para superar el veto del Ejecutivo las dos terceras partes en ambas cámaras.

Otras facultades constitucionales del titular del Ejecutivo respecto del Legislativo, pero particularmente referidas al Senado, tienen que

<sup>23</sup> Carpizo McGregor, Jorge, “Notas al presidencialismo mexicano”, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1053/4.pdf>.

<sup>24</sup> Meyer, Lorenzo, *op. cit.*, p. 118.

<sup>25</sup> Carpizo McGregor, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 19a. ed., Siglo Veintiuno Editores, México, 2006, p. 84.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

ver con el nombramiento de los embajadores y cónsules generales que turna a la Cámara Alta para su ratificación. Lo mismo sucede en el caso del Procurador General de la República, desde hace relativamente poco. Otra atribución es la de turnar al Senado tratados internacionales para su aprobación. Pero, históricamente, la relación del Senado con el Ejecutivo se ha significado por su tersura y tibieza.

Así las cosas, a partir del año 2000 asistimos a la “victoria cultural” de los ciudadanos que decidieron probar con un gobierno surgido de un partido distinto al que gobernó a México durante siete décadas. Los resultados de esa decisión están por verse. Pero lo que en estos próximos tres años se realice en materia constitucional será definitivo para dar un salto cualitativo en la cultura del respeto a los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

Si, como señalaba Montesquieu, el legislativo “tiene el derecho y debe tener la facultad de examinar de qué manera las leyes que él ha hecho han sido ejecutadas”,<sup>28</sup> en México, las Cámaras que integran el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos han ejercido tales facultades de manera limitada y en eventuales actos de simulación o cuando la necesidad de chantaje político así lo exige.

### III. LA CONSTITUCIÓN Y EL SENADO

Lo primero en que manda el Senado es en el erario.

Nada entra ni sale de él sin su orden.

Ni aun los cuestores pueden expender alguna suma en los usos particulares sin su decreto, a excepción de lo que gasta para los cónsules. Aun para aquellas grandes y considerables sumas que tienen que gastar los censores todos los lustros en reparo y adorno de los edificios públicos, es el Senado quien les da su autorización para tomarlas.

Polibio de Megalópolis, *Historia Universal bajo la República Romana*

<sup>28</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Porrúa, México, 1992.

Distingo aquí el concepto de Constitución Política del de Constitución Jurídica, en el sentido de que la juridicidad de la cosa pública debe tener prevalencia sobre el estatuto político del Estado: la garantía del respeto a las libertades individuales, de la vigencia de los derechos humanos por encima de cualquier otra institución.

Parto de la noción de democracia constitucional, ese paradigma que, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, tiende a garantizar “no solamente los derechos de libertad sino también los derechos sociales... frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados... no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional”.<sup>29</sup>

En este sentido, como órgano colegiado revisor de los procesos de inserción de México en el orden jurídico internacional el Senado juega un papel crucial, insospechado en cuanto a sus efectos en el largo plazo y las consecuencias en la esfera jurídica de las generaciones por venir.

Asimismo, parto del principio de que los recursos públicos no sólo provienen de los impuestos que paga el contribuyente, ciudadano en todo sentido, que cuenta –al menos en apariencia– con la representación de sus diputados en la Cámara Baja del Congreso. Los “dineros del pueblo” también son generados y administrados en regiones, estados, ciudades, comunidades sin las cuales ningún órgano de gobierno sería posible.

Es decir, también hay productos, aprovechamientos, derechos y utilidades que son generados y facilitados por la constante actividad productiva de grupos regionales (privados y públicos), merced de su propio espíritu emprendedor, de la buena administración de algunos gobiernos locales y de la interacción de las comunidades que habitan y le dan vida al territorio nacional.

Por otro lado, ya es vieja la disputa entre estados y federación por más recursos para el desarrollo regional. El 23 de diciembre de 1999 se reformó el artículo 115 constitucional para fortalecer la figura del municipio elevándola al rango de orden de gobierno, pero también se introdujeron mecanismos legales, derivados del nuevo ordenamiento

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 71-90.

fundamental, con el fin de incrementar las participaciones federales a los estados y municipios del país.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en el artículo 76, las facultades exclusivas de la Cámara de Senadores, a saber:

- I. Analizar la política exterior del Ejecutivo Federal y aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba.

Además de su correlación directa con la fracción X del artículo 89 constitucional, esta facultad cobra una relevancia mayúscula en el artículo 133 que establece:

“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”.

- II. Ratificar los nombramientos que el Ejecutivo haga del Procurador General de la República, ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda, coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales.
- III. Autorizar al jefe del Ejecutivo Federal para que pueda permitir la salida de tropas nacionales fuera de los límites del país, el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación de escuadras de otra potencia, por más de un mes, en aguas mexicanas.
- IV. Dar su consentimiento para que el Presidente de la República pueda disponer de la Guardia Nacional fuera de sus respectivos estados, fijando la fuerza necesaria.
- V. Declarar, cuando hayan desaparecido todos los poderes constitucionales de un estado, que es llegado el caso de nombrarle un gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo estado.
- VI. Resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un estado cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado.
- VII. Erigirse en jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que redun-

den en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho, en los términos del artículo 110 de esta Constitución.

VIII. Designar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de entre la terna que someta a su consideración el Presidente de la República, así como otorgar o negar su aprobación a las solicitudes de licencia o renuncia de los mismos.

En cuanto a la facultad del Senado de nombrar a los ministros de la Suprema Corte, cabe recordar que también es referida en el artículo 96 de la propia Constitución, de manera más detallada respecto de la mecánica de designación de los jurisconsultos.

Pero su atribución más importante es, en mi opinión, la de aprobar los instrumentos de derecho internacional que celebre el Ejecutivo, pues la llamada “constitución global”, que se va perfilando poco a poco en los foros multilaterales, incide cada vez más sobre la configuración del orden jurídico de los países del orbe.<sup>30</sup>

Tal es el caso del *Estatuto de Roma* que dio origen a la Corte Penal Internacional, cuyo proceso de ratificación en México generó una larga discusión que terminó, luego de cinco años de discusiones en múltiples foros,<sup>31</sup> con una reforma al 21 constitucional en la que el Constituyente Permanente autorizó que el Ejecutivo Federal, con la aprobación del Senado en cada caso, reconozca la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Desde mi punto de vista, esta solución entorpece cualquier intento por someter a la jurisdicción internacional a presuntos genocidas o criminales de guerra mexicanos, pues se politiza el proceso al requerir la aprobación del Senado, caso por caso. O México se somete a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional o no se somete.

A lo largo de las discusiones se pusieron sobre la mesa conceptos como soberanía, intervencionismo, integridad nacional; pero lo que estaba en juego era la posibilidad real, sin cortapisas, de someter ante un órgano jurisdiccional supranacional el juicio de los crímenes de lesa humanidad cometidos por ciertos personajes “históricos” del

<sup>30</sup> Häberle, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: *ius commune americanum*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 80.

<sup>31</sup> El 7 de septiembre de 2000, el presidente Ernesto Zedillo firmó *ad referendum* el Estatuto de Roma, y el depósito de los instrumentos de ratificación ante la ONU fue llevado a cabo por México el 28 de octubre de 2005.

poder en México. Esto, por supuesto, causó un escozor más que inquietante entre las buenas conciencias de la clase política mexicana quienes optaron por hacer nugatoria la injerencia, a todas luces legítima, de la Corte Penal Internacional en asuntos que atañen no sólo a México sino al mundo entero: la violación de los derechos fundamentales del hombre.

Cabe recordar que “al resolver el amparo en revisión 1475/98, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la superioridad jerárquica de los tratados internacionales en relación con las leyes federales”.<sup>32</sup>

De esta manera, el trabajo legislativo conjunto, en materia internacional, entre Ejecutivo y Senado, cobra una mayor relevancia frente a la promulgación de leyes secundarias. Al respecto, Diego Valadés opina que en los términos de esta tesis de la Corte, “las disposiciones normativas que adopten el presidente y el Senado son superiores a las disposiciones normativas que aprueben las cámaras de Diputados y de Senadores”.<sup>33</sup>

Derivado de la aplicación de este criterio, Valadés estima que se pueden “generar considerables distorsiones en la vida institucional” porque se está ante un súper legislador, conformado por el Ejecutivo y sólo una parte del Legislativo.

En realidad, el Ejecutivo podría estar solo en el proceso y de todos modos seguiría siendo el súper legislador que ha sido siempre (con sus históricos alti-bajos, claro) en un sistema “presidencial” que todavía no encuentra los contrapesos necesarios para obtener el equilibrio que el ciudadano exige en aras de preservar y proteger sus derechos.

Pero, por otro lado, está la necesaria, vigente interacción de México con el resto del mundo; este proceso de mundialización al que se refería Carlos Castillo Peraza,<sup>34</sup> ve en camino a su propia constitución global, y requiere de la participación y del “sometimiento” de los estados que conforman las diversas regiones del planeta. Ya asistimos a la integración europea, con un proceso que inicia en la posguerra y continúa hasta nuestros días, cuando Europa se encuentra a punto

<sup>32</sup> Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p. 74.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> Castillo Peraza, Carlos, *Apuesta por el mañana*, Fundación Rafael Preciado Hernández, México, 2003, p. 85.

de alcanzar su propio orden jurídico común, mediante la celebración del referéndum del próximo 2 de octubre de 2009 sobre el Tratado de Lisboa.<sup>35</sup>

Por ello, la vieja disputa entre soberanía y Constitución debe resolverse en nuestro país a favor de ésta, para privilegiar el orden jurídico y los derechos humanos por encima del poder del Estado, y así garantizar que la *res publica* no sea “sometida a voluntades facciosas ni parciales.”<sup>36</sup>

No obstante lo anterior, trátase de la creación de un ordenamiento superior o de la expedición de leyes secundarias, la relación entre Senado y Ejecutivo resulta inequitativa y desbalanceada, por decir lo menos, a partir del hecho de que el co-legislador y vigilante del propio Ejecutivo se encuentra en franca desventaja a la hora de deliberar la conveniencia de aprobar una pieza normativa internacional que repercutirá en el resto del orden jurídico nacional.

Otra facultad importante del Senado es la de erigirse en jurado para el juicio político a que hace referencia el 110 constitucional. De esta manera, se pretende no dejar impune el exceso, el abuso, la arbitrariedad y el enriquecimiento ilícito de los gobernadores, los diputados, senadores, ministros, consejeros, magistrados y jueces, señalados en el mismo precepto.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, también otorga una serie de atribuciones a los senadores, con el fin de que ejerzan sus facultades constitucionales. Por ejemplo, cada comisión del Senado tiene la facultad de llamar a cuentas a miembros del gabinete con el fin de que informen sobre asuntos específicos. Estos requerimientos de información se resuelven, generalmente, mediante el recurso del “punto de acuerdo”, forma parlamentaria desvirtuada y demasiado desgastada, desde mi punto de vista.

Esta herramienta de “control político” se ha convertido en motivo de burla de muchos ciudadanos preocupados por la eficacia y efectividad de los órganos legislativos del Estado mexicano. Así, la seriedad y el poder del Senado han quedado en entredicho en múltiples ocasiones por el uso exagerado del famoso “punto de acuerdo”. La

<sup>35</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, p. 4.

<sup>36</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, Trotta, Madrid, 2001, p. 28.

debilidad de su actuación, derivada, entre otros factores, por abusar de esta figura mientras enfrenta verdaderas urgencias legislativas, se ve agravada cuando se cuestiona su representatividad.

#### IV. EL FEDERALISMO, LA REELECCIÓN, EL PRESUPUESTO Y EL SENADO

Ya vimos que el Senado puede resolver conflictos territoriales entre las entidades federativas o decidir que ha llegado el momento de nombrar gobernador provisional en los estados de la federación y determinar la desaparición de los poderes locales.

Esta facultad de intervenir en asuntos relacionados con la territorialidad y la estabilidad del poder público de las entidades federativas encuentra su origen en el espíritu de su primer diseño constitucional en 1824. Como señalamos en la sección II de este artículo, esta constitución refleja la influencia de la de Cádiz al establecer la representatividad de las regiones que conformaban el territorio de la Nueva España.

Entre otras muchas cosas, del federalismo se ha dicho que se trata de una estructura *dual* de organización del poder de un Estado, en donde lo fundamental es la naturaleza política de las relaciones que se establecen entre cada una de las partes (órdenes de gobierno), caracterizadas por su independencia, no subordinación o por la permanencia de su *soberanía*.<sup>37</sup>

Esta estructura fue ampliada a tres órdenes de gobierno con la reforma de 1999 al artículo 115 constitucional, a partir de la cual se eleva el carácter del municipio libre, pues éste pasa de ser una instancia administrativa del gobierno estatal a constituirse en orden de gobierno, cuyo ayuntamiento cuenta ahora con facultades cuasi legislativas, con una definición más clara de atribuciones y competencias en materia de servicios públicos, y con una mayor autonomía “relativa” en materia hacendaria.

Pero, considerado todo lo anterior, la debilidad del “poder” legislativo y político de la Cámara de Senadores encuentra sus raíces en tres problemas importantes: el primero es la imposibilidad constitucional

<sup>37</sup> Guillén López, Tonatiuh, *Federalismo, gobiernos locales y democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, IFE, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=512>.

de que los senadores sean reelectos para periodos inmediatos.<sup>38</sup> El segundo tiene que ver con la desigual representatividad de los senadores en la Cámara Alta, y el tercero surge de la ausencia de facultades expresas en la Constitución para que el Senado intervenga en la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Primero, el cabal ejercicio de las facultades constitucionales y legales del Senado de la República requiere no sólo de los contrapesos que el Ejecutivo, a través de sus facultades reglamentarias, de iniciar leyes, de publicarlas y de vetarlas, y el Judicial, mediante la jurisprudencia y el control de la constitucionalidad de las leyes, puedan ejercer sobre la Cámara Alta sino del control externo del electorado a través de la reelección.

Sabemos que tanto los diputados como los senadores podían ser reelectos de forma consecutiva desde 1824 hasta 1933. En el caso de la Cámara Alta, esto no fue posible en el periodo comprendido entre 1857 y 1875, en el que México sólo contó con la Cámara de Diputados.

Una reelección legislativa para periodos inmediatos tendría el fin de forzar a los senadores a rendir cuentas ante el electorado de las entidades que se supone representan, amén de garantizar continuidad en la tarea legislativa para favorecer la profesionalización, el desarrollo de la capacidad técnica y la consecuente eficacia de sus decretos, lo cual está estrechamente vinculado a la posibilidad de una reelección para periodos inmediatos posteriores.<sup>39</sup>

La restauración de la reelección legislativa enfrentaría como principal reto “alcanzar un equilibrio entre, por un lado, la lealtad al partido y la disciplina, y por el otro la especialización de los representantes y sus relaciones con su electorado”.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Artículo 59. Los senadores y diputados al Congreso de la Unión no podrán ser reelectos para el periodo inmediato. Los senadores y diputados suplentes podrán ser electos para el periodo inmediato con el carácter de propietarios, siempre que no hubieren estado en ejercicio; pero los senadores y diputados propietarios no podrán ser electos para el periodo inmediato con el carácter de suplentes.

<sup>39</sup> Mejía Acosta, Andrés, “La reelección legislativa en Ecuador: carreras políticas, relación electoral y disciplina de partido (1979-2003)”, en *El legislador a examen, el debate sobre la reelección legislativa en México*, FCE, Cámara de Diputados, México, 2003.

<sup>40</sup> Dworak, Fernando, “¿Cómo sería el Congreso con reelección?”, en *El legislador a examen, el debate sobre la reelección legislativa en México*, FCE, Cámara de Diputados, México, 2003.

En todo caso, desde mi punto de vista, la relación con el electorado es el elemento que más pesaría en la valoración del trabajo legislativo y de control político de los senadores, para efectos de decidir si se reelige o no a un representante. Así, se contribuiría a construir una relación de confianza entre elector y legislador que robustecería el vínculo entre mandante y mandatario.

Un riesgo asociado a esta necesaria cercanía del electorado con sus representantes es la posibilidad de incrementar el peso del trabajo de gestoría social y administrativa de los senadores y diputados frente a la tarea legislativa que éstos deben desarrollar para no permitir que el Ejecutivo se exceda en sus facultades reglamentarias y materialmente legislativas que lo han llevado a generar una abundante regulación y una burocratización paralizante del servicio público en México.

Segundo, la representatividad del Senado ha quedado en entredicho desde que se introdujo la figura de los senadores de primera minoría y de representación proporcional. En su origen, el sistema de elección de los senadores se basó en un principio de representación territorial paritaria de los estados que componen la federación, con clara independencia de la extensión o el número de habitantes con que contaba cada uno de ellos.<sup>41</sup>

Con el propósito de contribuir al debate en torno de este tema, veo tres opciones posibles para enderezar el principio de representatividad: la primera, y la más radical, sería eliminar 64 escaños (32 de primera minoría y 32 de representación proporcional); la segunda, eliminar nada más a los 32 plurinominales, partiendo de que el principio de representación territorial paritaria en este punto se rompe con la representación proporcional que está más relacionada con el elemento población que con el elemento territorial del Estado, pues depende de un porcentaje de votos (población) emitidos a favor de un partido determinado en una circunscripción territorial dada y que, en el caso de México, siempre abarca más de tres entidades federativas.

La tercera opción consistiría en sustituir a los 32 plurinominales con otros tantos senadores de estado, elegidos por los congresos locales de cada entidad federativa a propuesta del gobernador correspondiente.

<sup>41</sup> Gutiérrez González, Carlos Martín, “El Senado de la República, su representatividad federalista...”, en *Reflexiones sobre la Reforma del Estado*, Cámara de Diputados, México, núm. 3, marzo de 2003.

De cualquier forma, las facultades del Senado en su relación con el Ejecutivo, tendrán que pasar por la prueba de fuego que implicará el decidido cuestionamiento de su representatividad y la necesidad de que su trabajo como representante territorial (o del *pacto* federal) sea evaluado cada seis años por el electorado a través de la reelección a uno o varios periodos inmediatos.

Este mecanismo de premio-castigo, de una reelección condicionada a la especialización legislativa, a un efectivo control político y a la contribución seria e informada al fortalecimiento del orden jurídico nacional e internacional, contribuirá a atemperar el intercambio de chantajes y amenazas (veladas y no) en que se ha convertido el debate parlamentario y su “diálogo” con el Ejecutivo.

Pero, suceda lo que suceda, la proverbial ineficacia legislativa y política del Congreso continuará agudizándose si no se fortalece financiera, estructural y operativamente al Congreso de la Unión. Cada vez que el Senado se ve en la necesidad de aprobar o ratificar un tratado internacional, depende casi exclusivamente de la información generada, analizada y tamizada por el propio Ejecutivo.

¿Alguna semejanza con lo que pasaba en el porfiriato? Mientras que un secretario de Estado en México cuenta con una amplia y bien equipada estructura académica interna y externa a su servicio, los recursos del Senado son mínimos. En promedio, cada senador cuenta con dos asesores legislativos. Si el senador es presidente de alguna comisión podrá contar con hasta cuatro asesores, dependiendo de los honorarios que se les paguen, incluido el secretario técnico de la propia comisión legislativa. Cabe señalar que en esta consideración se toma en cuenta la existencia del Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, pero su función, su eficiencia y su eficacia, están condicionadas también por diversos factores políticos y financieros.

De esta manera, el Senado se enfrenta en condiciones adversas frente a un Ejecutivo dotado de más y mejores recursos para obtener, procesar, dirigir y condicionar la información que dará como resultado una decisión legislativa importante por definitiva de la vida republicana y de la necesaria interacción entre gobierno y gobernados.

Por último, considero que vale la pena reflexionar sobre el tercer problema planteado párrafos arriba: la participación del Senado en la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF).

Esta sección del artículo inicia con una cita de Polibio de Megalópolis que rescata un papel fundamental del Senado Romano: la vigilancia de la recaudación y del gasto público. Por supuesto que en poco más de dos mil años, las cosas han cambiado, pero es importante considerar que, por regla general, quien maneja los dineros gobierna. En los últimos años, a partir de que el Ejecutivo presenta su proyecto de Presupuesto de Egresos a la Cámara de Diputados y hasta su aprobación (con todas las modificaciones que sufre en el inter), los representantes populares son los que tienen en sus manos el gobierno prácticamente absoluto de la República.

Esta concentración del poder puede resultar peligrosa para un sistema constitucional-jurídico que privilegia los derechos humanos frente a los intereses de facciones o “estamentos” del poder real. Se corre el riesgo de sucumbir bajo la tiranía de un “absolutismo parlamentario” como lo denomina Fioravanti al referirse a las constituciones sin democracia.<sup>42</sup>

Para garantizar un mínimo equilibrio en la aprobación del presupuesto, un contrapeso ideal consistiría en contar con una cámara revisora, conforme al proceso legislativo normado en el artículo 72 constitucional. Esto significa que el Senado participe en la revisión de la propuesta del Ejecutivo, desde el punto de vista de las múltiples necesidades regionales del territorio mexicano, es decir, como un auténtico representante del pacto federal.

La propuesta es clara: integrar al Senado de la República en el proceso de aprobación del presupuesto mediante la derogación de la fracción VI del artículo 74 constitucional e insertar su texto en la fracción II, hoy derogada, del 73, de modo que la facultad de aprobar el PEF se convierta en un acto bicameral, típicamente legislativo.

Así se garantizaría la representación de las entidades federativas y un consecuente equilibrio en el reparto del gasto público para lograr un desarrollo solidario y equitativo en todas las regiones del país.

Desde mi punto de vista, este aspecto de la reforma cobra mayor peso y sentido si también se incluye el tema relativo a los senadores designados por las legislaturas locales.

Adicionalmente, incorporar al Senado de la República en el proceso presupuestario tendría como efectos:

<sup>42</sup> Fioravanti, Mauricio, *op. cit.*, p. 109.

Permitir la muy recomendable doble reflexión que supone el procedimiento bicameral, en donde se exprese un mayor consenso sobre las asignaciones del gasto y una justa distribución del mismo.

Facilitar el alineamiento de las reflexiones y consideraciones que tuviere el Legislativo en su conjunto al momento de aprobar la Ley de Ingresos, misma que, como sabemos, surge de un procedimiento bicameral, dando un mayor equilibrio entre la política nacional de ingresos y egresos.

Hacer posible una más equilibrada asignación de recursos con fines de descentralización, señaladamente el régimen de transferencias federales (ramo 28 y ramo 33), así como la oportuna intervención de los intereses estatales en la asignación del gasto central con efectos regionales o locales (CFE, IMSS, ISSSTE, SCT, etcétera).

En el contexto actual, cuando un partido de oposición está llegando con mayoría relativa de legisladores a la Cámara de Diputados y va a tener en sus manos la aprobación del próximo presupuesto federal, resulta conveniente atemperar la capacidad de presión y de chantaje político que sus líderes visibles ya están desplegando, facilitando que en el proceso participe un Senado compuesto por fuerzas políticas más equilibradas, de manera que al revisar el PEF tenga la posibilidad de decidir por un gasto orientado hacia la inversión en infraestructura y hacia la generación de oportunidades de desarrollo humano, social y económico en las diversas regiones que conforman el territorio nacional.

## V. CONCLUSIONES

En el régimen político, presidencialista, que se desarrolló a lo largo de siete décadas prevaleció, precisamente, el dominio del Ejecutivo federal, cuyas facultades metaconstitucionales lo convirtieron en un poder desbordado, débilmente acotado por el Legislativo y el Judicial, autoritario, en torno al cual se montó un conjunto de mecanismos legales y extralegales destinados a que la persona en la que encarnaba el presidente de los Estados Unidos Mexicanos se convirtiera en el centro de la vida política y conservara el control en todos los ámbitos de la vida nacional.

Así, el presidente fue el gran elector, el máximo legislador y el supremo juez. En ese contexto, los diputados y senadores no tenían que rendirle cuentas a nadie más que al presidente y a su partido. El electorado prácticamente no contaba.

En pocas palabras, durante décadas se privilegió el poder del Estado y de su príncipe frente a la constitución jurídica, garante de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

El Senado de la República puede llegar a convertirse en un factor de equilibrio jurídico-político determinante para la vida interna de México y para su relación interdependiente con el resto del mundo.

Para lograr el equilibrio deseable, entre otras cosas, se requiere que las instituciones republicanas como el Senado puedan ejercer los contrapesos necesarios en una relación *inter pares* y, para ello, es menester una reforma constitucional que, por lo menos, lo faculte para que:

1. Los senadores puedan ser reelectos para periodos consecutivos.
2. Se garantice una representación territorial paritaria a partir de la eliminación de por lo menos los 32 escaños de representación proporcional.
3. El Senado de la República participe en la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Así, uno de los efectos buscados es que la relación del Senado con la ciudadanía sea transparente y esté basada en la rendición de cuentas sistemática, con el fin de establecer una base de confianza mutua. En cuanto a la relación de la Cámara Alta con el Ejecutivo, se pretende que tienda a ser más de co-participación, de corresponsabilidad en decisiones fundamentales para los gobernados, y menos de enfrentamiento y “separación” de poderes.<sup>43</sup>

Con todo esto, apenas estaríamos vislumbrando un México unido en su diversidad, donde la igualdad de todos ante la ley, la no discriminación, el reconocimiento de su riqueza cultural, la garantía de seguridad y la paz sean los ejes rectores de una nueva relación entre gobierno y gobernados. Un México donde sus ciudadanos sepan que lo son y cuándo lo son; es decir, que conozcan sus prerrogativas y sus obligaciones; que defiendan sus derechos subjetivos y los hagan valer ante cualquier entidad pública o privada, nacional o internacional, pero que, sobre todo, conozcan su Constitución.

<sup>43</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y galantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 105-106.

## LA IMPOSIBILIDAD DE SANCIONAR EL FRAUDE DE SEGUROS PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL<sup>1</sup>

Alfredo HARO GOÑI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Competencia legislativa y previsión legal*. III. *El fraude específico de seguros en el Distrito Federal*. IV. *Tipología del fraude de seguros*. V. *¿Cómo reducir el fraude de seguros?* VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las operaciones de seguros son antiquísimas; tienen su origen en el seguro marítimo en China y Babilonia en donde los dueños de embarcaciones aportaban dinero para cubrir la pérdida de alguna embarcación y su cargamento.<sup>2</sup>

No obstante la antigüedad de los seguros, los primeros casos registrados de fraude de seguros tuvieron lugar hasta el siglo XVII; algunos comerciantes que habían asegurado sus mercancías para un viaje marítimo entre las colonias americanas y Europa, hundían in-

<sup>1</sup> Este trabajo es producto de una estancia de investigación en la Universidad de Yale, en New Haven, CT., Estados Unidos, durante el verano de 2011.

<sup>2</sup> Feinman, Jay M., *Delay, Deny, Defend. Why insurance companies don't pay claims and what you can do about it*, pp. 3, 22, quien explica que de ahí viene la terminología de sociedades mutualistas, toda vez que las primeras aseguradoras eran creadas para compartir los riesgos –mutuos– de determinado grupo de personas –comerciantes marítimos, doctores, bomberos, etc.–; Bourhis, Ray, *Insult to Injury. Insurance, Fraud, and the Big Business of Bad Faith*, pp. 5-6; Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, p. 504.

tencionalmente los barcos que las transportaban para cobrar el seguro correspondiente. El capitán Edward Loose fue conocido por crear la orden para hundir barcos, que después quedaría inmortalizada en la frase "*Loose lips, sink ships*",<sup>3</sup> en atención a la coincidencia entre el apellido del capitán Edward y el adjetivo *loose*.

En Inglaterra, en el siglo XVIII, se consideraba que el hecho de exagerar los daños sufridos por un siniestro era una operación cotidiana de negocios y en consecuencia dicha reclamación "inflada" era objeto de negociación; sólo se consideraba fraudulenta una reclamación de un siniestro que no existió o que no ocasionó daños a los bienes asegurados.<sup>4</sup> Pareciera que México se quedó en esta etapa.

Desde sus orígenes, el mercado de seguros tiene implícita una regla de buena fe,<sup>5</sup> puesto que lo que se compra es una "promesa" de indemnizar al asegurado en caso de pérdidas por algún siniestro;<sup>6</sup> la buena fe, en palabras lisas y llanas, significa que la aseguradora tiene que pagar las reclamaciones legítimas; sin embargo, es precisamente en la calidad de "legítima" de una reclamación, donde abusan tanto las aseguradoras<sup>7</sup> —para no pagar una reclamación— como los asegurados —para obtener un beneficio que no les corresponde—.

Si bien en nuestro país no existen datos relativos a la incidencia del fraude de seguros, ni por la doctrina,<sup>8</sup> ni por las autoridades competentes,<sup>9</sup> podemos remitirnos a los números y estadísticas que al respecto han surgido en Estados Unidos de América, pues nada impide inferir que, con la debida proporción, lo mismo ocurre en México.

<sup>3</sup> Kohtz, Don, "Insurance Fraud: New Statute. Old Crime", p. 8.

<sup>4</sup> Clarke, Michael, "Insurance fraud", pp. 4, 10.

<sup>5</sup> Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co. (Utah 2004); Benson, Curt A., "Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases", pp. 521, 527; Clarke, Michael, "The control of insurance fraud. A comparative view", p. 2.

<sup>6</sup> Feinman, Jay M., *Delay, Deny, Defend. Why insurance companies don't pay claims and what you can do about it*, pp. 3-4, 13, quien explica que la esencia y el objetivo de un seguro, desde sus inicios, es reducir las consecuencias financieras de un riesgo mediante la asunción de dicho riesgo por un grupo de personas que comparten el costo del riesgo.

<sup>7</sup> Bourhis, Ray, *Insult to Injury. Insurance, Fraud, and the Big Business of Bad Faith*, p. 13.

<sup>8</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios*, p. 231; Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentado*, p. 461, quien únicamente señala que es un fraude muy frecuente. Zamora Pierce, Jesús, "Artículo 231", p. 524.

<sup>9</sup> <http://www.cnsf.gob.mx>, es la página oficial de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El fraude de seguro es el segundo delito más cometido en Estados Unidos—sólo después de la evasión fiscal—.<sup>10</sup> Tan elevada es la incidencia de fraude en esta área que se estima que: i) al menos 15 centavos por cada dólar que se paga en primas se puede atribuir al costo de pago de reclamaciones falsas de seguro;<sup>11</sup> ii) por cada dólar americano que se invierte en la lucha contra el fraude de seguros, diez dólares se recuperan o se ahorran,<sup>12</sup> y iii) 95 mil millones de dólares se pierden cada año en fraudes de seguros en Estados Unidos.<sup>13</sup>

Las aseguradoras hacen mucho más que cobrar primas y pagar reclamaciones de seguros distribuyendo el costo del riesgo individual entre el universo de asegurados mediante el cobro de primas;<sup>14</sup> invierten miles de millones de pesos en el mercado de valores y otras inversiones, tienen otro tanto en activos fijos y gastan otro tanto en el pago a los vendedores, consultores, ajustadores, etc.<sup>15</sup> Durante mucho tiempo las aseguradoras han decidido que no vale la pena luchar contra el fraude de seguros considerando el costo de un litigio, los honorarios de abogados, las inevitables reclamaciones fraudulentas, etc.; sin embargo, es una realidad que el fraude de seguros se puede combatir de manera agresiva y exitosa,<sup>16</sup> si no mediante la aplicación del fraude específico de seguros sí mediante la aplicación del fraude

<sup>10</sup> Kohtz, Don, "Insurance Fraud: New Statute. Old Crime", p. 8; Feinman, Jay M., *Delay, Deny, Defend. Why insurance companies don't pay claims and what you can do about it*, p. 170.

<sup>11</sup> Brunette, Guy E. Jr., "Defending Against Insurance Fraud", p. 43. En sentido similar pero con cifras distintas, Clarke, Michael, "The control of insurance fraud. A comparative view", p. 7.

<sup>12</sup> Kohtz, Don, "Insurance Fraud: New Statute - Old Crime", p. 11; Abramovsky, Aviva, "An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards", p. 372.

<sup>13</sup> Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 126; Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, p. 7. Con otras cifras billonarias, Abramovsky, Aviva, "An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards", p. 372; Fox, Bruce R., "Technology: the new weapon in the war on insurance fraud", p. 237; Clarke, Michael, "The control of insurance fraud. A comparative view", p. 7; Del Mauro, Steven P., "Health insurance fraud. Fighting back", p. 11.

<sup>14</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", p. 329.

<sup>15</sup> Kohtz, Don, "Insurance Fraud: New Statute. Old Crime", p. 10.

<sup>16</sup> Brunette, Guy E. Jr., "Defending Against Insurance Fraud", p. 43; Clarke, Michael, "Insurance fraud", pp. 1, 16-18; Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, p. 71; Clarke, Michael, "The control of insurance fraud. A comparative view", p. 2. En sentido similar en España, Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", pp. 331-332.

genérico o del fraude procesal dependiendo de la etapa y los medios utilizados por el asegurado para hacer valer su reclamación.

Existen innumerables conductas que son constitutivas del fraude de seguros, entre ellas destacan:

- a) La provocación del siniestro por parte del asegurado o un tercero.
- b) La simulación de un siniestro que nunca ocurrió.<sup>17</sup>
- c) La exageración de los daños sufridos a raíz del siniestro.<sup>18</sup>
- d) La contratación del seguro con posterioridad al siniestro para obtener la indemnización a la que no se tenía derecho al momento del siniestro.<sup>19</sup>

La nota común a todas las conductas generadoras del delito en estudio, es la reclamación del pago de la indemnización pactada en el contrato de seguro sin que se tenga derecho a ella,<sup>20</sup> en otras palabras, la “simulación de las condiciones que dan derecho a obtener la prestación del asegurador”<sup>21</sup> o si se quiere, la reclamación fraudulenta del importe de la indemnización pactada en el contrato de seguro;<sup>22</sup> ahora bien, estas formas de expresar la esencia del fraude de seguros,

<sup>17</sup> Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa*, p. 403; Kohtz, Don, “Insurance Fraud: New Statute. Old Crime”, p. 10; Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 126; Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, p. 5; Clarke, Michael, “The control of insurance fraud. A comparative view”, p. 1.

<sup>18</sup> Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, pp. 5-6; Clarke, Michael, “The control of insurance fraud. A comparative view”, p. 1; Del Mauro, Steven P., “Health insurance fraud. Fighting back”, p. 11.

<sup>19</sup> Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa*, p. 403, quien señala también la “renovación fraudulenta de póliza cancelada”, sin embargo, en nuestro país tal situación no caería dentro del fraude específico de seguros sino dentro del fraude genérico, en virtud de que la “renovación fraudulenta” que sería una forma de falsificación no puede hacerse aparecer como producto de caso fortuito o fuerza mayor, lo cual es exigido por el precepto legal en estudio; un comentario similar aplicaría para “la agravación simulada del siniestro o de las consecuencias del mismo” pues si no existió provocación deliberada del siniestro no podría aplicarse el fraude específico de seguros sin violar el principio de legalidad. Kohtz, Don, “Insurance Fraud: New Statute. Old Crime”, p. 10, para quien también sería aplicable el comentario hecho a Choclán Montalvo.

<sup>20</sup> Clarke, Michael, “The control of insurance fraud. A comparative view”, p. 1.

<sup>21</sup> Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa*, p. 403.

<sup>22</sup> Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa*, p. 401; Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, p. 17.

podieran llevarnos a creer que será necesario engañar a alguien para obtener un lucro<sup>23</sup>—lo que nos traslada sin duda al tipo del fraude genérico, por lo que deberemos aproximarnos con cautela al análisis del tipo que se comenta para poder diferenciar una figura delictiva (fraude genérico) de otra (fraude de seguros). En este orden de ideas, veremos en las siguientes páginas que el tipo penal de fraude de seguros no requiere demostrar la consecución del engaño o aprovechamiento del error, aunque en la práctica la intención de engañar, deba existir en las conductas ilícitas que se persigan por este delito.

Ahora bien, en muchos casos las aseguradoras son quienes actúan con mala fe; retrasar injustificadamente el pago de los daños por el siniestro, negarse total o parcialmente a realizar dicho pago, forzando a los asegurados a iniciar un proceso civil para obligar a la aseguradora a cumplir con el contrato de seguro, son algunas “técnicas” utilizadas por las aseguradoras para aumentar sus ganancias. Entre menos daños pague a sus asegurados, más dinero le queda a la aseguradora como ganancia.<sup>24</sup> Esta situación será abordada al hablar de otras formas que pueden presentar diversas conductas ilícitas y que no tienen cabida en la estrecha descripción del fraude de seguros previsto en el Código Penal para el Distrito Federal (en lo sucesivo, CPDF).

## II. COMPETENCIA LEGISLATIVA Y PREVISIÓN LEGAL

Causa sorpresa que el fraude de seguros en México no esté previsto en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros o al menos en el Código Penal Federal (CPF); pues de conformidad con el artículo 73 constitucional, fracción X, todo lo relacionado con servicios financieros, es competencia del Congreso de la Unión; siendo el contrato de seguro un servicio financiero, es clara la competencia federal para regular lo relativo al seguro, incluso los delitos cometidos en relación con dicho contrato. Lo mismo se puede decir de las fianzas cuando éstas se contraten con alguna institución de fianzas y no con un particular.

<sup>23</sup> Morse, Dexter / Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, p. 3.

<sup>24</sup> Feinman, Jay M., *Delay, Deny, Defend. Why insurance companies don't pay claims and what you can do about it*, p. 2. En sentido similar, Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, p. 542.

A pesar de lo dicho con anterioridad, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ignoró el mandato constitucional y estableció el fraude de seguros en el artículo 231, fracción VI, del CPDF.

A nivel federal no existe un tipo de fraude de seguros, sin embargo, de manera genérica existe el artículo 386 del CPF que puede utilizarse para abarcar ciertas conductas que, en el fuero local, serían fraude de seguros.

### III. EL FRAUDE ESPECÍFICO DE SEGUROS EN EL DISTRITO FEDERAL

Considero prudente apuntar que cuando se habla de “fraude específico” se acepta expresamente que el fraude específico tiene los mismos elementos del fraude genérico y uno o más elementos. Lo anterior es así, toda vez que la especie tiene todas las características del género y un *plus* que la individualiza dentro de dicho género; situación que sucede también, aunque con cierto matiz, respecto al artículo 231-VI del CPDF que abordo en las siguientes líneas.

#### 1. Cuestiones generales y bien jurídico

Siguiendo la línea dibujada en el párrafo inmediato anterior, es importante señalar que el fraude específico de seguros es un tipo penal autónomo, independiente; sin embargo, al ser una especie del género, implica, en cierto modo, los elementos que constituyen el fraude genérico.<sup>25</sup> Así, de manera previa y a reserva de tratarlo con mayor profundidad posteriormente, será necesario intentar o buscar el engaño o aprovechamiento del error —con independencia de si tal engaño, logra efectivamente concretarse en contra de la aseguradora—, para que se consume el tipo penal que aquí se estudia.

<sup>25</sup> En sentido similar, Fox, Bruce R., “Technology: the new weapon in the war on insurance fraud”, p. 237; Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentado*, p. 461; Zamora Pierce, Jesús, “Artículo 231”, p. 524. En sentido contrario, Bajo Fernández, Miguel, “Estafa al asegurador o a un tercero”, en *Comentarios a la legislación penal*, p. 1234, quien al referirse a la legislación española, señala que ahí sí se requiere de todos los elementos del fraude genérico en atención a la redacción del artículo 529, núm. 4o.; Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, p. 330; Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial 2*, p. 328.

Se dice que el bien jurídico que protege el tipo penal de fraude de seguros es el “patrimonio individual y el orden económico”, puesto que las reclamaciones de seguros suponen el encarecimiento de las primas que todos los asegurados pagan por la cobertura que contratan.<sup>26</sup> Ahora bien, por lo que hace al “patrimonio individual” la lógica señala que el patrimonio del que se habla es aquel propiedad de la institución o sociedad mutualista de seguros, que es la persona jurídica que desembolsará el pago correspondiente al siniestro ocurrido; sin embargo, el lenguaje utilizado en el tipo penal que se analiza, demuestra que el tipo penal es un delito de mera conducta, luego entonces el patrimonio individual de la aseguradora no se ve afectado aun cuando el delito ya está consumado.<sup>27</sup> En lo tocante al “orden económico”, hay que decir que tal concepto es sumamente ambiguo y el argumento de su afectación en orden al incremento de las primas es tan absurdo que de apegarse a él deberíamos también aceptar que la inflación afecta al orden económico pues en el caso hipotético de que durante un año una aseguradora no tenga que cubrir siniestro alguno, sus primas incrementarán de igual forma en atención a la inflación.<sup>28</sup> En este sentido la necesidad de la teoría del bien ju-

<sup>26</sup> En sentido similar en México, Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado*, p. 461. En España, Bajo Fernández, Miguel, “Estafa al asegurador o a un tercero”, en *Comentarios a la legislación penal*, p. 1236; Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito de estafa*, p. 401; Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, p. 332. En Estados Unidos, A., Kohtz, Don, “Insurance Fraud: New Statute. Old Crime”, p. 8; Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 135; Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, p. 71; Abramovsky, Aviva, “An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards”, p. 372.

<sup>27</sup> Los delitos de peligro surgieron a raíz de la imposibilidad de sancionar, ni aun como tentativa, conductas en las que lo único que se generaba era “peligro”, pues no podía comprenderse en la conducta subjetiva del sujeto activo, ni el deseo, ni la aceptación del resultado; situación que vulnera los principios de lesividad y de *ultima ratio*, así lo sostiene Quintero Olivares, Gonzalo, *A dónde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, pp. 83 y 174. En Estados Unidos, A. Fox, Bruce R., “Technology: the new weapon in the war on insurance fraud”, p. 237, quien señala que el fraude de seguros se ha considerado comúnmente como un delito “sin víctima”.

<sup>28</sup> Para una exposición excelsa en tal sentido, Santiago Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, pp. 55 y ss.

rídico en el derecho penal es cuestionable por presentar muchas más complicaciones y problemas, que beneficios.<sup>29</sup>

Como se explicará a lo largo de estas páginas, si bien el fraude específico de seguros está hecho para atacar a los asegurados que provocan intencionalmente los siniestros, es un hecho que las aseguradoras, a través de sus directivos, agentes y demás empleados, realizan conductas que perjudican gravemente a los asegurados.<sup>30</sup>

En este sentido, de manera previa y muy general, es importante advertir que una vez que una aseguradora pone en conocimiento del Ministerio Público la conducta ilícita, la carga de la prueba la tiene la acusación –el mismo Ministerio Público y la aseguradora como coadyuvante de aquel–; lo mismo sucede cuando es la aseguradora quien actúa irregularmente –vendiendo seguros inexistentes, negándose a pagar una reclamación legítima y forzando un proceso judicial sin sentido, etc.–, pues será el cliente asegurado quien deberá coadyuvar con el Ministerio Público para demostrar el ilícito que denunció.<sup>31</sup> Sostener lo contrario sería violatorio de la garantía de presunción de inocencia.<sup>32</sup>

Ahora bien, para el caso de que la aseguradora se niegue a cubrir los daños originados del siniestro, acusando al asegurado de fraude de seguros, éste puede exigir por medio del Ministerio Público, y es recomendable que lo haga, que se exhiba: i) el expediente del asegurado, ii) el expediente del vendedor del seguro, iii) todos los documentos relacionados con la investigación del siniestro –peritajes de cualquier tipo, informes, etc.– y que se insista en que al expedir dichos documentos y expedientes se realice una búsqueda exhaustiva para que la aseguradora certifique, al momento de entregar los multicitados

<sup>29</sup> Ver extensamente, Hernández-Romo Valencia, Pablo y Haro Goñi, Alfredo, “La imposibilidad de aplicar simultáneamente los delitos de violencia familiar y lesiones agravadas: Las injusticias que genera el ‘bien jurídico penal’”.

<sup>30</sup> Feinman, Jay M., *Delay, Deny, Defend. Why insurance companies don't pay claims and what you can do about it*, p. 168.

<sup>31</sup> En sentido similar, Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, p. 6; Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, pp. 503, 522.

<sup>32</sup> Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, p. 527.

medios de prueba, que no existe ningún otro documento relativo a los campos de interés que se solicitaron –expedientes de asegurado y vendedor de seguro, peritajes, informes y demás documentos relacionados con el siniestro, etc.–; cualquier documento que surja con posterioridad podrá ser objetado como una práctica injusta y de mala fe por parte de la aseguradora en atención a la certificación que dio, consistente en la inexistencia de otros documentos relacionados con los ya solicitados.<sup>33</sup> Es de insistir que el Ministerio Público o el juez en su momento, podrán admitir o no dicha documentación posterior, pero la certificación de inexistencia de ulterior documentación será un indicio de la mala fe con que se conduce la aseguradora, situación que ulteriormente podría derivar en otro ilícito penal –falsedad ante autoridad administrativa o fraude procesal– y tener incidencia en el procedimiento o proceso que se sigue por fraude de seguro.

A pesar de lo dicho, aun cuando se haya acreditado el fraude de seguros, será irrelevante que el Ministerio Público pida la reparación del daño,<sup>34</sup> puesto que éste nunca se habrá causado al momento de la consumación del tipo penal, como se verá a continuación.

## 2. Análisis del tipo penal

El artículo 231, fracción VI, del CPDF, es el numeral que prevé el fraude específico de seguros. Veamos su texto para mayor claridad:

“Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

I...

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

...”

<sup>33</sup> Cramer M., Michael, “The Insured’s Approach. Discovery in Insurance Fraud Litigation”, pp. 62-63. En sentido similar, Clarke, Michael, “Insurance fraud”, pp. 3-4; Hernández-Romo Valencia, Pablo, *El fraude procesal penal: una nueva visión*, p. 40, quien habla del principio de buena fe o probidad en materia penal.

<sup>34</sup> En sentido contrario en Estados Unidos, Brunette, Guy E. Jr., “Defending Against Insurance Fraud”, p. 47.

Nótese que el tipo penal está redactado para castigar a los asegurados, pero no a las aseguradoras,<sup>35</sup> en caso de que éstas actúen irregularmente para con sus asegurados.

#### A. "Provoque deliberadamente"

La oración que forma el encabezado de este subapartado, está compuesta por elementos descriptivos, por tanto, es menester acudir al *Diccionario de la Real Academia Española* (RAE) para determinar el alcance de los términos señalados.

Según la RAE, "provocar" significa *hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella*; si tomamos en cuenta únicamente este verbo rector, la conducta del agente que produce un choque de vehículos, bien puede ser imprudente y es por eso que la ley exige que la provocación sea "deliberada", voz que significa, según la RAE, *voluntario, intencionado, hecho a propósito*. Todo lo anterior se traduce en que el agente debe tener la intención de producir el acontecimiento previamente a que dicho acontecimiento ocurra.<sup>36</sup> De ahí que sólo tenga cabida el dolo directo.

Lo dicho en el párrafo anterior implica que si un siniestro ocurre de manera fortuita y el sujeto que sufre el siniestro y que está asegurado, no tiene pensado hacer una reclamación fraudulenta —por ejemplo, exagerando los daños o la lesión que sufrió— al momento en que ocurrió el siniestro, no se actualiza el fraude de seguros pues no se "provocó deliberadamente" el siniestro como lo exige el tipo penal.

Tampoco tiene cabida la comisión por omisión pues es imposible provocar deliberadamente algo mediante una abstención.<sup>37</sup>

#### B. "Cualquier acontecimiento"

Lo que se debe provocar deliberadamente es precisamente "cualquier acontecimiento". Pues bien, un "acontecimiento" significa un *hecho*

<sup>35</sup> En sentido similar en Estados Unidos, Abramovsky, Aviva, "An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards", p. 364; Benson, Curt A., "Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases", p. 542. En España, Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", p. 330.

<sup>36</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, con comentarios*, p. 1201.

<sup>37</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", p. 344.

o suceso, y "cualquier" es un pronombre indefinido que quiere decir *indeterminado, alguno, sea el que fuere*, de ahí que "cualquier acontecimiento" se entienda como algún hecho o suceso, sea el que fuere.

Ahora bien, sin importar de qué hecho o suceso se trate, siempre deberá de ser producido intencionalmente, en atención a la redacción que tiene el artículo en comento.

Vale la pena apuntar que si bien la falsificación de algún documento —como un certificado de muerte— puede ser un hecho o suceso en el contexto aislado de "cualquier acontecimiento", este tipo de hechos o sucesos no tendrían cabida en el tipo penal que se estudia por la exigencia de que se haga parecer como caso fortuito o fuerza mayor, pues es a todas luces imposible que un documento sea producido a raíz de tales casos —caso fortuito o fuerza mayor—. Esto tendrá relevancia en el apartado relativo a la tipología del fraude de seguros al hablar de la muerte falsa.

#### C. "Haciéndolo aparecer"

La provocación deliberada de cualquier acontecimiento, para que tenga relevancia penal, deberá hacerse aparecer como caso fortuito o fuerza mayor. En este orden de ideas, la construcción lingüística utilizada en la ley tiene sentido, pero es confusa. Veamos. La palabra "haciéndolo" viene de hacer y esta voz significa *causar, ocasionar* y "aparecer", por su parte, quiere decir *manifestarse, dejarse ver*; si utilizamos las definiciones de las palabras que se están analizando, tendríamos como resultado que "haciéndolo aparecer", no es más que "causándolo/ocasionándolo —el acontecimiento— manifestarse/dejarse ver".

No obstante lo anterior, sería mucho más claro utilizar la palabra "parecer" en lugar de "aparecer" pues aquella significa *asemejarse, mostrarse semejante*. En este orden de ideas y sin causar confusión, se expresaría la idea de que el acontecimiento se produciría de manera que fuere semejante a un suceso fortuito o de fuerza mayor, precisamente para hacer creer a alguien que tal suceso fortuito o de fuerza mayor tuvo lugar cuando en realidad fue inexistente.

#### D. "Caso fortuito o fuerza mayor"

El origen de los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, puede remontarse hasta la época del imperio romano.<sup>38</sup>

Se ha dicho que el caso fortuito y fuerza mayor son términos que expresan la misma idea, esto es, una causa extraña por la que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputada a alguna de las partes en un contrato.<sup>39</sup>

No obstante lo anterior, quienes distinguen ambas figuras, señalan que la nota característica de la fuerza mayor es la *inevitabilidad o irresistibilidad* del acontecimiento, esto es, que dicho acontecimiento sea de tal magnitud que, sin importar la diligencia del sujeto perjudicado, nada se pueda hacer al respecto,<sup>40</sup> mientras que la distinción del caso fortuito recae en su *imprevisibilidad*.

Nuestros más altos tribunales han considerado que los efectos de ambos conceptos son los mismos, veamos:

Registro No. 245 709. Localización: séptima época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, pp. 121-126. Séptima Parte, p. 81. Tesis Aislada. Materia(s): laboral.

Caso fortuito o fuerza mayor. Elementos. Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el

<sup>38</sup> Exner, Adolf, *De la Fuerza Mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*, pp. 26-27, quien sostiene que los términos utilizados en diversos países para referirse a tales conceptos no son más que traducciones de aquellos empleados en el *Corpus Iuris Civilis* para expresar *vis maior, casus maior, damnum fatale, vis divina*, etc., así en alemán se habla de *höhere Gewalt, unabwendbarer Zufall*; en inglés *forcé majeure, acts of God, acts of nature*, etc. Yo no veo como descabellada la idea de que probablemente, desde antes de los romanos, existían tales conceptos a raíz de las transacciones comerciales marítimas desde la época de los fenicios; sin embargo, lo que mejor se tiene documentado de aquella época, son las prácticas romanas que llegaron a nosotros con el *Corpus Iuris Civilis*.

<sup>39</sup> Niehuss, John M., *International Project Finance in a nutshell*, p. 66; Exner, Adolf, *De la Fuerza Mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*, pp. 33-34.

<sup>40</sup> Exner, Adolf, *De la Fuerza Mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*, pp. 38-40; Niehuss, John M., *International Project Finance in a nutshell*, pp. 68-70.

cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.

Amparo directo 4010/75. Sindicato de Empleados de Centralab-México, S.A., CROC, 27 de junio de 1979. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Leonel Castillo González. Amparo directo 4008/75. Rosalba Guardiola y otros. 27 de junio de 1979. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Leonel Castillo González. Amparo directo 4006/75. Gregorio Gallegos Labrado y otros. 27 de junio de 1979. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Leonel Castillo González.

Registro No. 341 341. Localización: quinta época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. CXIX, p. 2074. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

Fuerza mayor o caso fortuito. De acuerdo con la doctrina jurídica más autorizada, el caso fortuito o fuerza mayor exige la existencia de una imposibilidad verdadera y no que el cumplimiento de una obligación simplemente se haya hecho más difícil, que el acontecimiento que constituye el obstáculo para la ejecución de la obligación haya sido imprevisible y que el deudor no haya incurrido en ninguna culpa anterior.

Amparo civil directo 2791/35. Orozco Morales, Alfredo. 25 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ángel González de la Vega. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Para efectos penales, debemos entender ambas figuras como una exclusión del dolo y de la culpa de la conducta del sujeto activo, que eliminan la parte subjetiva del tipo y por tanto vuelven atípica una conducta; en otras palabras, "no hay injusto sin desvalor de acción, aunque se cause un desvalor de resultado".<sup>41</sup>

Si no hay intención, en el sentido de conocer y querer la realización de los elementos objetivos del tipo penal, o no se violó un deber ob-

<sup>41</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, "Ubicación sistemática de los supuestos de creencia razonable—error objetivamente invencible, caso fortuito y consentimiento presunto—: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal", p. 358.

jetivo de cuidado, no puede considerarse cometido un ilícito penal,<sup>42</sup> por la razón expresada en el párrafo inmediato anterior –atipicidad–. Este razonamiento viene desde tiempos romanos y se expresa en el latinajo “*actus not facit reum nisi mens sit rea*”, lo que significa que un acto no hace culpable a uno salvo que su mente sea culpable.<sup>43</sup>

Por lo dicho con anterioridad, es evidente que el tipo penal en estudio, al señalar que el acontecimiento provocado se haga “aparecer como caso fortuito o fuerza mayor”, busca poner énfasis en que la producción del siniestro intente hacer patente la ausencia de dolo o culpa por parte del sujeto involucrado, y digo “intente” porque no es necesario que la aseguradora sea engañada en tal sentido, es decir, no se requiere que la aseguradora o el ajustador crean el “teatro” que montó el asegurado.<sup>44</sup>

#### E. “Para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros”

El acontecimiento que se hace aparecer como un caso fortuito o fuerza mayor debe ser provocado “para” lograr alguno de los siguientes objetivos: i) liberarse de obligaciones, ii) cobrar fianzas o iii) cobrar seguros.<sup>45</sup>

La preposición “para” hace referencia al fin al que se encamina una acción; esto es, la provocación del siniestro debe tener como objetivo o fin, alguno de los señalados en el párrafo anterior. Lo anterior es de suma relevancia, toda vez que *gramaticalmente*, la consumación del delito en estudio se produce en el momento en que se provoca el siniestro con la intención de lograr los objetivos mencionados, sin

<sup>42</sup> Por regla general, lo mismo aplica en Estados Unidos; sin embargo, ahí existen los “strict liability crimes” que no requieren de un elemento subjetivo como el dolo o la culpa. Dubber, Markus D. y Kelman, Mark G., *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*, pp. 283-290; Lafave, Wayne R., *Modern Criminal Law. Cases, Comments and Questions*, pp. 111-112; Kaplan, John, Weisberg, Robert y Binder, Guyora, *Criminal Law. Cases and Materials*, pp. 198-211; Moenssens, Andre A. y Bacigal, Ronald J. y Ashdown, Gerald G. y Hench, Virginia E., *Criminal Law. Cases and Comments*, pp. 44-46, 49-75.

<sup>43</sup> Lafave, Wayne R., *Modern Criminal Law. Cases, Comments and Questions*, p. 111.

<sup>44</sup> En sentido similar, Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, pp. 536-537; Fox, Bruce R., “Technology: the new weapon in the war on insurance fraud”, p. 237.

<sup>45</sup> En sentido similar, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial 2*, p. 329, quien es redundante al respecto.

que sea necesario que el sujeto pasivo busque hacer efectiva: i) la liberación de la obligación, ii) el pago de la fianza o iii) el pago del seguro.<sup>46</sup> El simple hecho de tener la intención de lograr alguno de tales objetivos al momento de la provocación del siniestro es suficiente para que se consume el delito.<sup>47</sup>

Sin embargo, sería absurdo pensar que el legislador buscó sancionar penalmente la destrucción de bienes propios sin más; a esa conclusión se llegaría si un sujeto choca deliberadamente su auto para cobrar su seguro, pero al momento de sacar su celular para llamar a la aseguradora y pedir que le envíen un ajustador, decide que ya no quiere seguir con su intención inicial. En este supuesto, conforme a una interpretación gramatical, el delito se consumó, pero a nadie le importa que una persona destruya sus propios bienes, siempre que no estén embargados o afectados como garantía.

En este orden de ideas, debemos interpretar el “para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros” con relación a una parte previa del tipo penal en comento, el “hacerlo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor”. El hecho de hacer aparecer un evento deliberado como caso fortuito o fuerza mayor deberá realizarse, precisamente, para efectos de engañar al acreedor –aquel para con quien se tiene la obligación–, a la institución de fianzas/fiador –aquel quien pagará la fianza si no lo hace el deudor principal– o a la institución o sociedad mutualista de seguros –la cual pagará el monto pactado en virtud de la ocurrencia del siniestro–; es a ellos a los que se debe mostrar el falso siniestro con independencia de que ellos crean que, el caso fortuito o fuerza mayor, efectivamente tuvo lugar. En consecuencia el término “para” sí implica la intención de lograr los tres objetivos señalados anteriormente, pero también implica la realización de actos tendientes a conseguir efectivamente esos beneficios; de no ser así, llegaríamos al absurdo de sancionar penalmente al que destruya sus propios bienes sin exteriorizar de manera alguna su intención de defraudar.

Una *obligación* es el vínculo jurídico por virtud del cual, una persona denominada deudor, debe observar una conducta consistente en dar, hacer o no hacer, a favor de otra, denominada acreedor, teniendo

<sup>46</sup> En sentido similar, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial 2*, pp. 328-329.

<sup>47</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, pp. 337-338., quien habla de actos preparatorios del fraude.

esta última la facultad de exigir la observancia de tal conducta y de no ser posible, afectar el patrimonio del deudor para obtener una indemnización por el incumplimiento. En este sentido, el supuesto siniestro que se provoca, al presentarse como caso fortuito o fuerza mayor, podría –en caso de ser real– liberar de su obligación al deudor puesto que nadie está obligado a lo imposible. Así lo han dicho nuestros más altos tribunales:

Registro No. 197 162. Localización: novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, VII, enero de 1998, p. 1069. Tesis: II.Io.C.158 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

Caso fortuito o fuerza mayor. Cuando el acto o hecho en que se sustenta es un acto de autoridad. La doctrina jurídica es unánime al admitir que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido a cumplir por causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitar. A un acontecimiento de esa naturaleza se le llama caso fortuito o fuerza mayor. Los diversos tratadistas como Bonnetcase, García Goyena, Henri León Mazeaud y André Tunc también son acordes al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de la autoridad; sea que el acontecimiento proceda de cualquiera de esas fuentes y, por ello, provoque la imposibilidad física del deudor para cumplir la obligación, lo que traerá como lógica consecuencia que no incurra en mora y no pueda considerársele culpable de la falta de cumplimiento con la correspondiente responsabilidad de índole civil, dado que a lo imposible nadie está obligado. Las características principales de esta causa de inimputabilidad para el deudor son la imprevisibilidad y la generalidad, puesto que cuando el hecho puede ser previsto el deudor debe tomar las prevenciones correspondientes para evitarlo y si no lo hace así, no hay caso fortuito o fuerza mayor; el carácter de generalidad implica que la ejecución del hecho sea imposible de realizar para cualquier persona; no basta, pues, con que la ejecución sea más difícil, más onerosa o de desequilibrio en las prestaciones recíprocas. Así, cuando se trata de actos de autoridad, que algunos autores como Manuel Borja Soriano catalogan dentro de la categoría de hechos provenientes del hombre, el hecho del príncipe, se da a entender a todos aquellos impedimentos que resultan de una orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.

Amparo directo 487/97. U.S.A. English Institute, A. C. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

La *fianza* es un contrato por virtud del cual una persona se obliga con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace.<sup>48</sup> De conformidad con lo anterior, el siniestro provocado que parezca caso fortuito o fuerza mayor deberá, *primero*, ser provocado por el acreedor y *segundo*, recaer sobre los bienes o la actividad del deudor principal, de manera que el suceso le impida cumplir con su obligación para que el acreedor pueda exigir el pago de la fianza al fiador. Es importante señalar que la fianza puede cubrir no al deudor principal sino al primer fiador –o uno ulterior– en cuyo caso el siniestro deberá afectar a dicho fiador de manera que no le sea posible hacer frente a la obligación principal y se pueda cobrar la fianza al segundo –o ulterior– fiador. También es relevante aclarar que el contrato de fianza se puede celebrar: a) con una institución afianzadora, que daría competencia al órgano jurisdiccional federal, o b) con un particular, que otorgaría competencia a un órgano jurisdiccional local.

El *seguro*, por su parte, es un contrato en virtud del cual, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o pagar una suma de dinero, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato,<sup>49</sup> al asegurado o a un beneficiario. En este supuesto, el siniestro provocado es precisamente “la eventualidad prevista en el contrato”, misma que genera la obligación de resarcir el daño o de pagar cierta cantidad de dinero al asegurado o al beneficiario. En este orden de ideas, aunque coloquialmente se diga que lo que se cobra es el seguro, no es el seguro lo que realmente se cobra o se exige –puesto que el seguro es técnicamente el contrato–, sino la prestación que la aseguradora está obligada a dar o hacer en virtud del contrato de seguro.

Es importante señalar que la Ley sobre el Contrato de Seguro señala en su artículo 77, que las aseguradoras no estarán obligadas para con el asegurado/beneficiario/causahabiente de los últimos, si se demuestra que hubo dolo o mala fe por parte de dichos sujetos en la ocurrencia

<sup>48</sup> Cfr. Artículo 2794 del Código Civil Federal.

<sup>49</sup> Cfr. Artículo 1 de la Ley sobre el Contrato de Seguro.

del siniestro;<sup>50</sup> sin embargo, en dicha ley no se impone sanción alguna para los sujetos que provoquen intencionalmente el siniestro, es por eso que existe la disposición que se estudia en el CPDF; vale la pena apuntar nuevamente que el CPDF no debería prever esta conducta por lo que hace a: 1) las fianzas celebradas con instituciones de fianzas y 2) los seguros, pues ambas figuras, al constituir servicios financieros, son de competencia federal, no local.

De lo dicho en este apartado se desprende que si el que provoca el siniestro, no es el mismo sujeto que se liberará de la obligación o cobrará una fianza o seguro, dicho sujeto no comete el delito en estudio.<sup>51</sup> El supuesto en este párrafo, tendría cabida en el delito de daños a propiedad ajena.

Ahora bien, a raíz del planteamiento hecho en el párrafo anterior, cuando sí es el mismo sujeto el que realiza la conducta estudiada en este apartado, afectando también bienes de terceros en su intención de liberarse de la obligación o cobrar una fianza o seguro, podría pensarse que el delito de fraude de seguros coexistiría en un concurso ideal con el delito de daño a la propiedad; sin embargo, considero que al ser el daño un medio para la comisión del fraude de seguros únicamente podría sancionarse a este último, so pena de violar el principio de *non bis in idem*.<sup>52</sup>

#### F. Penalidad. "Las penas previstas en el artículo anterior"

Retomando lo dicho con anterioridad, si bien el fraude específico de seguros no requiere que el engaño o el aprovechamiento del error se logre, para que se consuma el tipo penal de fraude de seguros sí deben haberse exteriorizado actos tendientes a engañar o aprovecharse del error en que se encuentre la víctima, de lo contrario se estarían

<sup>50</sup> Artículo 77. En ningún caso quedará obligada la empresa, si probase que el siniestro se causó por dolo o mala fe del asegurado, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes.

<sup>51</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", p. 342.

<sup>52</sup> Ver extensamente, Haro Goñi, Alfredo, *El Non Bis in Idem en México* y Hernández-Romo Valencia, Pablo y Haro Goñi, Alfredo, "La imposibilidad de aplicar simultáneamente los delitos de violencia familiar y lesiones agravadas: las injusticias que genera el 'bien jurídico penal'".

sancionando actos preparatorios con las aberrantes consecuencias apuntadas con anterioridad.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el tipo penal que se analiza en este trabajo, nos remite al "artículo anterior" por lo que hace a la penalidad; nos encontramos entonces ante una norma penal en blanco, para efectos de la pena.

El "artículo anterior" es el artículo 230 que habla del fraude genérico, dicho numeral reza:

"Artículo 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor.

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo.

III. Prisión de dos años seis meses a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo.

IV. Prisión de cuatro a seis años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil pero no de diez mil veces el salario mínimo.

V. Prisión de seis a once años y de ochocientos a mil doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez mil veces el salario mínimo.

Quando el delito se cometa en contra de dos o más personas, se impondrá además las dos terceras partes de las penas previstas en las fracciones anteriores".

Como la remisión que hace el encabezado del artículo es para efectos de la pena, no es relevante por el momento comentar el encabezado del artículo 230; únicamente es relevante para efectos del delito en estudio, las fracciones I a V del artículo 230 y su último párrafo que también debemos considerar para efectos de la pena del fraude específico de seguros.

Es fundamental notar que todas las penas están relacionadas con el "valor de lo defraudado" y dependiendo del mayor o menor valor,

aumentará o disminuirá la pena; sin embargo, al utilizarse la frase “valor de lo defraudado”, se impone como requisito que el asegurado obtenga, efectivamente, el beneficio económico equivalente a la fracción que corresponda y hace parecer tales extremos, como un resultado típico.

Recordemos que la descripción de la conducta que hace el tipo penal, únicamente requiere que se provoque intencionalmente un acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para: i) liberarse de una obligación, ii) cobrar fianzas o iii) cobrar seguros, lo que no implica la efectiva liberación de la obligación, o el cobro efectivo de la fianza o del seguro, sino la simple producción del acontecimiento con la intención de lograr tales propósitos mediante la ejecución de actos tendientes a engañar o aprovechar el error de la víctima —como llamar a la aseguradora para que envíe un ajustador—, momento en el cual se consuma el delito, configurándose así, como delito de mera conducta.<sup>53</sup> En este sentido, nos encontramos ante una tentativa de fraude, elevada a la categoría de tipo penal autónomo.

La pena, sin embargo, para poder imponerse, requiere que el sujeto haya sido liberado de su obligación o haya cobrado ya la fianza o el seguro, así lo indica el “valor de lo defraudado”; en este sentido la pena nunca podrá imponerse puesto que nunca existirá tal valor al momento de la consumación del tipo en estudio, toda vez que el tipo penal para quedar consumado no requiere la efectiva consecución de los objetivos señalados. En este sentido, no admite formas imperfectas de ejecución.<sup>54</sup>

Vale la pena apuntar que resulta violatorio al principio de *proporcionalidad* el hecho de que un delito de peligro, como lo es el fraude de seguros, tenga la misma pena que un delito de resultado, como es el fraude.<sup>55</sup> Lo anterior hace evidente la violación al artículo 22 constitucional y se traduce en la inconstitucionalidad del precepto en cuestión.

Ahora bien, la liberación de la obligación o el pago de la fianza o seguro, no necesariamente implica que el acreedor, fiador o asegura-

<sup>53</sup> En sentido similar, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial 2*, p. 331, quien lo califica como delito de peligro y de resultado cortado y considero que tiene razón.

<sup>54</sup> En sentido contrario, Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, p. 340.

<sup>55</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, p. 339.

dora, haya sido engañado o se encuentre en un error; dichos sujetos pueden saber que el acontecimiento ocurrió en virtud de que el sujeto activo del delito lo provocó intencionalmente y aun así, liberarlo de la obligación o pagarle la prestación correspondiente para efectos de que el sujeto pueda ser sancionado, pero aun en este caso, no se le podrá imponer sanción alguna en virtud de que no existirá “valor de lo defraudado”, toda vez que el pago se realizó con pleno conocimiento de que el acontecimiento fue causado deliberadamente y en consecuencia no puede existir monto o valor defraudado.

En otras palabras, el éxito del engaño es irrelevante para el fraude de seguros,<sup>56</sup> en virtud de que la consumación del tipo penal se dará mucho antes de que la víctima pueda ser engañada o mantenida en un error. En consecuencia, entre la tentativa de fraude y el fraude de seguros prevalecerá siempre este último por el principio de *especialidad*.

Para el caso de que el engaño o aprovechamiento del error, efectivamente se logre, entonces no podemos hablar siquiera de que el fraude de seguros queda desplazado por el fraude genérico, toda vez que éste deberá aplicarse invariablemente, en razón de que ambos tienen elementos completamente distintos (como se observa en la tabla) y se actualizarán los del fraude genérico en su totalidad, no así los del fraude de seguros.

#### IV. TIPOLOGÍA DEL FRAUDE DE SEGUROS

El fraude de seguros tiene un ámbito de aplicación muy reducido como fraude específico en el Distrito Federal; sin embargo, las conductas ilícitas, consistentes en reclamaciones fraudulentas, que pueden causar perjuicio a las aseguradoras tienen una tipología inmensa. Es importante considerar que las formas de fraude de seguro que se describen en las páginas siguientes muchas veces implican grupos de personas que de manera organizada planean y ejecutan estas conductas, haciendo más difícil su detección y persecución.<sup>57</sup> A continuación se mencionarán de manera breve las más comunes.

<sup>56</sup> Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, pp. 536-537.

<sup>57</sup> Clarke, Michael, “The control of insurance fraud. A comparative view”, p. 7; Del Mauro, Steven P., “Health insurance fraud. Fighting back”, p. 14.

### 1. Daños a inmuebles

Es muy común que las personas ocasionen daños de manera dolosa a ciertos inmuebles que tienen asegurados para poder cobrar así el seguro correspondiente. Si bien existen grupos criminales dedicados a esta actividad, en muchas ocasiones los sujetos activos de esta conducta ilícita son doctores, abogados, empresarios y demás personas que pareciera que no tienen necesidad económica.<sup>58</sup> Este supuesto puede caer perfectamente en el fraude específico de seguros.

También es una práctica común exagerar daños a bienes –muebles e inmuebles– asegurados, sufridos a raíz de un desastre natural.<sup>59</sup> Esta modalidad, consistente en exagerar daños efectivamente sufridos, no puede caer en el fraude específico de seguros puesto que no se provocó el siniestro, sin embargo podría caer en el fraude genérico, toda vez que el siniestro –genuino– se utiliza como el medio para engañar a la aseguradora y hacerle creer que los daños previos o posteriores al siniestro, fueron ocasionados por el mismo siniestro cuando en realidad no fue así; de esta manera el sujeto activo obtiene un lucro pues el costo del siniestro es en realidad menor al costo alegado por el asegurado, quien suma al costo real del siniestro, el costo de los daños que existían con anterioridad o posterioridad al mismo.

### 2. Firma y cambia

Existen casos en los cuales, alguna persona se hace pasar por otra para hacerse ciertos exámenes médicos y poder quedar asegurado, toda vez que la persona cuya identidad se falseó tiene alguna enfermedad que le impediría quedar asegurada. Lo que se busca con este esquema es que cuando la enfermedad haga mella en la salud o cobre la vida del

<sup>58</sup> Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, pp. 57-58; Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 127; Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, pp. 19-20.

<sup>59</sup> En sentido similar, Fox, Bruce R., “Technology: the new weapon in the war on insurance fraud”, pp. 238-239; Conning & Company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, pp. 58-60; Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, p. 20.

sujeto enfermo –valga la redundancia– se pueda cobrar el seguro.<sup>60</sup> Este caso tampoco caería en el mal llamado fraude específico de seguros, toda vez que la enfermedad considerada como siniestro, evento o condición, en la mayoría de los casos no será provocada intencionalmente por el asegurado; sin embargo, sería aplicable el fraude genérico puesto que el cambio de persona al momento de hacerse los exámenes médicos es la forma en la que se logra obtener resultados que no son acordes a la realidad del asegurado y así aprovecharse del error en que se encuentra la aseguradora, lo que se traduce en la obtención ilícita de un tratamiento médico o la obtención de cierta cantidad de dinero.

### 3. Muerte falsa

En este tipo de casos, la mayoría de las veces se utilizan fotografías de cuerpos y certificados de muerte falsos para poder exigir la cobertura del seguro de vida.<sup>61</sup> Nuevamente, sería inaplicable el fraude específico de seguros porque no se provocó ningún siniestro toda vez que la muerte nunca tuvo lugar. Es aplicable el fraude genérico en virtud del engaño del que es víctima la aseguradora, a través de documentos y fotografías falsas, y el correspondiente lucro indebido que se obtiene en razón del pago de cierta cantidad de dinero ante la supuesta muerte del asegurado.

### 4. Accidentes automovilísticos

Estos siniestros son los más comunes en el fraude de seguros y es muy raro que las conductas que los ocasionan puedan caer fuera de alguna de las siguientes categorías: i) accidentes fabricados: los coches involucrados ya tenían daños previos y se hace una colisión controlada para que parezca que dichos daños son producto del accidente, ii) accidentes de papel: accidentes inexistentes en los que se

<sup>60</sup> Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 128; Del Mauro, Steven P., “Health insurance fraud. Fighting back”, p. 11. En España, Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, pp. 333-334.

<sup>61</sup> Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 129. En España, Silva Sánchez, Jesús-María, “La estafa de seguro”, p. 334.

llena el papeleo correspondiente y se utiliza a policías y mecánicos corruptos para robustecer las versiones dadas, iii) accidentes que involucran inocentes: los criminales, conocedores de cómo trabajan los peritos de tránsito, fuerzan el accidente con un inocente para que resulte culpable mediante la utilización de dos o tres vehículos,<sup>62</sup> y iv) lesiones falsas o exageradas de los sujetos involucrados.<sup>63</sup>

De estas cuatro modalidades de accidentes automovilísticos, los correspondientes a las fracciones i) accidentes fabricados y iii) accidentes que involucran inocentes, tienen cabida en el fraude específico de seguros. Las modalidades de las fracciones ii) accidentes de papel, y iv) lesiones falsas o exageradas, serían punibles como fraude genérico.

### 5. Fraude por empleados o accionistas de las aseguradoras

Accionistas, ejecutivos, agentes y ajustadores de instituciones de seguros, son muchas veces las personas responsables de pérdidas millonarias para las aseguradoras; dichos sujetos venden seguros inexistentes o realizan cobros por diversos conceptos que utilizan para su propio beneficio, se quedan con las primas que pagan los asegurados,<sup>64</sup> reducen injustificadamente el costo o precio de la reparación del daño o simplemente se niegan a pagar la reclamación legítima, etcétera.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, pp. 20-22; Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, p. 133. En sentido similar, Conning & Company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, p. 54; Fox, Bruce R., "Technology: the new weapon in the war on insurance fraud", p. 239; Clarke, Michael, "The control of insurance fraud. A comparative view", p. 1. En España, Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", p. 334.

<sup>63</sup> Fox, Bruce R., "Technology: the new weapon in the war on insurance fraud", pp. 238-239; Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, pp. 55-56; Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, pp. 20-22; Del Mauro, Steven P., "Health insurance fraud. Fighting back", p. 11. En España, Silva Sánchez, Jesús-María, "La estafa de seguro", p. 334.

<sup>64</sup> Tillman, Robert, *Global Pirates. Fraud in the Offshore Insurance Industry*, pp. 3-7; Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, pp. 136 y ss.

<sup>65</sup> Abramovsky, Aviva, "An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards", p. 393. En sentido similar, Benson, Curt A., "Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases", pp. 541-542.

Del mismo modo, existen agentes de seguros que ofrecen pólizas prefechadas a personas que acaban de vivir un siniestro,<sup>66</sup> situación que sería punible como fraude genérico, pues la falsificación de documentos es el medio para inducir al error a la aseguradora y así obtener el pago indebido de los daños ocasionados por un siniestro.

La industria de seguros tiene una característica que favorece este tipo de ilícitos; lo que las aseguradoras venden son "promesas", promesas consistentes en pagar ciertos costos relacionados a un evento futuro; en algunos casos el cliente nunca utiliza los servicios que paga, en otros el tiempo que transcurre entre el inicio del pago de primas y el siniestro que detona la reclamación del pago, es muy largo. En el *interim*, los accionistas y empleados de las aseguradoras tienen mucho tiempo para utilizar indebidamente las primas que pagan los clientes.<sup>67</sup>

Varias de las conductas señaladas en este apartado pueden tener cabida en el artículo 147, fracción I, inciso c) de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LGISMS) y otras, fuera de tal precepto, en el fraude genérico.

### 6. Asesinatos por seguro

El asesinato de personas con seguro de vida también es una práctica común de fraude de seguros; el 75% de estos eventos son realizados por esposo(a), amantes, novio(a) y otros miembros del núcleo familiar.<sup>68</sup> Esta conducta actualiza perfectamente el tipo de fraude específico de seguros.

Este es el caso de las "viudas negras", una mujer de 46 años y otra de 20, que cometieron por lo menos dos asesinatos —uno de ellos en 2009, privando de la vida al esposo de la primera mujer— para cobrar los seguros de vida.

### 7. Cuidado de salud

Existen casos en que los hospitales que atienden a personas aseguradas cobran a las aseguradoras por servicios y exámenes médicos que

<sup>66</sup> Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, pp. 140-141.

<sup>67</sup> Tillman, Robert, *Global Pirates. Fraud in the Offshore Insurance Industry*, p. 7.

<sup>68</sup> Mizell, Jr. Louis R., *Masters of Deception. The Worldwide White-Collar Crime Crisis and Ways to Protect Yourself*, pp. 147-149.

nunca prestaron o solicitaron a los pacientes,<sup>69</sup> caso en el cual tendría aplicación el fraude genérico.

## 8. Reparación de vehículos

En ocasiones, las agencias automotrices y talleres mecánicos, cobran a las aseguradoras por servicios y refacciones que nunca prestaron o instalaron en los vehículos asegurados,<sup>70</sup> lo que actualiza el tipo penal de fraude genérico.

### V. ¿CÓMO REDUCIR EL FRAUDE DE SEGUROS?

Existen varias formas de atacar el problema relativo a la incidencia que presenta el fraude de seguros. En seguida expongo algunas estrategias que funcionarán de manera individual, aclarando que su eficiencia será exponencial si las realizamos todos de manera conjunta en el ámbito de nuestras propias responsabilidades.

#### 1. Base de datos a nivel nacional

Sería ideal que todas las aseguradoras tuvieran acceso a una base de datos en la que existiera información precisa y actualizada en tiempo real sobre i) asegurados, ii) la cobertura que tienen o han tenido contratada, iii) reclamaciones hechas para el pago de seguros, iv) los comentarios relativos que se hayan hecho en su caso a cada reclamación: reclamación sospechosa de fraude, reclamación negada por fraude, reclamación pagada y sospechosa de fraude, etc.<sup>71</sup> y v) las quejas sobre los hospitales, talleres y demás prestadores de servicios que atienden a los asegurados y cobran luego dichos servicios a las aseguradoras.

<sup>69</sup> Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, pp. 65 y ss.; Fox, Bruce R., "Technology: the new weapon in the war on insurance fraud", p. 239.

<sup>70</sup> Fox, Bruce R., "Technology: the new weapon in the war on insurance fraud", p. 239.

<sup>71</sup> Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, pp. 77-78; Benson, Curt A., "Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases", p. 541; Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, pp. 12-13; Fox, Bruce R., "Technology: the new weapon in the war on insurance fraud", pp. 240-242.

Si bien esto no solucionaría el problema de raíz, sí facilitaría la detección de reclamaciones falsas o de personas que tienden a hacer ese tipo de reclamaciones así como a los prestadores de servicios que cobran a las aseguradoras servicios que nunca prestaron a los asegurados.

#### 2. Respuesta rápida y eficiente de las aseguradoras

Una respuesta rápida y eficiente por parte de las aseguradoras a las reclamaciones de sus clientes evita que los daños se puedan exagerar y ayuda a detectar con mayor eficiencia las reclamaciones dudosas.<sup>72</sup> El equilibrio entre un pago eficiente y rápido de las reclamaciones y un análisis concienzudo y detenido de posibles reclamaciones fraudulentas es importante para las aseguradoras pues así, por un lado, logran retener clientes, lo que se traduce en costos bajos y ganancias económicas, y por otro, las limita a no excederse o precipitarse en catalogar las reclamaciones como fraudulentas, puesto que eso equivaldría a perder clientes y en consecuencia, rentabilidad.<sup>73</sup>

Desafortunadamente, este aspecto depende muchas veces de los recursos de la aseguradora y el compromiso de los ajustadores y empleados de la misma para con su trabajo.

#### 3. Tecnología

Desde hace algunos años, las aseguradoras en los países más desarrollados han comenzado a utilizar el análisis de voz para detectar las reclamaciones fraudulentas. Esta tecnología fue desarrollada inicialmente para combatir el terrorismo, pero ha resultado tener una efectiva aplicación para combatir también el fraude de seguros, pues detecta micro-vibraciones en la voz que determinan el estado emocional de la persona que habla, para así detectar si dicha persona miente.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, pp. 11-12; Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, p. 97.

<sup>73</sup> Conning & company, *Insurance Fraud. The Quiet Catastrophe 1996*, p. 72.

<sup>74</sup> Morse, Dexter y Skajaa, Lynne, *Tackling Insurance Fraud: Law and Practice*, pp. 95-96. En sentido similar, Benson, Curt A., "Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases", p. 541.

Del mismo modo se podría exigir a los prestadores de servicios que exhiban fotografías y videos de los daños o lesiones que están tratando y del resultado del servicio prestado.

#### 4. Legislación penal

El fraude específico de seguros, previsto en el artículo 231, fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal, tiene una aplicación sumamente reducida y aun cuando se consume el tipo penal de mera conducta, nunca se podrá sancionar al que haya cometido el delito en comento, en virtud de la inconsistencia que se presenta con la remisión, para efectos de la pena, al artículo 230, mismo que exige un “valor de lo defraudado”, toda vez que dicho valor nunca existirá al momento de la consumación del tipo penal comentado.

Adicionalmente, existen conductas que han sido consideradas por la doctrina más autorizada, en otros países, como fraude de seguros y que no cabrían dentro de la descripción típica que hace el artículo 231-VI del CPDF; a pesar de lo anterior, dichas conductas no son impunes sino que podrían sancionarse acudiendo a otras figuras como el fraude genérico, la administración fraudulenta, el abuso de confianza o tipos previstos en la LGISMS.

En este orden ideas propongo la derogación del 231-VI del CPDF por lo que hace a 1) las fianzas celebradas con instituciones de fianzas y a 2) los seguros; asimismo, sugiero la siguiente adición al Código Penal federal, para efectos del fraude de seguros:

“Artículo 387 bis. Se impondrán las penas previstas para la tentativa de fraude, tomando en consideración el valor de bienes, servicios, dinero o cualquier otra cosa que se haya intentado obtener en la comisión del presente ilícito, a quien provoque deliberadamente, cualquier acontecimiento, haciéndolo parecer como caso fortuito o fuerza mayor, para cobrar seguros.

En caso de que durante la comisión del presente ilícito se hayan causado daños o pérdida económica, sufridos por cualquier persona distinta del sujeto activo del delito, se impondrá una pena de prisión de: a) 1 a 2 años si el monto del daño no excede de 100 veces el Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal (SMGVDF), b) 2 años 1 día a 5 años si el monto del daño excede de 100 pero no de 500 veces el SMGVDF y c) 5 años 1 día a 10 años si el monto del daño excede de 500 veces el SMGVDF”.

De esta manera, se resolverían los problemas 1) de proporcionalidad y 2) de imposibilidad de sancionar la conducta estudiada, por la remisión que hace el artículo 231 al artículo 230 para efectos de la pena.

#### VI. CONCLUSIÓN

El fraude de seguros por asegurados, sucede, es una conducta reprobable y debe ser castigada; sin embargo, es muy probable que la avaricia de las aseguradoras exagere el problema para justificar su negativa o reducción en el pago de los daños a sus asegurados.<sup>75</sup>

Las aseguradoras conocen y se mueven en el “negocio del litigio”, los asegurados no; las aseguradoras tienen peritos, abogados especializados en litigios que involucran seguros, tienen también bibliotecas formadas con la experiencia obtenida a lo largo de los años en litigios relacionados con el curso de su negocio, todo lo cual las pone en una posición ventajosa con relación al asegurado.<sup>76</sup> Investigar más “reclamaciones fraudulentas” lleva al pago de menos daños y se traduce a su vez en mayores ganancias. Esto tiene el efecto de que menos asegurados hagan reclamaciones fraudulentas, pero también menos reclamaciones legítimas.<sup>77</sup>

Recordemos y exijámosle al Estado que su interés —el del Estado— en una averiguación previa o un proceso penal, no es ganar el caso,

<sup>75</sup> Feinman, Jay M., *Delay, Deny, Defend. Why insurance companies don't pay claims and what you can do about it*, pp. 170-171; Abramovsky, Aviva, “An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards”, p. 379, quien señala que en Nueva York en 2006, se reportaron 22 884 casos de fraude de seguros y de éstos, solamente 274 se consideraron con evidencia seria para que la procuraduría del estado los investigara; sin embargo, no indica cuántos casos de esos 274 prosperaron con condenas. Annual Report to the Governor and the Legislature of the State of New York on the Operations of the Insurance Frauds Prevention Act, p. 3, <http://www.ins.state.ny.us/acrobat/fd07ar2g.pdf>, donde se señala que durante 2007 se recibieron 22 079 reportes de posible fraude de seguros y de ese total, solamente 388 tuvieron evidencia necesaria para que la procuraduría del estado de Nueva York los investigara; tampoco se indica qué porcentaje de esos 388 casos llegaron a sentencias condenatorias.

<sup>76</sup> Benson, Curt A., “Persuading and dissuading: the degree of proof in insurance fraud cases”, p. 542.

<sup>77</sup> Abramovsky, Aviva, “An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards”, p. 391.

sino hacer justicia.<sup>78</sup> Abramos los ojos, involucrémonos en el mejoramiento de nuestra sociedad, denunciemos las conductas ilegales y obremos con rectitud, de lo contrario, tal vez seamos nosotros los que terminemos tras las rejas.

<sup>78</sup> Abramovsky, Aviva, "An Unholy Alliance: Perceptions of Influence in Insurance Fraud Prosecutions and the need for Real Safeguards", p. 404.

## LA INTERPRETACIÓN EN EL MODELO DECIMONÓNICO: UN DERECHO DE REGLAS

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El antiguo paradigma de la interpretación*. III. *La Escuela Alemana*. IV. *La escuela de la exégesis francesa*. V. *Los métodos interpretativos en el sistema legalista*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad única dar una idea de la interpretación jurídica dentro del periodo conocido como “decimonónico”, es decir, el modelo identificado en su justa dimensión, como aquel en donde la interpretación de los textos legales se reducía básicamente a la operación mental de subsunción, es decir, el encuadramiento de los hechos en la ley, en tanto, la interpretación como tal se sujetaba a la reproducción de su contenido, lo cual es útil, para apreciar por una parte, el método empleado durante un periodo sumamente positivista, o sea, en donde si bien se perseguía la seguridad jurídica partiendo del puro trazo de las disposiciones de la ley; por otra parte, es utilitario para observar el cambio de paradigma que se ha venido gestando en el ámbito de la interpretación.

Sobre este modelo, fácilmente se le puede ubicar a partir de lo que debe entenderse como *norma-regla*; para este fin es necesario acudir a la escuela decimonónica, positivista, o legalista donde imperaban ciertos esquemas como “la resolución del derecho con base en la subsunción”, y el juez era concebido como un aplicador mecánico de la ley, “según lo definió Montesquieu”.

Además, tampoco es infrecuente que hoy en día nuestros tribunales, tanto ordinarios como de constitucionalidad, en algunos casos, continúen utilizando los métodos de la escuela legalista, de ahí también la importancia de su conocimiento e identificación.

## II. EL ANTIGUO PARADIGMA DE LA INTERPRETACIÓN

Dentro del régimen que es posible considerar como el *modelo emblemático de la interpretación legal*, identificado plenamente dentro del periodo decimonónico como lo es el sistema *positivista legalista*, en el cual la interpretación “sólo podía hacerse partiendo de lo explícitamente dispuesto por la ley”, al juez le estaba prohibido apartarse de este camino, tanto que el célebre Barón de Montesquieu, Charles de Secondat, con brillante ingenio prodigó una frase que a la postre se convertiría en el distintivo más significativo de este modelo, anquilosándose la concepción del juez, al calificativo de “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (*la boca que pronuncia las palabras de la ley*), un ser inanimado que no podía atenuar la validez y el rigor de la ley, y el poder judicial era en cierto sentido igual a cero.<sup>1</sup>

En relación con el tema, al evaluar las posiciones de los juristas alemanes, Otho Bachof encuentra lo que para ellos constituyó casi un credo jurídico, pues según su idea, el juez debía limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y abstenerse de decisiones arbitrarias propias, dado que el juez está vinculado solamente al poder secular de la justicia cuyo reflejo es la ley sin tener que representar ni practicar un poder social propio.<sup>2</sup>

Sin embargo, para dicho autor el juez no podía redimirse a la concepción ideada por Montesquieu, “de un mecanismo de pura subsunción” a quien incluso bajo el imperio del positivismo jurídico rígido, le había sido reconocida una parte importante en la creación del derecho.

Al respecto, según lo precisa el propio Bachof al referirse a los estudios practicados por Esser y Wieacker, el hecho de que el juez

<sup>1</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, 2a. ed., 1999, Bogotá, p. 114.

<sup>2</sup> Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 23.

únicamente estuviera sometido a la ley entrañaba una verdadera ficción porque, aparte del derecho legislado, existen amplias zonas de derecho contenido fuera de la ley “máximas judiciales” que, por una parte, son obligatorias para el juez, el cual por otra parte, participa decisivamente en su creación.<sup>3</sup>

Dentro del modelo decimonónico, incluso, subsistió la prohibición de ir más allá del sentido de la ley, dado que se llegó al extremo de impedir algo que en nuestros días parecería inaudito, esto es, la posibilidad de expresar en los fallos judiciales las razones o fundamentos utilizados para resolver el asunto conforme al criterio discrecional del juzgador.<sup>4</sup>

### 1. La creación del *référé* legislativo

Mediante el decreto orgánico 16 de 24 de agosto de 1790, en Francia, se trató de evitar que el poder judicial interviniera o invadiera la esfera considerada como del poder legislativo, sin poder apartarse ni siquiera en lo más mínimo de la estricta aplicación literal de la ley; se instituyó, pues, por un lado, “el derecho de interpretar la ley por la Asamblea Legislativa” y se creó el *référé* legislativo,<sup>5</sup> el cual, además de facultar a los jueces para remitir al legislador la resolución de una cuestión jurídica aparentemente dudosa desde el punto de vista de los textos legales, también les exigió que así lo hicieran en ciertos casos, por ejemplo, cuando existieran contradicciones entre diferentes sentencias sobre el mismo tema, surgiendo por consecuencia una duda grave.

Todo ello sucedió en forma previa al movimiento de la codificación del derecho. La legislación creadora del *référé*, estableció lo

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>4</sup> Al respecto, Luis Recaséns Siches realizó importantes estudios sobre algunas de las Constituciones de Justiniano, pudiéndose advertir que la obra legislativa de este emperador era considerada “perfecta”, tanto que prohibían todo comentario privado y reducían la función del juez a términos casi mecánicos, reservando sólo al emperador la interpretación y resolución de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la ley. También refiere que en Prusia, en ocasión de la publicación del *Allgemeines Landrecht*, Federico II dictó ordenanzas análogas a las de Justiniano, las cuales fueron después reproducidas en esa codificación. Tales disposiciones restringían las facultades de los jueces. En Austria, el emperador José II dictó en 1786 una disposición análoga. Toda esta información puede ser consultada en Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2a. ed., Porrúa, México, 1973, p. 190.

<sup>5</sup> Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, op. cit., p. 191.

siguiente: “Los tribunales no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al Cuerpo Legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una ley, bien para hacer una nueva”.<sup>6</sup>

## 2. La instauración del tribunal de casación

La reforma judicial francesa se completó con la creación y organización del Tribunal de Casación, mediante leyes de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1790. Dicho tribunal se encontraba fuera del poder judicial y “muy cerca del poder legislativo”, según lo disponía el primero de los artículos de la ley de su creación, teniendo un cierto rango superior a aquél; la función primordial del tribunal era “anular toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley”, se prohibió al tribunal formalmente “conocer del fondo del asunto” y se especificaba que solamente debería “casar o anular una sentencia”, únicamente cuando fuera continente de una violación flagrante de la ley.<sup>7</sup>

## 3. La prohibición a los jueces para motivar sus sentencias mediante cédula real de 23 de junio de 1768 (España)

En España, según lo expone Jorge Malem, mediante una Real Cédula de 23 de junio de 1768 expedida por el rey Carlos III, se prohibió a la Audiencia y al resto de los jueces de Mallorca la motivación de las sentencias. La finalidad pretendida por medio de esa ordenanza era “uniformar en todo el territorio una práctica ya habitual, propia del derecho castellano de los siglos XVI, XVII y XVIII, prohibición que se mantuvo hasta bien entrado el siglo XIX”.<sup>8</sup>

Las razones aducidas a favor de esta prescripción, según dicho autor, fueron entre otras: la economía procesal, la motivación de la sentencia que en realidad se consideraba un relato de lo sucedido

<sup>6</sup> García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El derecho, la ley y el juez (dos estudios)*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 39.

<sup>7</sup> Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, op. cit., p. 192.

<sup>8</sup> Malem Seña, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Jueces y derecho, Problemas contemporáneos*, Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 33.

en el juicio, la cual insumía demasiado tiempo con el consiguiente retraso judicial en la consideración de otros asuntos y el aumento de las costas; pero quizá, el fundamento de mayor fuerza, era algo que en concepto de dicho autor, en nuestros días parecería inverosímil (al menos acostumbrados a que la autoridad esboce el motivo y el apoyo legal que norma su proceder), se adujo que el señalamiento de la motivación permitía *la crítica de los litigantes sobre las razones del fallo* y en virtud de ello, el aumento de los posibles recursos y la sospecha sobre la justicia de las decisiones judiciales.<sup>9</sup> El contenido de la Real Cédula, era el siguiente:

“Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiéndose mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, como se observa en mi Consejo, y en la mayor parte de los tribunales del Reino; y que a ejemplo de lo que va prevenido a la Audiencia de Mallorca, los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se refería al hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes”.<sup>10</sup>

El exterminio de la fundamentación en las sentencias impuesta en el siglo XVI, es útil para ilustrar una de las características del modelo dogmático o legalista, consistente en que no podía existir ninguna deducción que se apartara de los términos estrictos del texto de la norma, es decir, en la interpretación existió una co-dependencia absoluta, restringiéndose cualquier otra posibilidad de argumentar o interpretar fuera del alcance de la ley.

El problema de la interpretación y particularmente la interpretación legal, pongámoslo así, pues lo que nos interesa aquí, es poner de manifiesto que la interpretación de “los textos legales” constituye uno de los problemas focales a que se enfrentan, no sólo los jueces al tratar de justificar sus decisiones, sino también, los abogados que litigan en sedes jurisdiccionales, los legisladores, quienes en teoría deben

<sup>9</sup> Malem Seña, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, op. cit., p. 33.

<sup>10</sup> Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Un viaje por la historia del derecho*, Ed. Quórum, Buenos Aires, 2002, p. 304.

buscar la creación de leyes justas apegadas a la Constitución; empero, éste también se ha convertido en un problema social, el cual no se puede desligar de asuntos relevantes que afectan el interés general, igualmente del criterio del juzgador sobre el impacto cuya sentencia o resolución habrá de provocar en la colectividad.

Así, en palabras de Rodolfo L. Vigo, si pretendemos hablar de la interpretación jurídica, ello supone precisar no sólo lo que entendemos por derecho, sino a dónde hay que ir a buscar el derecho que se interpreta y además, establecer cómo se encuentra estructurado el mismo; por tanto, para poder ubicar al modelo decimonónico, legalista, iuspositivista, exegético, legalista, estricto e integral, indefectiblemente tendremos que recurrir al examen de lo que se comprende por derecho y su conformación estructural.<sup>11</sup>

Entre los autores que desarrollaron la metodología del modelo decimonónico de la interpretación, localizamos a los sostenedores de la escuela alemana: Fiedrich Karl Von Savigny, y Rudholp Von Hiering.

### III. LA ESCUELA ALEMANA

#### 1. Federico Carlos Von Savigny

Cabe señalar, que el espíritu romántico del siglo XIX influyó de un modo decisivo en las corrientes jurídicas, y sobre todo en la llamada Escuela Histórica del Derecho. La inició Gustav Hugo (1764-1844), pero la desarrolló y sistematizó Savigny, que llegó a convertirse en el más clásico de sus representantes.<sup>12</sup>

Constituye en general, como todo el Romanticismo, un rechazo de las ideas racionalistas o iusnaturalistas que fundan un derecho abstracto y al margen de la historia. Ya no se aceptan ni la idea medieval de un derecho que en esencia es un orden de relaciones fundado en la razón de Dios, ni el derecho racionalista de Grocio, rígido y ajeno a los cambios vitales del hombre y del mundo.<sup>13</sup>

Al mismo tiempo, se cuestionan las doctrinas del estado de naturaleza y del contrato social, que aparecen como simples abstracciones

<sup>11</sup> Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, op. cit., p. 25.

<sup>12</sup> Martínez Paz, Fernando, *Introducción al derecho*, Ed. Ábaco Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2a. ed., 2004, p. 155.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 155.

elaboradas para fundar en la razón humana el origen y el desarrollo de la sociedad.<sup>14</sup>

A estas concepciones jurídicas se oponen los presupuestos que definen genéricamente el derecho como un hecho histórico. Entre esos presupuestos pueden señalarse los siguientes:

- a) El punto de partida para cualquier consideración o planteo jurídico debe ser la historicidad de las realidades culturales.
- b) Sólo pueden considerarse principios jurídicos aquellos que se expresan a través de la historia.<sup>15</sup>

Estos supuestos filosófico-jurídicos encuadran una nueva concepción del derecho, como producto histórico y espontáneo del espíritu y de la conciencia popular. Como esa conciencia no es igual en todos los pueblos y evoluciona permanentemente, es imprescindible la historia para su conocimiento. La historia necesita descubrir los vínculos que la unen con el pasado, pues sus fuentes están en las tradiciones de los pueblos, y no en la legislación o en sistemas de un orden superior. No lo crean ni la voluntad ni la razón, sino la convicción jurídica del pueblo acerca de lo que significa el ordenamiento de las relaciones humanas para asegurar la convivencia. En otras palabras, el derecho es una creación histórica en cuanto expresa y consagra la costumbre, y surge, al igual que la moral, la religión, la ciencia, el lenguaje y el arte, de los sentimientos del pueblo. En contra de un derecho entendido como el resultado de una elaboración lógica, se propone el orden jurídico que surge de la experiencia social. El derecho comienza a afirmarse en la vida misma del hombre, y sólo se considera derecho el que proviene de la experiencia jurídica y de los fenómenos sociales.<sup>16</sup>

En este contexto, Savigny es considerado uno de los juristas y filósofos del derecho, co-fundador de la Escuela Histórica del Derecho.<sup>17</sup>

Según Savigny, la misión de la interpretación constituyó en grado máximo "la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley".<sup>18</sup> El intérprete tendría que colocarse

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>17</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, España, p. 31.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 32.

en el papel del legislador y dejar surgir artificialmente su veredicto; para este fin la interpretación tenía que constar de tres elementos: el lógico, el gramatical y el histórico, pues para poder saber la idea de la ley, tienen que considerarse las circunstancias históricas de su génesis.

La interpretación tenía además que conocer la peculiaridad de un pasaje particular del texto como su significado respecto del todo, pues “la legislación sólo expresaba un todo”.<sup>19</sup> Pero el todo del derecho sólo era visible en el sistema, por tanto, en toda interpretación de una ley, ya tanto el elemento histórico como el sistemático.

Entre las principales características del pensamiento de Savigny, debe destacarse que rechazó la interpretación teleológica de la ley, el juez no debería atender lo que el legislador se había propuesto, sino sólo a lo que de hecho había dispuesto, más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley, según el sentido lógico, el gramatical y el inferido de su conexión sistemática; para él, únicamente era posible ejecutar la ley, pero no desarrollarla creativamente “un perfeccionamiento de la ley era ciertamente posible, pero sólo podía realizarlo el legislador, nunca el juez”.<sup>20</sup>

Sobre los caracteres de la interpretación, Savigny no los calificó de métodos, sino de elementos que se utilizaban conjuntamente para alcanzar un solo objetivo.<sup>21</sup>

Los métodos, o mejor, los criterios de Savigny, están vinculados con la escuela histórica, en el sentido de que ellos buscan la voluntad original del legislador, en tanto ha recogido un trasfondo vinculado con el espíritu del pueblo, y las instituciones que crea.<sup>22</sup>

Para él, los juristas toman como punto de partida el texto literal (interpretación gramatical), se vuelven hacia la historia (interpretación histórica, con sus variantes objetiva y subjetiva) e investigan la posición sistemática de la norma en el conjunto (preguntan recientemente

por el contexto). Más tarde se complementó el canon con la cuestión del *telos* del sentido y el fin de la norma.<sup>23</sup>

Ya en sus lecciones del curso de 1802, Savigny expondría que la interpretación ha de contar con tres elementos: el lógico-sistemático, el gramatical y el histórico, fórmula que se repetiría casi sin variación no sólo en su célebre (por más conocido) escrito de 1814, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, sino, sobre todo, en su obra cumbre, *El sistema del derecho romano actual*, de 1840.<sup>24</sup>

El derecho es producto de la historia; expresión de la conciencia popular, del espíritu del pueblo, del sentimiento de lo justo y lo injusto del pueblo o de la nación, y ello gira la atención hacia la realidad social, ya que *el derecho no proviene de la abstracción de los juristas*, sino que *el centro de gravedad es la historia*, que nos permite entender cualquier fenómeno social, incluido el derecho. De esta forma, los derechos surgen de la conciencia del pueblo, fuente auténtica y genuina del derecho y el resultado interpretativo queda asegurado a través de un camino prefijado.<sup>25</sup>

Para Savigny, la palabra interpretación (*explicatio*), es la más propia para sacar de la ley la mayor instrucción posible, “...pues por ella se tiene la exposición completa de todo lo que el texto contiene. La palabra explicación conviene mejor al esclarecimiento de las dificultades accidentales que puede ofrecer el texto”. De la misma forma nos explica que si el objeto es darnos la “conciencia de la ley”, todo lo que sea extraño a su contenido queda también extraño al objeto y considera que la *ratio legis* o motivo de la ley tiene dos sentidos diferentes según se aplica al pasado o al futuro: “...1o. la regla superior de derecho, de la cual es la ley deducción y consecuencia; 2o. el efecto que la ley está llamada a producir es decir, el fin, la intención de la ley. Sería un gran error establecer oposición absoluta entre estos

<sup>19</sup> Larenz, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 32.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>21</sup> García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en *Derecho procesal constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, 2003, p. 3419.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 3419.

<sup>23</sup> Háberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional”, en *Derecho procesal constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, 2003, p. 3460.

<sup>24</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 147.

<sup>25</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Porrúa, 2a. ed., México, 2007, p. 121.

dos sentidos; debe, por el contrario, admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador”.<sup>26</sup>

Al enunciarnos los elementos de su famoso método, nos explica que la interpretación de la ley no difiere de la de cualquier otro pensamiento que se expresa por el lenguaje, “...pero revela un carácter particular cuando la descomponemos en sus partes constitutivas. Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. El elemento *gramatical* de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El elemento *lógico*, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El *histórico* tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento *sistemático* tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad”.<sup>27</sup>

## 2. El historicismo jurídico

El historicismo jurídico está representado precisamente por Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Su posición principal podría sintetizarse así: sólo el estudio de la historia nos dirá a ciencia cierta lo que es el derecho. Recordando la terminología de Montesquieu, Savigny dice que el derecho nace del “espíritu del pueblo, de su forma de ser y ver la vida”.<sup>28</sup>

El verdadero derecho no puede ser obra de ningún legislador. Por eso, Savigny y los historicistas se oponen a la codificación, que por influjo napoleónico, se había filtrado hasta Alemania. En relación con la justicia, la posición de la escuela histórica es importante porque se opone a los afanes universalistas del iusnaturalismo racionalista, ya que el derecho es un fenómeno singular propio de cada pueblo. De tal modo, no parece posible tampoco un concepto universal, abso-

luto e inmutable de justicia, sino uno relativo, al menos en términos culturales e históricos.<sup>29</sup>

## 3. Rudolph Von Ihering y su método histórico-natural

Rudolph Von Ihering (1818-1892), considera al interés como el nervio o núcleo, y el derecho simplemente su caparazón protector: “Dos elementos constituyen el principio del derecho: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho, acción de la justicia. Éste es el fruto y aquél la envoltura o cáscara protectora”.<sup>30</sup>

Para él, las normas están determinadas por los fines que contienen intereses que tutelan. El intérprete debe investigar los intereses en conflicto y resolver conforme al juicio de valor formulado en la norma”.<sup>31</sup>

El derecho tiene una utilidad práctica: cumplir con los fines que asigna la sociedad. Así, constituye “...una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio”. Así, es una obra humana consciente, un medio para la consecución de fines y una idea de fuerza, con lo que combina la idea de derecho como orden coactivo y como fin. Según Bielsa, el concepto de interés es muy amplio, puesto que incluye los intereses patrimoniales, económicos, morales, culturales, científicos, sociales, etc., los que (siguiendo a Ihering) deben ser protegidos por la ley, puesto que si no lo hace resulta una laguna.<sup>32</sup>

En otras palabras, lo que proclamó es un dinamismo de la ciencia jurídica en el que el derecho se presenta como un conjunto de cuerpos jurídicos, que tienen una existencia jurídica similar a la de los seres vivos, y no como un simple sistema de principios. El propio Ihering aclara estos conceptos al referirse al abuso del derecho: “...servirse de

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>30</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 150.

<sup>31</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 150.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>26</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 122.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>28</sup> Álvarez, Mario I., *Introducción al derecho*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 353.

él y hacerlo valer, no son, cuando se trata de una injusticia objetiva más que verdaderas cuestiones de intereses, y el derecho no es más que un interés protegido por la ley".<sup>33</sup>

De esta forma, el derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado, deja de ser un fin en sí mismo, para convertirse en un medio al servicio de un fin: la sociedad; y le corresponde al intérprete obtener una solución que armonice los intereses sociales con los individuales, de forma que el derecho auténtico no es el que determinan las normas, sino el que se aplica en la realidad de las sentencias.<sup>34</sup>

Aun cuando lo hace en dos etapas distintas de su vida, distinguió dos formas de jurisprudencia, una inferior y otra superior. La primera interpreta la norma, aclara su contenido, suprime imprecisiones, explicita principios y sistematiza. La superior inicia con la independización de los conceptos jurídicos, entendidos como cuerpos jurídicos, que pasan de ser proposiciones jurídicas a entidades existentes y se encarga de investigar la estructura, propiedades y relaciones entre los cuerpos jurídicos, y a fin de cuentas la complementación de la ley.<sup>35</sup>

En opinión de Karl Larenz, para el desarrollo de la metodología jurídica, ningún pensador ha llegado a ser, junto a Savigny, de tanta importancia como Rudolph Von Ihering.

Así, en lo que es conocido como "el primer periodo" de este filósofo del derecho, en su obra *El espíritu del derecho romano*, habría de distinguir que se parte de la base de la concepción del derecho como un organismo objetivo de la libertad humana, por lo tanto, el derecho era un producto natural.<sup>36</sup>

La tarea sistemática de la ciencia del derecho, a la que Ihering atribuye un "rango superior" en comparación con la histórica y la interpretativa, consistía, según él, en descomponer los institutos jurídicos particulares y las normas jurídicas a ellas relativas en sus "elementos lógicos" y en destilar limpiamente éstos, y luego reconstruir con ellos, por combinación, tanto las normas jurídicas ya conocidas como también otras nuevas.<sup>37</sup>

El resultado de esta descomposición y recomposición lógica es que la ciencia obtiene, en lugar de una cantidad infinita de normas jurídicas de las más diversas clases, un número claro de cuerpos simples, pudiendo recomponer con ellos, cuando sea preciso, las normas jurídicas particulares.

Ihering realizó la comparación de la jurisprudencia dogmática con otra ciencia: la química; llegaría a afirmar que la ciencia sistemática del derecho es "la química jurídica que busca los cuerpos simples", al volatilizar en conceptos la materia dada (ésta se encuentra constituida por las reglas jurídicas), la construcción jurídica proporciona "el paso del derecho desde el estado inferior de agregado al superior".<sup>38</sup>

Los cuerpos jurídicos son los conceptos jurídicos fundamentales simples obtenidos por análisis lógico y abstracción, el operar del pensamiento con estos "cuerpos", producidos en cierto modo químicamente, Ihering, los denomina "método histórico-natural de la jurisprudencia".<sup>39</sup>

Al respecto, Lino Rodríguez-Arias, sobre el pensamiento de Rudolph Von Ihering, señala que, precisamente en la época de su vida a la cual corresponde su libro *El espíritu del derecho romano*, escribió lo siguiente: "Los juristas se dan en cierto modo cuenta del método jurídico y lo juzgan acertadamente en la práctica y en sus aplicaciones, pero la noción para ellos es más bien cuestión de sentimiento y experiencia que de verdadero conocimiento".<sup>40</sup> Este método se propuso reconstruir el sistema de cada derecho, concebido como un conjunto de relaciones disciplinadas o reglas específicas y de principios generales, lo cual permite que sean llenadas las lagunas de la ley, con las normas implícitas extraídas de las normas expresas. Así, mediante los procedimientos de inducción y generalización propios de este método, se hace posible regular con normas que tengan el sello de derecho constituido, la infinita variedad de casos a que da lugar la multiforme complejidad de la vida. Porque la idea básica del método que estudiamos, consiste en que todo el derecho está contenido en la ley; la interpretación de ésta debe proponerse buscar la voluntad del

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>36</sup> Larenz, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 45.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>40</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Ciencia y filosofía del derecho (filosofía, derecho y revolución)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 113.

legislador, y después, es menester dar a la norma todo el desenvolvimiento que sea susceptible mediante un proceso deductivo.

Ihering es el principal formulador de la doctrina de los conceptos, a la cual denominó teoría de la técnica, marcando el paso del positivismo al formalismo, al relegar en el derecho la cuestión del sentimiento y la experiencia, y dar un valor exclusivo para la construcción del mismo al rigor lógico, al resultado exacto, aun cuando éste no fuera necesariamente un resultado justo, concreta como misión del jurista la de organizar cuerpos jurídicos, seres leales, si bien su profundo sentimiento estético lo lleva a exponer con suma elegancia su pensamiento, reclamando para la ciencia jurídica la ley de la belleza.

#### 4. Gustav Radbruch (1878-1949)

Resulta un caso singular, pues de ser un pensador identificado con el positivismo hasta 1933, luego de los horrores que experimentó por causa de la Segunda Guerra Mundial y el régimen nacionalsocialista, cambia su postura de forma radical y se “convierte” al iusnaturalismo, tal y como lo prueba su famoso ensayo aparecido en 1946, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Pues bien, en el primer Radbruch, el Radbruch iuspositivista, la seguridad jurídica se encuentra por encima de la justicia: “El juez –escribe nuestro autor– tiene el deber profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar a la autoridad del derecho su propio sentimiento jurídico, preguntarse sólo qué es derecho y no si también es justo. (Ya que) por más injusto que pueda ser el contenido del derecho, hay un fin que siempre cumple en virtud de su mera existencia: el de la seguridad jurídica”.<sup>41</sup>

En el ensayo antes citado, la transformación experimentada por Radbruch es sustancial, ya que acepta una excepción fundamental a la regla, invirtiendo su marcado sentido legalista. Y es que en aquellos casos en que hubiese un conflicto radical entre justicia y seguridad jurídica, esta última habrá de ceder en aras de la justicia. Radbruch expresó esta excepción en una frase que no sólo fue famosa entre los filósofos alemanes, sino que tuvo una influencia determinante en los tribunales de la época. En efecto, diría Radbruch, que si bien por lo general hay que dar prioridad al derecho sobre la justicia,

<sup>41</sup> Álvarez, Mario I., *Introducción al derecho*, op. cit., p. 356.

esto sólo es posible “...a menos que la contradicción del derecho positivo con respecto a la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia”. Esta situación se concretó, precisamente, con el derecho impuesto en Alemania por el régimen nazi.<sup>42</sup>

#### IV. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS FRANCESA

Durante los años de 1804 a 1810 en Francia, bajo la intermediación de Napoleón, surgieron las obras legislativas conocidas con el nombre de “los cinco códigos”, como son: el código civil, el código de procedimientos civiles, el código de comercio, el código penal y el código de instrucción criminal.<sup>43</sup> La pretensión o misión especial del Código de Napoleón fue tratar de instaurar en Francia la *unidad jurídica*, pues con anterioridad regía el derecho consuetudinario en el norte del país y en el sur el derecho romano; otra de las finalidades del código fue reflejar en la legislación los resultados políticos de la revolución francesa.

Asimismo, en lo que se ha llamado la escuela de la exégesis, es posible distinguir tres fases: “una fase de instauración, que comienza con la promulgación del Código Civil en 1804 y acaba entre 1830 y 1840; una fase de apogeo, que se extiende hasta alrededor de 1880; y finalmente, una fase de ocaso que se cierra en 1899, cuando la obra de Geny le ha dado la puntilla.”<sup>44</sup>

Bajo la concepción de Perelman, esta escuela pretendió realizar el objetivo propuesto por los hombres de la revolución, consistente en reducir el derecho a la ley, más especialmente, el derecho civil al Código de Napoleón.<sup>45</sup> Esta escuela se guiaba bajo un mecanismo simple, una vez establecidos los hechos, bastaba formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debería estar formada por las reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación de haberse cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>43</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1951, p. 74.

<sup>44</sup> Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Ed. Civitas, 1988, Madrid, p. 37.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 37.

venía dada por la conclusión del silogismo.<sup>46</sup> La univocidad de los signos y de las reglas de demostración garantizaba la eliminación de todo desacuerdo y de toda controversia concerniente a su interpretación. La exigencia de coherencia se imponía de manera imperativa, pues si un sistema es incoherente, porque en él se podía deducir una contradicción, se hacía inutilizable y habría que enmendarlo.<sup>47</sup>

Incluso, el artículo 4o. del Código de Napoleón, al proclamar que el juez no podía rehusar fallar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley, obligaba a tratar al sistema de derecho como completo, sin lagunas, como coherente, sin antinomias y sin ambigüedades que dieran lugar a interpretaciones diferentes. Únicamente ante un sistema parecido, el papel del juez es conforme con la misión que se le encarga, que es la de establecer los hechos de la causa y sacar de ellos unas consecuencias jurídicas que se imponían, sin colaborar en la elaboración de la ley. En esta perspectiva, los juristas de la escuela de la exégesis se consagraban a su tarea de tratar de limitar el papel del juez al establecimiento de los hechos y a la subsunción de los mismos bajo los términos de la ley.<sup>48</sup>

Sobre la importancia de la escuela de la exégesis, Bugnet, señalaría: “no conozco el derecho civil, enseño solamente el Código de Napoleón”.<sup>49</sup>

La doctrina de la escuela de la exégesis fue desarrollada entre otros, por distintos juristas, como son: A. Durantón, profesor de la escuela de derecho de París; Charles Aubry y Federico Carlos Rau, el primero decano de la escuela de derecho de Estrasburgo y el segundo abogado y profesor; Jean Charles Florent Demolombe, profesor de la escuela de derecho de Caen; M. Troplong; Víctor Napoleón Marcadé; FR. Taulier; y, R. Joseph Pothier.<sup>50</sup>

Los métodos practicados por la escuela de la exégesis fueron: el método exegetico puro (de donde tomó su nombre), el método sintético y el método mixto.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>47</sup> Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 40.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>49</sup> Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, op. cit., p. 199.

<sup>50</sup> Bonnacase, Julián, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Ed. Cajica, México, 1944. Las biografías de los protagonistas de la escuela de la exégesis pueden ser consultadas con amplitud en esta obra en las páginas 71-181.

## 1. El método exegetico puro

Este método tenía como característica reducir la exposición y elaboración de la ciencia del derecho civil, no únicamente al Código Civil sino también al orden mismo de sus disposiciones en todo lo que tenía de riguroso; de esta manera la justicia cuenta para sus explicaciones con un plan y un orden ya preparados: los libros, los títulos, los capítulos, las secciones del Código Civil, y dentro de las secciones, el orden mismo de los artículos que formaban la materia.<sup>51</sup>

## 2. El método sintético

En oposición del exegetico, los seguidores del método sintético, también denominado dogmático, o científico y racional, fue enseñado por Aubry y Rau, quienes consideraron a “la observación de los datos sociales” como la primera operación de la ciencia jurídica, que de hecho fue realizada por los creadores del Código, quienes limitaron así las investigaciones del jurisconsulto, obligándolo a situarse dentro del conjunto de las reglas dictadas. Una vez aceptado este punto de vista, los partidarios del método sintético no se preocuparon de las divisiones usadas por los redactores del Código para edificar su obra: libros, títulos y capítulos; y ni siquiera tienen en cuenta el orden de los textos; en una palabra, basados en *la intención del legislador*, rehacen su obra según un plan racional que les permite presentar en forma original el aspecto de la vida social, objeto de la reglamentación del Código.<sup>52</sup>

Sobre este aspecto, Marcadé habría de exponer algunas ideas sobre su contradicción con los seguidores del método sintético, en defensa del exegetico, pues diría que en éste se sigue el texto paso a paso; se disecciona cada uno de los artículos, para explicarlo frase por frase, palabra por palabra; se precisa, por el que le precede y por el que le sigue, el sentido y alcance de cada proposición y de cada término y se hace notar su rectitud, o su inexactitud, su utilidad, o insignificancia; después, cuando se ha comprendido este artículo en sí mismo, se estudia su armonía o discordancia con los demás artículos que

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>52</sup> Bonnacase, Julián, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, op. cit., p. 193.

a él se refieren; se deducen de él las consecuencias; se señalan sus lagunas. Cuando se ha marchado así con el legislador, siguiéndolo por todas partes, paso a paso, aun cuando haya seguido un camino errado, es entonces y solamente entonces, cuando se puede esperar haber comprendido bien su pensamiento; de esta manera ya no es únicamente el resultado del código, sino el código mismo lo que se estudia y se hace familiar”.<sup>53</sup>

### 3. El método mixto

Por su parte, Demolombe en el *método mixto* describiría que tal postura no podía en realidad alcanzar el título de método independiente, pues no se atiende al orden mismo de los artículos, pero sí a la de las otras divisiones del Código Civil, lo que sólo permitía en sus adeptos un simulacro de síntesis.

Sólo los autores del derecho mercantil obtuvieron resultados científicos del método mixto, porque en esta materia los hechos imperan, muy a su pesar, sobre los textos; y además porque la reglamentación no en todos los dominios es tan completa como la del Código Civil y, por último, ni siquiera las más importantes, están contenidas en el Código de Comercio.<sup>54</sup>

Entre los rasgos distintivos de la escuela de la exégesis, pueden distinguirse los tres siguientes:

- a) El culto al texto de la ley.
- b) El predominio de la intención del legislador en el texto de la ley.
- c) El carácter profundamente estatista de la escuela exegética.

La primera de las características es quizá la que mayor notoriedad le proporciona a esta escuela, o sea, el culto al texto de la ley. El derecho positivo se proclamaba como la preocupación dominante, es decir, exclusiva del jurisconsulto, el derecho positivo se identificaba por completo con la ley;<sup>55</sup> todos los juristas consagrados al estudio del derecho moderno y con especial importancia del derecho civil,

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 195 y 196.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 141.

deberían partir expresamente del Código de Napoleón, de ahí que precisamente Bugnet dijera, que “no conocía al derecho civil, sólo al Código de Napoleón”.

### 4. Laurent

Al respecto, Laurent, señalaría: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código, diría que deben resignarse a ella”.<sup>56</sup>

### 5. Prudhon

También se conoce, que antes de Demolombe, al día siguiente de la promulgación del Código de Napoleón, Prudhon expresaría:

“La unidad de legislación establecida por el Código de Napoleón es una ventaja inestimable para Francia, pero para obtener su goce pleno, debemos tener cuidado de desprendernos de muchos prejuicios antiguos (como el recurrir al antiguo derecho romano para explicar el Código de Napoleón, pues se podría dañar a la ciencia del derecho), sólo los textos del Código importan”.<sup>57</sup>

El segundo punto de conexión de la escuela exegética (el predominio de la intención del legislador en el texto de la ley), estribaría en la afirmación de que el derecho positivo únicamente estaba dispuesto en el contenido de los códigos, “un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se considera traducida por aquel”.<sup>58</sup>

Desde este punto de vista, se debería recurrir a la intención del legislador plasmada en el texto de la norma, es decir, la ley como tal representa el ideal de su creador: el legislador; como puede destacarse, aquí el parlamento ocupa un papel predominante, ante lo cual queda claro que la función del Poder Judicial era intrascendente, pues

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>57</sup> Bonnacase, Julián, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, op. cit., p. 142.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 44.

ante el surgimiento de una duda, bastaría con acudir a la intención legislativa para disiparla.

### 6. Charles Aubry

Al respecto, Aubry, en un apartado del discurso inaugural pronunciado en la Facultad de Derecho de la Escuela de Estrasburgo en 1857, señalaría lo siguiente:

“Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, medida, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña. Estamos lejos de rechazar las ideas nuevas en razón de su novedad misma. Pero, para nosotros, es un derecho y un deber no admitirlas sino después de haberlas sometido al filtro de la crítica y, rechazarlas, sin importar su origen, cuando después de un examen maduro las juzguemos contrarias a las sanas doctrinas. Toda la ley, tanto en su espíritu como en su letra, con extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, pero sólo la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón. Sus alumnos han sido conducidos en esta vía de conservación progresiva”.<sup>59</sup>

### 7. Charles Florent Demolombe

Acerca de la interpretación (en la intención del legislador), Demolombe apuntaría: “interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley; no es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer. La interpretación puede ser más o menos ingeniosa o sutil, puede, a veces, atribuir al legislador intenciones que no tenía, mejores o menos buenas, pero nunca debe tener la pretensión de haber inventado, de lo contrario, no sería ya interpretación”.<sup>60</sup>

Por tanto, podemos entender que la interpretación de la escuela de la exégesis era encontrar y focalizar la intención del legislador, pues esa es la auténtica esencia de la interpretación.

Sobre este aspecto, debe apreciarse que la mejor solución era ver la presunta intención del legislador en una jurisprudencia bien definida,

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 150.

es decir, admitir que de hecho la jurisprudencia cuando era definida en verdad traducía el espíritu de la ley; la intención del legislador, conforme a la escuela de la exégesis, también debería buscarse en los “precedentes históricos”.

Empero, aquí la jurisprudencia tampoco podría ir más allá de la intención del legislador, por lo cual podríamos entender en resumen, “*interpretación es igual a: texto de la norma + intención del legislador = interpretación*”.

### 8. Charles Aubry y Federico Carlos Rau

También Aubry y Rau, sobre este punto, señalarían: “Todas las disposiciones tomadas del antiguo derecho o del derecho intermediario, deben explicarse de acuerdo con las fuentes de que dimanaron; en caso de duda sobre la intención del legislador, debe presumirse que quiso ser fiel a la legislación anterior. Sin embargo, *no debe recurrirse a los antiguos principios*, que ni expresa, ni implícitamente, fueron recordados por el Código de Napoleón y tampoco debe olvidarse la influencia que ejercen las innovaciones de este código, sobre las disposiciones que no modificó expresamente”.<sup>61</sup>

Aubry también sostendría que los principales medios de interpretación lógica, eran los siguientes:

1. La comparación del texto por interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia, o materias análogas.
2. La investigación de los motivos, o del objeto de la ley, en los trabajos preparatorios a su redacción, o en el derecho anterior.
3. La apreciación de las consecuencias a las que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley.<sup>62</sup>

En cuanto al carácter estatista de la doctrina exegética, “se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al derecho, de una manera absoluta, en poder del Estado”.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Bonnacase, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, op. cit., pp. 153-154.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 158.

## 9. Blondeau

Blondeau mencionaría: “La ley debe ser actualmente la única fuente de las decisiones jurídicas, si hay duda o insuficiencia en la ley, deben desecharse las luces de la conciencia o de la razón, si el juez se encuentra en presencia de una ley ambigua o de leyes contradictorias, escapándosele el pensamiento del legislador, tendrá motivos tan poderosos para abstenerse como para actuar y considerar esas leyes como no existentes, y por lo mismo, para rechazar la demanda”.<sup>64</sup>

## 10. Murlon

En conceptos de Murlon, para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez un solo derecho existe, el derecho positivo se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí.

Las leyes naturales, o morales sólo eran obligatorias en tanto que habían sido sancionadas por la ley escrita, las demás no son materia de derecho, y el juez que se apoyara en ellas para motivar sus decisiones, sobrepasaría los límites de sus facultades; solamente al legislador pertenece el derecho de determinar, entre las numerosas y algunas veces tan controvertidas reglas del derecho natural, las que son igualmente obligatorias *dura lex, sed lex*; un buen magistrado humillaría su razón ante la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. *Nada está sobre la ley*, y constituye una prevaricación eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural.

En la jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley; desgraciadamente, en la práctica, para los sostenedores de esta escuela, la regla no fue bien comprendida, todos los días vemos a los jueces tratar por medio de vanas sutilezas de las soluciones del derecho positivo y pervertirlo a fuerza de equidad, estos son malos jueces”.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>65</sup> Bonnacase, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, op. cit., pp. 159-160.

## 11. Baudry-Lacantiniere

Igualmente, Baudry-Lacantiniere, al efecto mencionaría, *Dura lex, sed lex*, el juez está instituido para juzgar conforme a la ley, y no para juzgar de la ley, su sabiduría debe inclinarse ante la ley; agregaría que existía una inconveniencia en permitir que el juez fallara conforme a la equidad cuando la ley es muda, consistente en que se le transforma en legislador; pues a falta de ley, hará una para el caso particular que se le somete.<sup>66</sup>

Así, conforme al pensamiento de los sostenedores de la escuela de la exégesis, podemos considerar entre los principios esenciales de esta escuela, los siguientes:

- a) Todo el derecho está contenido en la ley, la cual expresa la voluntad del legislador, de modo tal que nada quede librado al arbitrio del intérprete.
- b) El sistema jurídico es considerado como cerrado y completo, en el cual no existen lagunas.
- c) Ningún principio jurídico que no esté en los códigos es válido ni aceptable para la interpretación de la norma.
- d) El legislador es el único creador del derecho, por lo tanto, sólo conociendo su voluntad y su intención al elaborar la ley es posible interpretar el sentido de la misma. Si el intérprete hiciera algo distinto “usurparía las atribuciones del Poder Legislativo que han sido reservadas a éste por la nación”.
- e) La ley es el fiel reflejo de la intención del legislador, la cual permanece inalterable en el tiempo.<sup>67</sup>

### V. LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS EN EL SISTEMA LEGALISTA

El problema de la relación entre la legislación, la interpretación y aplicación de la ley no ha sido aún plenamente analizado en la teoría del derecho, ya que el último término –la aplicación– se ha consi-

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 160-161.

<sup>67</sup> *Cfr.* Sobre las características de esta escuela consúltese la obra de Bonnacase, Julián, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, ya citada en varios apartados.

derado como el momento ejecutivo y posterior a la interpretación y, por tanto, secundario y ocasional respecto de ella. Indudablemente, hay que reconocer que la aplicación de la ley reclama la atención de los juristas por el hecho de que la propia legislación es una forma de aplicación de los principios establecidos en la Constitución, y por haber demostrado, por ello, el carácter intrínsecamente jurídico y productivo (o incluso, según se mire, creativo) del derecho.<sup>68</sup>

Por otro lado, es común denominar *métodos o modelos de interpretación*, a las reglas técnicas que privilegian alguna propiedad interna o externa de las normas para conferirles un sentido único; sobre este aspecto, no existe un acuerdo unánime de la doctrina acerca de la existencia de alguna relación (jerárquica, por ejemplo) entre los diferentes métodos, de modo que el uso de alguno se encuentre privilegiado.

Sin embargo, para ubicarnos es preciso establecer una pequeña distinción entre lo que podemos conceptualizar como “escuela” o como “método”, para ello estimamos prudente la advertencia hecha al respecto por Germán Cisneros Farías, quien nos explica: el concepto método habrá de referirse a *una técnica especial de la interpretación*, a un subrayado metodológico, científico, sistematizado sobre la interpretación de la norma jurídica; así se puede hablar del método exegético, de la libre investigación científica, del método histórico, de la jurisprudencia de intereses, del método conceptual, etcétera.<sup>69</sup>

Por otro lado, el concepto de escuela se refiere a las ideas de interpretación del derecho en un país, en una época o en varios países o a varios autores o tendencias doctrinales que se encuentren inmersos en la escuela de referencia.<sup>70</sup>

En este contexto, con respecto a los modelos que permearon dentro del periodo legalista, “como se recordará en líneas precedentes al tratar el tema de la interpretación Savigny distinguió cuatro elementos: el lógico, el gramatical, el sistemático y el histórico”;<sup>71</sup> tales elementos constituyen los distintivos de esta escuela, aunque según algunos autores también los identifican dentro del método histórico, puesto que éste al igual que en aquél, la interpretación consiste en la

<sup>68</sup> Frossini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 65.

<sup>69</sup> Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, Ed. Trillas, México, 2004, p. 67.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>71</sup> Hernández Marín, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 47.

reconstrucción del pensamiento contenido en la ley, a cuyos efectos se debe recurrir al análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático.<sup>72</sup>

### 1. El método gramatical

Dentro esta metodología, el intérprete debe asumir la actitud de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley; este proceso fue empleado por los glosadores, quienes, para aclarar los vocablos, utilizaban los textos paralelos, como ciertas obras clásicas (Virgilio, Cicerón, Horacio, y en especial la Biblia). Comparaban la acepción de la palabra utilizada en la ley con la aplicada en los textos; en esencia *tiene como base la explicación del sentido de las palabras y frases usadas en la ley, por aplicación de las reglas del lenguaje*. Así, al establecer el sentido de las palabras debe preferirse su sentido técnico al vulgar y entenderlas en la forma que se relacione mejor con la materia de que se trate, los factores gramaticales que el intérprete ha de tomar en cuenta son las relaciones gramaticales (especialmente el orden) que existen entre las palabras que integran los enunciados jurídicos.<sup>73</sup>

El método gramatical fue concebido antes del siglo XIX en las escuelas de los glosadores y los comentaristas de gran esplendor.<sup>74</sup>

Como la voluntad del legislador se expresa en un texto legal, es necesario llevar a cabo una investigación gramatical del mismo. Se trata de conocer el sentido del texto a través de cada uno de los términos establecidos en él. En muchos casos este primer análisis filológico es suficiente para descubrir la voluntad del legislador.<sup>75</sup>

En el sistema exegético francés el método gramatical quizá fue el más importante, pues se identificaba de manera indiscutible a *la interpretación de la ley con la voluntad de su creador*; en tanto que las normas como un efecto de la expresión de los sentimientos de la sociedad, acogidos por el poder legislativo en un determinado ordenamiento, eran consideradas como una especie de enunciados continentes del sentimiento general social, siendo bastante ordinario

<sup>72</sup> Assef, Lucía María, *La interpretación de la ley*, Ed. Juris, Buenos Aires, 2004, p. 71.

<sup>73</sup> Hernández Marín, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>74</sup> Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>75</sup> Martínez Paz, Fernando, *Introducción al derecho*, *op. cit.*, p. 334.

que el juez, en respeto de esa voluntad pública, debería asirse a su texto sin variarlo por medio de su interpretación.

En este contexto se encuentra también la idea abordada por García Máynez, pues para él, si el legislador mediante una ley, establece en qué forma ha de entenderse un precepto legal, la exégesis legislativa obliga a todo el mundo precisamente, porque su autor, a través de la norma secundaria interpretativa, así lo ha dispuesto.<sup>76</sup>

Bajo este tipo de interpretación, se busca el sentido de la ley, mediante el significado literal de las palabras empleadas en la misma. Cabe aclarar que para realizar esa interpretación no siempre se remite al uso de un diccionario para encontrar el verdadero sentido de las palabras del legislador, en virtud de que muy a menudo el sistema etimológico de un término, o su definición en el lenguaje natural que se utilice, es distinto al que se le da en el lenguaje jurídico (o, más correctamente, técnico-jurídico).<sup>77</sup>

Gramatical o literal es la interpretación que consiste en "...atribuir un significado a una disposición teniendo en cuenta las reglas semánticas y sintácticas de la lengua en que tal disposición se expresa".<sup>78</sup>

## 2. El método sistemático

La característica fundamental de este método es la correlación de la norma con otras del mismo cuerpo o de otras leyes. Aquí se privilegia la consistencia del sistema normativo y se busca evitar que la interpretación de una norma la torne incompatible con otras normas, o con principios generales aceptados, de los cuales derivan las normas.

El elemento sistemático consiste en las relaciones existentes entre los diversos enunciados jurídicos.<sup>79</sup>

Para García Máynez, parafraseando a Radbruch, existe la interpretación lógico sistemática que no busca la intención (puramente subjetiva), del legislador, sino el sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1995, p. 329.

<sup>77</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 380.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>79</sup> Hernández Marín, Rafael, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, op. cit., p. 48.

<sup>80</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 329.

## 3. El método histórico

Aquí se busca la voluntad del legislador a través de los antecedentes de la ley, como el debate parlamentario, la exposición de motivos, los estudios previos o las polémicas en la opinión pública.

Para Esquiaga Ganuzas, citando a Hernández Gil, los puntos principales propuestos por el método de la escuela histórica son los siguientes:

- a) La interpretación no está vinculada solamente a los casos de oscuridad de la ley, sino a toda aplicación de ésta a la vida real.
- b) Junto a los elementos gramatical y lógico se da entrada en la interpretación al histórico y al sistemático; además, esos cuatro elementos no constituyen cuatro clases de interpretación sino que son medios que han de utilizarse combinadamente.<sup>81</sup>

La interpretación histórica exige tener en cuenta los antecedentes históricos de forma que el intérprete pueda analizar cómo se ha entendido el texto en su historia; así, Esquiaga lo denomina "uso estático o tradicional", es decir se asume que el legislador no cambia de opinión (por ello es estático), y por ende no se aparta del "espíritu" que iluminó originalmente la naturaleza de la institución jurídica que sea.<sup>82</sup>

La histórica en sentido estricto es la que "adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos en el momento de su emanación", y la evolutiva la que le asigna un significado nuevo, distinto del histórico.<sup>83</sup>

### A. Argumento histórico

En opinión de Hallivis, el primer argumento que debemos analizar es el histórico, que Tarello llama "presunción de continuidad", "presunción de continuidad del sistema jurídico" o, especialmente en tiempos recientes, "hipótesis del legislador conservador"; es el

<sup>81</sup> Esquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 354.

<sup>82</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 442.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 443.

argumento por el cual, explica Tarello, estando dado un enunciado normativo en ausencia de indicación expresa en contrario, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente venía atribuyéndose al enunciado normativo precedente o preexistente que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica o el enunciado normativo contenido en un documento fundador de otra organización y pone como ejemplo de esto, atribuir a un artículo del código civil vigente el significado tradicionalmente atribuido al artículo correspondiente del código civil francés de 1804.<sup>84</sup>

#### B. Argumento de autoridad

El otro argumento histórico que encontramos es el de "autoridad". Tarello nos comenta que tradicionalmente se le ha llamado *ab exemplo* y lo define como el argumento por el cual "a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido atribuido por alguien y sólo por ese hecho". Se trata, como él lo explica, de un argumento que invita a atenerse a los precedentes.<sup>85</sup>

En cambio para Ezquiaga, estos precedentes tienen un carácter dialéctico, ya que están basados en opiniones generalmente aceptadas y no en evidencias.<sup>86</sup>

#### 4. El método teleológico

La característica esencial de esta técnica es que aunque se busca también la voluntad del legislador, bucea en cambio en el análisis de la finalidad de la ley. Trata de alcanzar la "*ratio legis*", es decir, la razón por la cual la ley fue sancionada, sin que esto signifique confundirlo con el método histórico.

En opinión de Ezquiaga Ganuzas, al definir el argumento teleológico, existe más o menos unanimidad entre los diversos autores, al exponer: *todos ellos coinciden en señalar que consiste en interpretar un enunciado; de acuerdo con su finalidad, pero por otro lado,*

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 445.

*las divergencias son enormes al momento de dar un contenido a la operación de fijación de esa finalidad.*<sup>87</sup>

En este tipo de interpretación, también denominada teleológica o psicológica, apela a la voluntad, intención, objetivos o razones del legislador para emitir un texto normativo. Es decir, se refiere a que no debe atribírsele su significado literal sobre la base de que era distinta, sea la *ratio legis* o voluntad del legislador.<sup>88</sup>

#### 5. El método auténtico

Este método se caracteriza por la interpretación de la ley por parte del legislador, por lo que también se conoce como interpretación legislativa.

Por interpretación auténtica se entiende la interpretación (considerada como actividad o como producto) proveniente del mismo sujeto autor del documento interpretado.<sup>89</sup>

La particularidad de esta especie de interpretación ahonda sus raíces en la consideración de que el autor de cada uno de los actos es también el sujeto que más seguramente sabe explicitar su significado.<sup>90</sup>

Así pues, se llama interpretación *auténtica o legislativa*, aquella interpretación que emana del propio autor de la ley, es decir, cuando el intérprete es el mismo legislador (por ejemplo, con la expedición de una ley reglamentaria, que viene a ser la interpretación auténtica de los preceptos constitucionales que reglamenta). Tiene la característica de que obliga no sólo respecto de los preceptos de la ley que interpreta, sino también de los nuevos principios que introduzca para integrar las lagunas de la ley primaria.<sup>91</sup>

Las definiciones legales que contienen las diversas leyes son un caso de interpretación auténtica, son definiciones sobre un término que aparece en la ley. En ellas, el legislador "...al ser conciente de las dudas que podrían suscitar algunos de los términos que utiliza, fija

<sup>87</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, op. cit., p. 395.

<sup>88</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 390.

<sup>89</sup> Modugno, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, Colección Fundap, Derecho Administrativo y Política, Santiago de Querétaro, México, 2004, p. 52.

<sup>90</sup> Modugno, Franco, *ibidem*, p. 52.

<sup>91</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 291.

de antemano su significado. Usualmente se acepta que la interpretación auténtica "...es tan válida como el mismo texto interpretado, a condición de que se mantenga la forma adecuada".<sup>92</sup>

## 6. La subsunción

El típico racionalismo del siglo pasado y una aplicación rígida del dogma de separación de poderes, así como el residuo de la desconfianza hacia la discrecionalidad de que habían gozado los tribunales en el antiguo régimen, hizo que se intentase presentar el mecanismo de la aplicación judicial del derecho como el resultado de un silogismo. La premisa mayor está constituida por la norma jurídica abstracta y en general aplicable al caso concreto sometido a juicio; la premisa menor, por los hechos de este caso, y la conclusión se obtiene subsumiendo ese hecho concreto en la norma general de la premisa menor.<sup>93</sup>

Por el significado del concepto "subsunción", podemos obtener que, subsumir significa enlazar o unir lógicamente una situación en particular, específica y concreta, con la previsión abstracta genérica e hipotética realizada de antemano por el legislador.<sup>94</sup>

La subsunción es, pues, por así decirlo, el método o la técnica que el operador del derecho debe emprender, generalmente cuando por el concepto de "norma" entendemos de manera exclusiva al texto de la ley, y a su vez, ésta es concebida como el conjunto de prescripciones elaboradas por el legislador que tiene por destinatarios a los integrantes de la sociedad. Si el hecho encuadra dentro de la hipótesis normativa (mediante la subsunción), tendremos una solución para el caso sujeto a discusión, luego, la idea de la norma se identifica, como lo señala James Goldschmidt, *son reglas para una conducta humana, es decir, ellas tienden a influir en la voluntad de los hombres*.<sup>95</sup>

De esta manera, cuando la solución de un determinado problema jurídico, pretende decidirse por medio del "silogismo judicial", el cual se integra según sus rasgos característicos, por la premisa mayor (la ley), una premisa menor (el hecho cuestionado), la subsunción

implica el tercero de los elementos del silogismo, esto es, la adecuación o encuadramiento del hecho en la hipótesis normativa, si este procedimiento logra culminarse satisfactoriamente, luego, se obtendrá una solución para ese determinado problema de derecho.

La idea esbozada concuerda con la óptica de García Máynez, para quien el silogismo judicial, la premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquella, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho.<sup>96</sup>

Esta forma de forjar la solución de los problemas jurídicos, fue propia de la instauración del "Estado Legislador",<sup>97</sup> el cual fue llevado a término por la revolución francesa, y trajo la pretensión de reducir al derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas, con la consecuente exclusión de cualquier referencia material de la justicia, que únicamente al legislador y no al aplicador del derecho correspondía hacer.

En opinión de Germán Cisneros, dentro de los métodos utilizados por la escuela alemana relativos a la interpretación del derecho, se encuentra *el positivismo*, que circunscribía al juez a la lógica de la subsunción de la ley, se comprende por lógica subsunción a la presentación de la decisión judicial atendiendo a un silogismo jurídico, en donde la premisa mayor la constituye la norma o ley aplicada al caso; la premisa menor, al hecho o conducta sujeta a controversia, y la conclusión es la sentencia dada por el juzgador, la ley juega el papel determinante de la actividad judicial.<sup>98</sup>

Así pues, a esta forma de aplicar el derecho se le conoce como subsunción lógica y se aplicó con rigor severo en el método exegético de la escuela francesa y en el positivismo de la escuela alemana.<sup>99</sup>

Empero, la crítica más acentuada se dirige a destacar la limitación del juez a una lógica muy reducida: la legislación.

De acuerdo con lo señalado, la subsunción implica que para la solución de un problema jurídico, el primer paso es la localización de la norma, la cual debe referirse al caso concreto, es decir, debe

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 291 y 292.

<sup>93</sup> Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*, Ed. Ariel derecho, Barcelona, 2003, p. 75.

<sup>94</sup> Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, Ed. Mayo, 1981.

<sup>95</sup> Goldschmidt, James, *Problemas generales del derecho* (obra póstuma), Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944, p. 5.

<sup>96</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit.*, p. 321.

<sup>97</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Ed. Civitas, 1996, Madrid, p. 17.

<sup>98</sup> Cisneros Fariás, Germán, *La interpretación de la ley*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>99</sup> Cisneros Fariás, Germán, *La interpretación de la ley*, *op. cit.*, p. 113.

ser exactamente aplicable al problema, y se debe adoptar de manera estricta la consecuencia prevista en ella.

Canosa Usera, citando a English, manifiesta que la subsunción es la comprobación de que efectivamente se dan las condiciones de una consecuencia jurídica (un deber ser); al mismo tiempo se comprueba la actualidad de estas consecuencias jurídicas. Se aprecia como la generalidad de un deber ser, de sus "implicaciones generales", se obtienen las proposiciones concretas de ese deber ser. Ultimar esta operación conlleva finalmente, aplicar el derecho.<sup>100</sup>

Sin embargo, si este método es (o fue) eficaz para solucionar la problemática jurídica cuando se pretendió focalizar al derecho entendido como norma o simple regla, ligándolo estrechamente con el significado de "la ley", incluso, propio para la solución de dificultades de mera legalidad o cuando la disyuntiva o el enfrentamiento se suscitaba en la aplicación de la ley al caso concreto entre supuestos de hecho contemplados por preceptos de normas de rango infraconstitucional (como ejemplo de ello, los problemas derivados del derecho civil, penal, administrativo, laboral, reflejado en sus respectivos códigos, *stricto sensu*, etcétera); la verdadera complejidad está en dilucidar, si este mecanismo lógico de solución de conflictos jurídicos puede ser utilizado o extendido para dirimir conflictos constitucionales, en donde la colisión se presenta no entre derechos inferiores sino *ius-fundamentales* contemplados por la norma máxima.

## 7. La crisis del sistema legalista

A decir de Prieto Sanchís, la crisis del positivismo legalista y de la doctrina racionalista de la interpretación, parece haber sido propiciada por dos fenómenos diferentes que, sólo con la distancia que proporciona la historia, pueden quedar emparentados. De un lado, no cabe duda que entre un prestigioso sector de juristas se produce lo que se ha llamado una "epidemia de sinceridad", casi un siglo defendiendo lo que la ley o el código proporcionaban respuesta jurídica a todo posible conflicto y que el juez desarrollaba una actividad técnica e incontaminada de cualquier elemento ideológico contrastaba palma-

<sup>100</sup> Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 10.

riamente con una rápida evolución social y con las propias enseñanzas de la experiencia; súbitamente, la más esclarecida ciencia jurídica tendrá la sinceridad de ajustar la relojería del derecho a la hora del siglo y a las exigencias de la realidad.<sup>101</sup>

Pero esta reacción antipositivista coincide de modo fatal con otra reacción que se dirigía contra el sustrato ideológico que había alentado el constitucionalismo y la codificación. El romanticismo representa la más vigorosa impugnación de los valores fundamentales de la ilustración: a la naturaleza idealizada y racional del XVIII se opone la naturaleza real y turbulenta, el cosmopolitismo, el nacionalismo; frente a la razón como instrumento ordenador de la convivencia se alzan las fuerzas ocultas que empujan un desarrollo espontáneo y continuo; el consentimiento de los individuos como criterio legitimador de la autoridad política es sustituido por una teoría organicista apoyada en el misterioso genio de Volkgeist. Resumiendo, es la contrarrevolución, el miedo a las ideas de la declaración de derechos o a sus consecuencias últimas.<sup>102</sup>

La crítica a la teoría de la interpretación tradicional se presenta como una consecuencia de nuevas concepciones jurídicas; así sucede con el sociologismo, que pretende abrir al derecho a una realidad más amplia que la simple voluntad del Estado. Ello conduce, lógicamente, al reconocimiento del pluralismo de fuentes, y, por tanto, a la flexibilización de la actividad interpretativa.<sup>103</sup>

En opinión de Santiago Nieto, la codificación decimonónica es resultado del Estado de derecho y su mejor expresión: la codificación consistió en la emisión de disposiciones jurídicas por un cuerpo parlamentario que pretendía establecer soluciones posibles a todos los conflictos jurídicos. Se trataba de regular absolutamente todo. Es la época de emisión de los grandes códigos de Napoleón, civil, penal, procedimientos civiles, procedimientos penales y comercio. Cada problema debería tener su solución en alguna disposición del Código. Esto impactó en dos vías en la interpretación del derecho. Desde el punto de vista de la división de poderes consagró la idea de supremacía parlamentaria; los jueces carecían de la facultad interpretativa de la

<sup>101</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Ideología en interpretación jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 31.

<sup>102</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Ideología en interpretación jurídica*, *ibidem*, p. 32.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 35.

ley, en virtud de que se concebía que la ley proporcionaba todas las respuestas y que el legislador no se equivocaba. El otro aspecto fue la creación de una cultura jurídica que presumía un solo criterio de interpretación: el gramatical. La interpretación de ley hacía referencia exclusivamente a la letra de la ley.<sup>104</sup>

Asimismo, citando a Caballero, comenta que las soluciones de la codificación fueron: sistematizar los ordenamientos existentes; acabar con el casuismo de las disposiciones; establecer principios generales del derecho; elaborar una versión oficial de las disposiciones del derecho común traducida a la lengua de la tierra y fortalecer el derecho nacional al limitar el derecho común a un plano supletorio.<sup>105</sup>

En resumen, el Estado de derecho decimonónico considera los siguientes elementos: la idea de la soberanía popular ejercida por medio de la representación en el Parlamento, la división de poderes, la supremacía del Parlamento, la expedición de códigos omnicomprendivos como técnica legislativa y como control del poder judicial que fungían como instrumentos de la regulación del poder.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Nieto Castillo, Santiago, *La interpretación de los órganos electorales (Interpretación del derecho y criterios de interpretación en materia electoral)*, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Electoral de Querétaro, 2002, p. 30.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 31.

# LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA CIVIL: RAZONES PARA SU DEROGACIÓN Y CONSECUENCIAS PENALES DE LA MISMA

Miguel A. HERNÁNDEZ ROMO  
Pablo HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La prueba confesional en materia civil y penal.* III. *La garantía de no autoincriminación penal y su aplicación al proceso civil.* IV. *La nueva postura española: desaparición de la prueba confesional.* V. *La consecuencia penal de la confesión provocada o de posiciones: la falsedad en declaraciones.* VI. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Mientras más se litiga mayor experiencia se adquiere en los tribunales y en muchas ocasiones nos vamos dando cuenta que algunas figuras jurídicas que se nos enseñaron en la Universidad deben dejar de existir. En esta ocasión nos referimos a la prueba confesional de posiciones, también llamada por la doctrina confesión forzada, que se desahoga en la materia civil.

La reflexión y la práctica en el litigio nos han hecho darnos cuenta de que existen graves resultados y consecuencias cuando dicha prueba se lleva a cabo. En un Estado democrático en donde existe la garantía de debido proceso legal es incompatible una prueba de confesión forzada. Es una clara *contradictio in terminis*. Lo anterior, ya que no es posible, legalmente hablando, que exista la posibilidad de que en un proceso civil una de las partes obtenga una confesión de

su contraparte cuando ésta guarde silencio, esto es, si la contraparte permanece en silencio se entienda que contestó en sentido afirmativo.

En virtud de lo anterior, es que consideramos que la prueba confesional de posiciones o también conocida como confesión forzada, debe desaparecer del ordenamiento jurídico civil. Pero no sólo la reflexión ha hecho que lleguemos a esta conclusión, el estudio del derecho comparado nos ha permitido conocer lo que sucede en otros países, en este caso en particular en Alemania y España, en donde en el proceso civil la prueba confesional forzada ha desaparecido debido a sus nefastas consecuencias.

En este pequeño ensayo buscamos que el lector se percate de la injusticia que provoca dicha prueba como está contemplada en nuestro país y deseamos su pronta eliminación para que cualquier persona tenga mayor seguridad jurídica.

## II. LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA CIVIL Y PENAL

Gramaticalmente hablando, de conformidad con la Real Academia Española, se entiende por *prueba*: “razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”. Desde el punto de vista jurídico dicho término tiene la misma connotación; así, una prueba tiende a demostrar la verdad de un hecho (Carnelutti, p. 44), o significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos (Lessona, pp. 43, 44; Couture, p. 215).

Dentro de las pruebas, una de ellas es la llamada confesión, dicho término –*confesión*–, gramaticalmente hablando, significa: “declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro”.

No obstante que gramaticalmente hablando, no existe otra acepción que tenga cabida para efectos de nuestro estudio, la realidad es que la prueba confesional ha sido entendida de forma distinta en el ordenamiento civil y el penal; no por la doctrina, pero sí en la legislación correspondiente. En efecto, doctrinalmente hablando, la prueba *confesional en materia civil* se ha entendido como: “el reconocimiento de hechos propios que produce efectos jurídicos en contra de quien, siendo capaz, lo hace libre y formalmente en juicio” (Becerra, p. 110). En materia penal la prueba *confesional* se entiende como

“el reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos, constitutivos de delito, que se le imputan” (Arilla, p. 139). Requisito indispensable en la confesión en materia penal es que el inculcado esté asistido de su defensor (*cf.* Artículo 20 constitucional, apartado A, fracción II).

En materia penal “la confesión puede contener ciertos vicios en la voluntad que la haga inverosímil o que carezca de valor. La coacción es uno de esos vicios” (Ojeda, p. 548). Ejercer coacción sobre alguna persona es utilizar la fuerza física o moral para obligarla a que nos diga o ejecute alguna cosa, sea justa o injusta. Por lo tanto, si se presentase este vicio, se perderá la eficacia demostrativa de la confesión (Ojeda, p. 548).

Para otorgar valor probatorio pleno a la confesión, se requiere que esté corroborada con otros medios de prueba, toda vez que no puede condenarse a una persona si existe como única prueba la confesión (Ojeda, p. 555).

En materia penal, queda claro que si la confesión no es hecha de forma libre, carecerá de valor probatorio; sin embargo, en materia civil, contrario a lo sostenido por la doctrina más autorizada, la mayoría de las veces, dicha prueba no es desahogada de forma libre, ni espontánea; por el contrario, se desahoga en varias ocasiones bajo coacción, utilizando la violencia moral implícita, más aún si se considera que no tiene opción a permanecer en silencio. Nos explicamos.

La legislación civil se encuentra encorsetada por un rígido formulismo en el ofrecimiento y desahogo de la prueba confesional. En efecto, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF) establece en diversos artículos, que la prueba se ofrece presentando el pliego de posiciones (art. 292). La absolución de las posiciones se hace bajo protesta de decir verdad (art. 308). Las personas físicas deben absolver posiciones en principio personalmente (art. 310). En relación con los hechos negativos deben usarse verbos como abstenerse, omitir (art. 311). *No se permite al absolvente estar asistido de abogado* (Art. 315). Las respuestas deben ser “sí” o “no” (art. 316), aunque luego se pueden hacer aclaraciones; *no le está permitido al absolvente decir que no sabe o que no recuerda un hecho, ni puede guardar silencio ante la pregunta, pues de lo contrario la pregunta se le tiene por contestada afirmativamente*. Las preguntas son rituales con el formulismo “Diga si es cierto como lo es que...”. En caso de

inasistencia de la persona cuya confesión ha sido ofrecida, se presume la confesión ficta de las preguntas que hayan sido calificadas de legales por el juzgador.

Como se puede ver, la confesional en materia civil, de libre, no tiene absolutamente nada; quien absuelve posiciones lo hace forzado a contestar, y en caso de quedarse callado, se entenderá que contesta en sentido afirmativo. Esto es insostenible.

Obsérvese cómo en la confesional civil, si la parte confiesa —la mayoría de las veces es porque se ve obligado a ello— el asunto está prácticamente terminado toda vez que ya confesó; si el que absuelve posiciones niega los hechos podría ser denunciado por falsedad en declaraciones ante autoridad judicial, si está mintiendo; y si permanece en silencio se le tiene por contestada afirmativamente.

Si se entiende que el actor debe de probar su acción y el demandado sus defensas y excepciones, la confesión en materia civil es una prueba inútil, toda vez que con la misma ya no se cumple el que cada parte debe probar sus pretensiones. Con la confesional, el actor quiere que el demandado pruebe su acción y a su vez el demandado intenta que el actor pruebe las pretensiones de este. Esto es contrario al debido proceso legal.

Las partes al exponer sus pretensiones afirmaron sus posiciones en el litigio. Es ilógico, ocioso e inútil que el actor contradiga en la confesión lo que expuso en su demanda; como ilógico, ocioso e inútil es que el demandado contradiga en la confesión lo que expuso en su contestación. Por ello, desde nuestro punto de vista debe eliminarse la confesional.

Críticas a dicha prueba ya habían sido señaladas por la doctrina civilista más autorizada en nuestro país: “Tanto la confesión como la testimonial son medios de prueba o confirmación sobre los que, en los últimos tiempos, ha venido creciendo la desconfianza. La confesión civil, la confesión penal y la confesión en todo tipo de juicios, se ha venido desprestigiando mucho... De ahí pues que la prueba de la confesión como también la testimonial son medios que hay que ver con reserva y con cuidado” (Gómez Lara, p. 91).

Aunado a lo anterior, el juzgador que pretende obtener la verdad de los hechos en un litigio no puede circunscribir al absolvente a un “Sí” o a un “No” en el desahogo de la prueba confesional, por más que se le permita hacer aclaraciones. La vida comercial e

industrial de nuestros tiempos exige un diálogo objetivo en el que hay muchos: “no sé”, “no recuerdo”; hay muchos “Sí” o muchos “No”, pero matizados de imprecisiones y olvidos toda vez que en una persona moral son muchas las personas físicas que realizan las actividades que constituyen el objeto social. Además, debe tenerse en cuenta que el tiempo transcurrido entre los hechos y la declaración confesoria afecta el recuerdo de las personas. De suerte que es preciso eliminar la tortura rigorista de interrogatorios y formas más bien pertenecientes a épocas de la inquisición, reprobable a todas luces y optar por un método abierto de investigación de la verdad de los hechos, que es lo que pretende el juzgador en la impartición de justicia en los casos que se le presentan a su tribunal para dirimir las controversias.

Aunado a lo anterior, desde nuestro punto de vista, el privar al absolvente de la asistencia de su abogado es una violación a las garantías individuales —al debido proceso legal y a la garantía de no autoincriminación—, toda vez que toda persona que comparece ante una autoridad sea de la naturaleza que sea, tiene derecho a ser aconsejado, en todo aquello que le puede perjudicar y a ser protegido de las eventuales violaciones del orden jurídico. Nos parece que aislar al absolvente equivale a ejercer una especie de tortura, de violencia para sorprenderlo con un interrogatorio que desconoce, aunque se diga que versa sobre hechos propios; máxime cuando se trata de grandes empresas donde suceden hechos realizados por múltiples personas con diversas especialidades en sus labores, desconocidas en sus pormenores por los que no las realizan, pretendiendo el articulante obtener indebida ventaja de tales circunstancias, a tal grado que cuando se trata de confesión de hechos que contienen múltiples datos, cobros, pagos, omisiones, etc., se pretende obtener beneficios derivados de consecuencias penales ligadas a un supuesto fraude procesal o falsedad en declaraciones.

Las *consecuencias procesales inmediatas* que se logran al obtener la prueba de confesión son el tener una sentencia en contra de la parte que la hubiera producido (Díaz de León, pp. 476, 477).

La postura sostenida por nosotros, cobra mayor relevancia si se observa el hecho de que en la Ley de Amparo (LA), que regula un verdadero procedimiento, se haya excluido la prueba de confesión. En efecto, el artículo 150 LA dispone:

“En el juicio de amparo es admisible toda clase de pruebas, excepto la de posiciones y las que fueren contra la moral o contra derecho”.

Obsérvese como, en la institución del amparo, si el legislador hubiera considerado que la confesión aportara alguna ventaja para conocer la verdad de los hechos, hubiese incluido la prueba confesional; pero no lo hizo. Esto es, no es admisible la confesional de posiciones o confesional provocada; pero no se prohíbe la confesional espontánea (Noriega, pp. 739 y ss.; Chávez, pp. 399, 400).

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, una prueba que no es apta para demostrar la verdad, ni hace conocidos para el juzgador los hechos controvertidos, debe ser eliminada del proceso, por ociosa, inútil e ir en contra de los principios psicológicos de la naturaleza humana.

A nuestro juicio, el legislador debería seguir el modelo alemán y español; esto es, debe buscar que exista un diálogo abierto entre el juez y las partes, para el conocimiento de la verdad y lograr así una mejor administración de justicia.

### III. LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN AL PROCESO CIVIL

La doctrina penalista (Hernández-Romo, pp. 4 y ss.) ha demostrado que debido al origen de las garantías del inculpado—Estados Unidos—y a la copia de las mismas por parte del Constituyente original, la garantía de no declarar en contra de uno mismo—20 constitucional, apartado A, fracción II—debería de aplicar en todas las materias.

De conformidad con lo anterior, lo lógico debe ser que la misma suerte que corra en aquel país, corra en el nuestro. Pues bien, la doctrina norteamericana (Levy, pp. 181 y ss.; Amar, pp. 46 y ss.; Whitebread/Slobogin, pp. 918 y ss.; Taslitz/Paris, pp. 781 y ss.) ha demostrado que la llamada cláusula de autoincriminación tiene validez tanto para asuntos penales como para asuntos civiles.

En opinión de Levy: “La propuesta de Madison ciertamente es aplicada tanto a procedimientos civiles como penales y en principio a cualquier etapa de una investigación legal incluyendo el interrogatorio inicial en un caso criminal y el juramento de una declaración en un caso civil”. “El fraseo convencional de que nadie puede ser

obligado a acusarse a sí mismo o proporcionar prueba contra uno mismo, también comprende más que la incriminación de uno mismo”.

“Ni el acusado criminal ni las partes en un litigio civil pueden ser obligadas a rendir declaración. Ellos no pueden rendir prueba ni a favor de ellos ni contra ellos”.

Más aún la garantía de *Delaware* entendía que “ninguna persona en la Corte del *Common Law* debe ser obligada a proporcionar prueba contra sí misma y extendía el derecho contra la incriminación de sí mismo a los testigos y a las partes, tanto en los casos civiles como en los criminales”.

El senador Machali, de Pennsylvania, argumentó: “Arrancar una prueba de cualquier persona era una especie de tortura”. Lo consideró igualmente tiránico como arrancar una prueba por tortura.

La misma Corte (Pennsylvania) aplicó una norma similar (al *Nemo tenetur seipsum accusare (seu prodere)*, en un caso meramente civil, sosteniendo que nadie puede ser obligado a tomar el juramento de un testigo (declarante) si su testimonio “tiende a acusarse a sí mismo de un acto inmoral”.

También dijo: “Lincoln, que se encontraba en la posición peculiar de ser a la vez testigo y abogado para el gobierno en un caso civil, no fue obligado a declarar cualquier cosa que pudiera incriminarlo” (Levy, p. 192).

De conformidad con lo anterior, tanto el actor como el demandado una vez expuestas sus peticiones en la *litis*, deben de tener derecho a guardar silencio ante el tribunal sobre las preguntas que le pretenda formular su contraparte, sin consecuencia perjudicial contra sí mismo. Este es un privilegio que tiene toda persona frente a la autoridad y frente a su contraparte sin que sea aplicable el dicho “*Qui tacet consentire videtur*” (el que calla otorga). El silencio en una confesional es ausencia de manifestación de la voluntad del absolvente y no puede ni debe ser interpretado ni a favor ni en contra de quien ejerce su derecho a guardar silencio con el propósito de no perjudicarse. Resulta ridículo que en un tribunal una de las partes le diga a la otra: “O me dices lo que quiero para favorecer mi posición en el juicio o si guardas silencio, se interpreta tu silencio en forma que te perjudique”.

Es claro entonces, que el sistema procesal civil, por lo que hace al punto que exponemos, atenta contra uno de los más elementales principios de la convivencia en sociedad, que expresa: “ninguna

persona será obligada a declarar en contra de sí misma”: El instinto de conservación y defensa natural de todo ser humano exige que se abstenga de declarar contra sí mismo. Desde hace tiempo que en los diccionarios especializados se lee: “La confesión es un fenómeno contrario a la naturaleza del hombre, siempre dispuesto a huir de lo que puede dañarle” (Pallares).

#### IV. LA NUEVA POSTURA ESPAÑOLA: DESAPARICIÓN DE LA PRUEBA CONFESIONAL

Vale la pena que en México se reflexione, por parte del poder legislativo y el judicial, sobre la necesidad de seguir, *mutatis mutandis* el avance jurídico español y alemán –ya también se modificó el Código Procesal Civil peruano–, máxime que como desde hace años se decía: “Quizás ninguna otra rama del derecho mexicano tenga tan marcada su filiación hispánica como la del procedimiento civil” (Sordo, p. 116).

La prueba de confesión en el procedimiento civil español ha quedado eliminada y ha sido sustituida por la prueba denominada “El interrogatorio de las partes”; sin que ello signifique sólo un cambio de nombre. Así lo dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en la reforma 1/2000, de 7 de enero de 2000, que entró en vigor el 8 de enero de 2001. Esto es, el interrogatorio de las partes, no es la prueba heredera de la confesión, sino su sustituta (Montero, p. 339).

La doctrina española (Asencio, p. 273; Garberí/Buitrón, p. 345) venía criticando, desde hace tiempo, la prueba confesional, por su inutilidad, amén de ser arcaica y con ciertas connotaciones impropias de un moderno Estado de derecho. Con la nueva prueba que se creó –interrogatorio de las partes– se obtuvo “un instrumento más ágil, flexible e idóneo para lograr el hallazgo de la verdad histórica de los hechos controvertidos en el pleito, que es en definitiva la meta a la que se ha de dirigir cualquier medio de prueba” (Jiménez, pp. 21 y ss.).

En el proceso civil español actual se sigue el principio de oralidad, con interrogatorios libres y directos, quedando prohibidas las preguntas sobre valoración o calificaciones. En esta nueva prueba, el interrogatorio sólo pueden pedirlo las partes en el proceso y versa sobre hechos y circunstancias sobre los que se tenga noticia, aunque no sean personales del interrogado, pero la pregunta debe ser idónea, pertinente y útil para la aclaración de la controversia.

Siguiendo las ideas de los juristas antes mencionados, podemos decir que las partes pueden repreguntar sin sujeción a rigideces formales de manera que la declaración surja espontánea y cómodamente. Esto significa que los abogados de las partes pueden estar presentes en el interrogatorio. No obstante, y precisamente porque esta prueba está encaminada a determinar la verdad histórica de los hechos, la norma prevé la hipótesis de que el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad no haya intervenido directamente en los mismos, sino que haya sido otra persona física quien, en el caso concreto del que dimana el proceso, actuase en nombre de la entidad. En tal supuesto, a fin de que declare quien posee un mejor conocimiento de los hechos y también de evitar que el representante de la parte eluda la responsabilidad de responder con precisión amparándose en su ignorancia, el artículo 309.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le impone la carga de alegar esta situación y de facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de su representada, para que dicha persona sea citada al juicio.

El juez tiene plena libertad de valoración atendiendo a las demás pruebas del caso y tomando en cuenta la no comparecencia del citado para ser interrogado en los hechos en que ha intervenido personalmente.

En relación con la forma del interrogatorio, la novedad tal vez más importante que presenta el interrogatorio de las partes, si se contrasta con la anterior confesión judicial, estriba en las características que presiden el modo de interrogar. La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil resalta este aspecto como motor principal que ha propiciado la sustitución de una prueba por otra: la confesión, en exceso tributaria de sus orígenes históricos, en gran medida ya superados, y, por añadidura mezclada con el juramento, es sustituida por una declaración de las partes, que se aleja extraordinariamente de la rigidez de la “absolución de posiciones”. Esta declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilización en la realización de las preguntas y en definitiva la integridad de una declaración no preparada. En efecto, se abandona aquel ritual de la confesión estrictamente formalista, basado en preguntas escritas y no siempre respaldado –al menos en la práctica– por las garantías que requiere la vigente Constitución española, y se da paso –sobre

la experiencia ya consolidada en la jurisdicción laboral— a un interrogatorio presidido por los principios de oralidad, concentración, inmediación, contradicción y publicidad, donde participan todos los letrados de las partes personadas en el litigio.

#### V. LA CONSECUENCIA PENAL DE LA CONFESIÓN PROVOCADA O DE POSICIONES: LA FALSEDAD EN DECLARACIONES

En materia civil cuando una de las partes formula posiciones lo hace con la frase sacramental de: “Diga si es cierto como lo es...”, en dicha frase quien formula la posición está afirmando que lo que él dice es verdad. Por lo tanto, por cuestión lógica quien lo contradice o dice que eso no es cierto, está mintiendo. En este sentido, quien formule una posición afirmando que algo es verdad, cuando en realidad no lo es, estaría mintiendo. En ambos casos, se actualizaría el delito de falsedad ante autoridades previsto y sancionado en el artículo 311 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF).

Ahora bien, quien absuelve posiciones, deberá absolverlas después de haber declarado, bajo protesta de decir verdad. Esto significa, que quien absuelve posiciones está obligado a conducirse con verdad, ya que de lo contrario se dará vista al Ministerio Público para que se investigue el delito de falsedad ante autoridades, previsto y sancionado en el artículo antes mencionado.

Por lo tanto, por cómo se rige dicho procedimiento ante la prueba confesional, si ninguna de las partes desea estar sometida a un procedimiento penal ambas deberán de decir siempre la verdad y eso debería de ser de la siguiente manera: quien formula posiciones siempre deberá de tener una respuesta afirmativa, ya que de lo contrario uno de los dos estaría mintiendo. Esto es, si quien formula posiciones dice: “diga si es cierto como lo es”, está afirmando ante el juez que lo que él dice es verdad; por lo tanto, lo correcto sería, que quien absuelve posiciones dijera “Sí”, toda vez que de esta forma ninguno estaría mintiendo.

Ahora bien, si quien formula posiciones afirma un hecho falso, lo correcto es que quien absuelve éstas diga que “No” a la afirmación, toda vez que él sabe que el hecho no es como dice el articulante que es; pero al decir que “No”, estaría afirmando que el que formu-

la posiciones miente y por lo tanto deberá de iniciársele procedimiento penal. Si el absolvente dijera que “Sí” ante una posición falsa del articulante, ambos estarían mintiendo.

La siguiente posibilidad, que además es la más descabellada, es la de permanecer en silencio. El CPCDF obliga a quien absuelve posiciones a que dé una respuesta, prohibiendo permanecer en silencio, dicha prohibición consiste en que en caso de permanecer en silencio se entenderá que contestó en sentido afirmativo a la posición que se le formuló.

De conformidad con lo anterior, la confesión de posiciones trae aparejada inseguridad jurídica de grandes dimensiones. El artículo 311 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) establece:

“Quien al declarar ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad en relación con los hechos que motivan la intervención de ésta, será sancionado con pena de dos a seis años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Si la falsedad en declaraciones se refiere a las circunstancias o accidentes de los hechos que motivan la intervención de la autoridad, la pena será de uno a tres años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa”.

Por lo que hace al sujeto activo, se está en presencia de un delito común, cualquier persona puede realizar el tipo. El verbo rector del tipo es *declarar*, dicho término significa: *manifestar ante el órgano competente hechos con relevancia jurídica*. Dicha declaración debe de realizarse *ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas*. En efecto, cuando una persona absuelve posiciones lo hace en presencia del juez que conoce del asunto y se puede decir que dicho juez es la autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

En dicha declaración ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, para que la conducta sea típica, se debe de *faltar—faltare— a la verdad en relación con los hechos que motivan la intervención de ésta*. *Faltar—faltare—* significa, *que no corresponde a lo que es*. *Verdad* significa, *conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente*, o también, *juicio o proposición que no se puede negar racionalmente*. Por lo tanto, *faltar a la verdad* significa, *que no corresponde a una proposición que no se puede negar*.

Ahora bien, esa falta a la verdad deberá de recaer *en relación con los hechos que motivan la intervención* de la autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas. Cuando se absuelven posiciones y se falta a la verdad, es claro que si se falta a la verdad es en relación con las posiciones que se le están formulando y que se están absolviendo ante una autoridad judicial, autoridad que interviene considerando los hechos que se plantearon en la demanda y que ya fueron objeto de contestación, y respecto de los cuales versará la prueba confesional. La pena para quien realice este injusto es de dos a seis años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Puede presentarse concurso de normas con el delito de fraude procesal, mismo que deberá de resolverse a favor de este último, de conformidad con el principio de especialidad, si se acredita que la falta a la verdad se hizo con la finalidad de obtener una resolución contraria a la ley. Nos explicamos. Podrá suceder y de hecho ha sucedido, que quien absuelve posiciones y falta a la verdad en las mismas, lo hace porque a su parecer él no le tiene por qué decir la verdad a su contrario o no le tiene que dar la información para que lo acabe en un litigio; pero no lo hace para obtener una resolución contraria a la ley, sino para que su contrario pruebe lo que presume.

## VI. CONCLUSIONES

*Primera.* La prueba confesional de posiciones en materia civil debe de ser derogada por ser inútil y ociosa.

*Segunda.* La prueba confesional en materia penal debe permanecer con la regulación que tiene actualmente.

*Tercera.* El derecho a permanecer en silencio debe de estar tutelado por la legislación secundaria en cualquier rama del derecho.

*Cuarta.* El interrogatorio de las partes debe de incluirse en el sistema probatorio procesal civil mexicano.

## 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<sup>1</sup> y el derecho penal es una rama del derecho más de los que integran el ordenamiento jurídico.<sup>2</sup> Todas las ramas que lo integran se relacionan entre sí en mayor o menor medida;<sup>3</sup> por lo tanto, todas las normas del derecho penal deben de convivir armónicamente con las de los otros sectores.<sup>4</sup> De esta forma debe existir un todo orgánico bajo el imperio de los principios de racionalidad, sistematicidad y unidad; sin perjuicio de que cada

<sup>1</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 26.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, pp. 27, 28; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 26.

<sup>4</sup> Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, p. 18; Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, p. 21; Orts Berenguer, Enrique y 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.<sup>5</sup>

Actualmente a nadie le cabe la menor duda sobre lo dicho en el párrafo precedente; 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 contraponen el de naturaleza autónoma del mismo.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup>

Lo anterior significa que lo aprobado en normas de derecho civil, no puede ser desaprobado en normas penales; un hecho considerado

<sup>5</sup> Muñoz Conde, Francisco y 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.

<sup>6</sup> Landecho, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 76.

<sup>7</sup> Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34; Orts Berenguer, Enrique y 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".

ajustado a derecho en un sector del ordenamiento no puede ser considerado opuesto a derecho, antijurídico, en otro.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

## II. LA AUTONOMÍA RELATIVA DEL DERECHO PENAL

De lo expuesto hasta ahora se puede decir entonces, que la unidad del ordenamiento sólo admite la autonomía relativa de los distintos

<sup>8</sup> Orts Berenguer, Enrique y 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.

<sup>9</sup> Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39.

<sup>10</sup> Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 40.

ordenamientos que lo integran; esto es, una autonomía relativa 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.<sup>11</sup> Esto es, sin duda se puede hablar de la autonomía del derecho penal, pero ésta será limitada por la unidad y congruencia del ordenamiento jurídico.<sup>12</sup> Se dice entonces que el derecho penal es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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

<sup>11</sup> 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. 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 Piedecabras, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12; Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 19.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, p. 33.

<sup>14</sup> Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, pp. 33 y ss.; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34.

de otras ramas del Ordenamiento o si, por el contrario, creaba sus propios preceptos y sólo de estos dependía su aplicación.<sup>15</sup>

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,<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Ejemplo de la primera —referencia expresa al mismo— son los denominados Delitos contra la salud.<sup>19</sup> 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 ss. 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.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> 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, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 11.

<sup>16</sup> 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 achacarsele 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 la conductas delictivas carece de autosuficiencia, necesitando la ayuda de normas no penales sitas en otros sectores del ordenamiento jurídico".

<sup>17</sup> 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 Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 13.

<sup>18</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, p. 75.

<sup>19</sup> Respecto de éstos el artículo 193 del 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".

<sup>20</sup> 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

Aunado a los delitos mencionados en el párrafo anterior existen un número de supuestos relativamente elevado en los que se emplean 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, ese camino de librar al derecho penal de los influjos civiles hace que los penalistas elaboremos conceptos propios, exclusivamente penales, sobre parentesco, afinidad, posesión, etc.<sup>21</sup> 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, etc. [...] cuando en verdad se trata de conceptos comunes a todas las ramas legales”.<sup>22</sup> “Ciertamente 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

España, Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, p. 13; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, pp. 75, 76.

<sup>21</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, p. 198.

<sup>22</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, p. 199.

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”.<sup>23</sup> En pocas 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> 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

<sup>23</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, p. 199.

<sup>24</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 25. Carrara, 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 Piedecabras, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 11.

<sup>25</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 27; Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, p. 30.

<sup>26</sup> 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*, 14; Marini, Giuliano, *Lineamenti del sistema penale*, p. 32.

histórico, éstas precedieron sin duda a aquéllas,<sup>27</sup> por lo tanto, no puede depender de él.<sup>28</sup> Esto es, el derecho penal constituye la forma 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

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

<sup>27</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 26.

<sup>28</sup> Landecho, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 76.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, p. 41.

<sup>31</sup> Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 54; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 26.

<sup>32</sup> Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 47.

<sup>33</sup> Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 72.

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 principios *sui generis*.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> Desde este punto de vista, el derecho penal es todo, menos secundario.<sup>37</sup>

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 se contienen 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

<sup>34</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 27.

<sup>35</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46.

<sup>36</sup> Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 54; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36.

<sup>37</sup> 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.

interpretadas conforme a la CPEUM.<sup>38</sup> En pocas palabras, el derecho penal se subordina a lo dispuesto en el ordenamiento constitucional; pero esto no significa que por esta razón el derecho penal sea accesorio y dependiente de los criterios sustantivos de los otros sectores del derecho.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

#### 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> 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 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.

<sup>39</sup> Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 72.

<sup>40</sup> Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 47.

<sup>41</sup> En sentido similar, Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 110.

<sup>42</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/Ferré Olivé, Juan Carlos/García Rivas, Nicolás/Serrano Piedecabras, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12. Sobre el principio de *última ratio*, véase Gallardo

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 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

#### 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.<sup>45</sup>

De lo anterior se desprende, que lo que procede es indagar cuál es, en cada caso, el sentido que la ley penal les otorga.<sup>46</sup> Esto es, allí

Rosado, Maydelí/Hernández-Romo Valencia, Pablo/Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, pp. 105 y ss.

<sup>43</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 25.

<sup>44</sup> Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35.

<sup>45</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/Ferré Olivé, Juan Carlos/García Rivas, Nicolás/Serrano Piedecabras, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12.

<sup>46</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 28.

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 ley penal les otorga,<sup>47</sup> 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 qué conceptos debe emplear. En esto el derecho penal tiene plena independencia.<sup>48</sup> Ejemplo de esto es la definición de servidor público que no tiene nada que ver con la del derecho administrativo.<sup>49</sup> Maneja el concepto de cosa mueble que le parece conveniente y no el del derecho civil.

De lo anterior se puede entonces decir, que la autonomía del derecho penal, puede provenir de la ley o de las decisiones del poder judicial.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> 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 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 eliminan 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 ma-

<sup>47</sup> 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 Piedecabras, 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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Cfr. Artículo 212, CPF. En el mismo sentido en Francia, Desportes, Frédéric/Le Guenehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 20.

<sup>50</sup> 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”.

<sup>51</sup> Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35.

rimonio, 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 traspasan es una violación tremenda al principio de legalidad penal. En concreto me refiero a la siguiente tesis:

Registro núm. 180 629. 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 sig-

nificado 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 de premeditación, ventaja, alevosía y traición, previstas estas 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,<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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.

<sup>52</sup> En sentido similar, Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 20.

<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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;<sup>55</sup> sin que lo anterior signifique que el intérprete pueda hacer lo que le venga en gana; siempre deberá de explicar qué 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.

<sup>54</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/Ferré Olivé, Juan Carlos/García Rivas, Nicolás/Serrano Piedecabras, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 13.

<sup>55</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46.

## REFLEXIONES SOBRE DIVERSOS CRITERIOS JUDICIALES EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Sergio LÓPEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Criterios judiciales en materia de competencia económica*. III. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su párrafo primero, establece que están prohibidos, entre otros, los monopolios y las prácticas monopólicas.

En su párrafo segundo señala que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia: i) toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; ii) todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y, iii) en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio en general o de alguna clase social.

La ley que reglamenta el mandato constitucional antes referido es la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 24 de diciembre

de 1992,<sup>1</sup> y que tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

A través de la LFCE se creó a la Comisión Federal de Competencia (Cofeco), órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, que fue establecida formalmente 180 días después de publicada la LFCE y tiene a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones. Con el comienzo de la actividad de la Cofeco se inició la nueva era de la política de competencia económica en nuestro país.<sup>2</sup>

A la LFCE están sujetos los agentes económicos, entendiéndose por éstos a las personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

La Cofeco tiene diversas facultades (la totalidad de ellas se encuentran previstas en el artículo 24 de la LFCE) destacando, para efectos de este escrito, las de investigar la existencia de prácticas monopólicas contrarias a la LFCE.

En el ejercicio de tales facultades la Cofeco ha desahogado cientos de procedimientos y emitido miles de actos. Como toda autoridad, en la emisión de tales actos y en el desahogo de sus procedimientos le es obligatoria la observancia de los derechos de los gobernados que establece la CPEUM.

Resulta obvio establecer que a lo largo de dieciocho años de intentar cumplir con su mandato constitucional, la Cofeco no siempre ha logrado evitar la vulneración de la esfera jurídica de los gobernados.

<sup>1</sup> Ha sido reformada en dos ocasiones: i) mediante Decreto publicado en el DOF el 28 de junio de 2006; y, ii) mediante Decreto publicado en el DOF el 10 de mayo de 2011.

<sup>2</sup> Me refiero a una nueva era, ya que con anterioridad a la LFCE estuvieron vigentes la Ley Reglamentaria del artículo 28 constitucional (publicada en el DOF el 28 de junio de 1926); la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios (publicada en el DOF el 24 de agosto de 1931); la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de Monopolios (publicada en el DOF el 31 de agosto de 1934); y, la Ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica (publicada en el DOF el 30 de diciembre de 1950). Esa antigua era pasó "sin pena ni gloria" tanto en la aplicación de las diversas normatividades como en su interpretación judicial.

Las razones son varias y abarcan desde la falta de un conocimiento profundo de la materia, al iniciar actividades los primeros funcionarios públicos de la Cofeco, hasta, en ocasiones, el descuido o la falta de prudencia jurídica en el desahogo de los procedimientos y la emisión de sus actos.

Esa vulneración de garantías dio origen a la tramitación de cientos de juicios de amparo que han motivado la emisión y publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* (SJF) de diversos criterios judiciales que han contribuido, ya sea por su atinada interpretación o bien por su indebida exégesis, a contar con mayores elementos para una debida aplicación de la normatividad en materia de competencia económica en nuestro país.

El presente trabajo hace alusión a los principales criterios judiciales relacionados con uno de los procedimientos que en mayor medida se desahogan ante la Cofeco: el procedimiento en materia de prácticas monopólicas. Es en este tipo de procedimientos en el que han existido mayor número de interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial de la Federación (PJF).

## II. CRITERIOS JUDICIALES EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

### 1. Primeros criterios judiciales que, en relación con la materia de competencia económica, fueron publicados en el *Semanario Judicial de la Federación*

Los dos primeros criterios judiciales que fueron publicados en el *Semanario Judicial de la Federación*, en mayo de 1934, fueron sendas tesis aisladas emitidas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial cuyo rubro y datos de localización son:

Comisión Federal de Competencia Económica. Suspensión, es improcedente concederla, tratándose de la imposición de medidas de apremio por no cumplir con los requerimientos que formula la. No. Registro: 212 530. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XIII, mayo de 1994. Tesis, p. 414. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa

del Primer Circuito. Queja XI-103/94. Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia. 7 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Lanz Cárdenas. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Suspensión provisional, no procede concederla porque no se satisface el requisito previsto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, tratándose de actos consistentes en las solicitudes de información y documentos requeridos, por la Comisión Federal de Competencia en uso de las facultades que le confiere la Ley Federal de Competencia Económica, porque son actos que forman parte de un procedimiento, el cual no es susceptible de suspenderse por ser de orden público e interés social su prosecución. No. Registro: 212 728. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XIII, mayo de 1994. Tesis, p. 546. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Queja XI-103/94. Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia. 7 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Lanz Cárdenas. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Como se aprecia, tomó nueve meses (contados a partir del inicio de funciones de la Cofeco) para que un criterio judicial en materia de competencia económica fuera publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*. Estos criterios fueron de gran utilidad para el desarrollo de la etapa indagatoria de los procedimientos que desahogaba la Cofeco en materia de prácticas monopólicas, ya que consideraban apegado a derecho la negativa de la suspensión provisional respecto de los oficios de requerimiento de información (principal instrumento con que contaba la Cofeco para allegarse de información en sus investigaciones) y las medidas de apremio en ellos contenidas.

Las razones que tuvo el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial para resolver en el sentido que lo hizo fueron: i) que el conceder la medida cautelar respecto de las medidas de apremio equivaldría a legalizar la inobservancia del gobernado de la LFCE, ya que la Cofeco se encontraría impedida de aplicar una medida de apremio para hacer cumplir sus determinaciones; y, ii) que no se satisfacía el requisito previsto en el primer párrafo de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo,<sup>3</sup> ya

<sup>3</sup> "Artículo 124. Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

que la LFCE se encontraba encaminada a evitar el ejercicio abusivo de la libre concurrencia, situación que consideró de orden público.

Con esta medida se logró dar celeridad a la etapa indagatoria de los procedimientos desahogados por la Cofeco en materia de prácticas monopólicas, ya que no existía impedimento alguno para que el gobernado, a pesar de haber promovido juicio de amparo, tuviera la obligación de proporcionar a la autoridad la información referida.

Sobre los dos primeros criterios judiciales publicados en el *Semanario Judicial de la Federación*, no resta más que señalar que contendieron en la contradicción de tesis 116/2003, resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en sesión celebrada el 17 de marzo de 2004, esto es, más de diez años después de que los criterios que nos ocupan fueron publicados.

La jurisprudencia que surgió de tal contradicción de tesis tiene el rubro y los datos de localización siguientes:

Suspensión en el juicio de amparo. No procede concederla contra los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en ejercicio de sus funciones para investigar prácticas monopólicas, porque de otorgarse se afectaría el interés social y se contravendrían disposiciones de orden público. No. Registro: 181 645. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis: 2a./J. 37/2004, p. 447. Contradicción de tesis 116/2003-SS. Entre las sustentadas por el Tercero, Cuarto, Sexto, Noveno y Décimo Segundo Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Tesis de jurisprudencia 37/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 26 de marzo de 2004.

Esa jurisprudencia sustenta que es improcedente conceder la suspensión solicitada en contra de los requerimientos de información y documentación formulados por la Cofeco (ya que no se satisface el requisito previsto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de

[...]

II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público".

Amparo) y resalta que de concederse la medida cautelar se permitiría al gobernado dejar de proporcionar los informes y documentos requeridos por la autoridad, con lo cual se harían nugatorias las facultades de la Cofeco, entorpeciendo la etapa indagatoria de sus procedimientos.

Así, no fue sino hasta diez años después de que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial fijó su criterio, que la SCJN convalidó tal interpretación. Al día de hoy, a pesar de las reformas que ha tenido la LFCE, la jurisprudencia 2a./J. 37/2004 sigue siendo sustento para los Juzgados de Distrito al negar la medida cautelar tratándose de este tipo de actos reclamados.<sup>4</sup>

## **2. Etapas en que se divide el procedimiento de prácticas monopólicas y el medio de defensa ordinario que contempla la normatividad en materia de competencia económica**

Descritos los primeros criterios judiciales que en materia de competencia y libre concurrencia fueron publicados en el *Semanario Judicial de la Federación*, para los efectos del presente escrito es importante saber que el procedimiento de prácticas monopólicas que sustancia la Cofeco cuenta con:

- i) Una etapa indagatoria (prevista en los artículos 30 a 32 de la LFCE y 28 a 40 de su Reglamento).
- ii) Un procedimiento seguido en forma de juicio (descrito en los artículos 33 de la LFCE y 41, 42 y 45 a 52 de su Reglamento).

<sup>4</sup> Suspensión en el amparo. La jurisprudencia 2a./J. 37/2004, que dispone la improcedencia de su concesión contra los requerimientos de informes y documentos formulados por la Comisión Federal de Competencia en la investigación de prácticas monopólicas, sigue siendo aplicable a pesar de las reformas y adiciones a la Ley Federal de Competencia Económica, vigentes a partir del 29 de junio de 2006. Registro No. 171 900. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, julio de 2007, p. 2718. Tesis: I.4o.A.581A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente de suspensión (revisión) 30/2007. Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia y otra. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

- iii) Un medio de defensa ordinario que puede interponerse en contra de la resolución que decida en definitiva el procedimiento descrito en el inciso ii) (al que se refieren los artículos 39 de la LFCE y 71 y 72 de su Reglamento).

Es sobre estas etapas que el PJJ ha publicado la mayor cantidad de criterios judiciales en el *Semanario Judicial de la Federación*, por lo que este escrito se centra en este tipo de criterios judiciales sin soslayar que existen muchos otros que han sido de importancia para la aplicación de la normatividad en materia de competencia económica.

### *A. El procedimiento en materia de prácticas monopólicas, ¿tiene dos o tres etapas?*

Existen criterios contradictorios en relación con si el procedimiento de prácticas monopólicas está dividido en dos o tres etapas.

Por una parte, el Pleno de la SCJN, en sesión del 25 de noviembre de 2003, determinó que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el ejercicio de la facultad investigadora de la Cofeco constituye una actuación de naturaleza distinta, autónoma e independiente del procedimiento contencioso (el seguido en forma de juicio).

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguiente:

Competencia económica. La facultad de la Comisión Federal de Competencia prevista en el artículo 31 de la Ley federal relativa, es autónoma e independiente del procedimiento contencioso ante la misma Comisión. No. Registro: 181 770. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis, P. VII/2004, p. 257. Amparo en revisión 2589/96. Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. 25 de noviembre de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretarios: Martha Elba Hurtado Ferrer y Emmanuel G. Rosales Guerrero. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy 25 de marzo en curso, aprobó, con el número VII/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a 25 de marzo de 2004.

Asimismo, el órgano máximo de decisión de la SCJN, desde el 15 de mayo de 2000, estableció que el recurso de reconsideración (pre-

visto en el artículo 39 de la LFCE) es un medio de defensa a través del cual el gobernado tiene la oportunidad de revocar, modificar o nulificar la resolución impugnada, esto es, la emitida en el procedimiento seguido en forma de juicio. La tesis que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* tiene el rubro y datos de localización siguiente:

Competencia económica. El artículo 39 de la Ley Federal correspondiente que establece la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración en contra de las resoluciones que dicte la Comisión Federal de Competencia, no viola el principio de división de poderes. No. Registro: 190 688. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, diciembre de 2000. Tesis: P. CLXXVI/2000, p. 25. Amparo en revisión 1950/96. Cablevisión, S.A. de C.V. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXXVI/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a 27 de noviembre de 2000.

Como se aprecia, el Alto Tribunal distingue dos etapas dentro del procedimiento de prácticas monopólicas: i) la de investigación; y ii) el procedimiento seguido en forma de juicio. Asimismo, reconoce que el particular puede controvertir la resolución que se emita en el procedimiento seguido en forma de juicio a través de un medio de defensa ordinario: el recurso de reconsideración.

Este criterio fue reiterado por el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito, en sesión del 25 de febrero de 2004, y al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, la tesis aislada cuyo rubro y datos de identificación son:

Comisión Federal de Competencia. La segunda etapa del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas es un procedimiento seguido en forma de juicio para los efectos de la procedencia del juicio de amparo. No. Registro: 181 773. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis: I.7o.A.285 A, p. 1402.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

Por su parte, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial considera que el procedimiento de prácticas monopólicas está integrado por tres etapas: i) la de investigación; ii) la de audiencia en forma de juicio; y, iii) la de impugnación. Como se aprecia, incluye como una etapa más de ese procedimiento al recurso de reconsideración.

La tesis que sustenta lo anterior fue publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, con el rubro y datos de localización siguientes:

Competencia económica. Etapas del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal relativa (legislación vigente hasta el 28 de junio de 2006). Registro No. 172 585. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, mayo de 2007, p. 1690. Tesis: I.4o.A. J/50. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otro. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 515/2006. Industria Refresquera Peninsular, S.A. de C.V. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 519/2006. Propimex, S.A. de C.V. y otros. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Se preguntará: ¿por qué es importante establecer si son dos o tres etapas? ¿No se trata tan sólo de una cuestión doctrinaria?

La trascendencia del tema que nos ocupa tiene que ver con la oportunidad que tienen los gobernados de promover juicio de amparo en

contra de los actos de autoridad que emite la Cofeco en el desahogo de sus procedimientos.

Es de explorado derecho que en virtud del principio de definitividad que rige el juicio de amparo, los particulares, por regla general, sólo podrán promover la acción de amparo en contra del acto de autoridad que resuelva en definitiva su situación jurídica frente a la autoridad.

Siguiendo la línea de pensamiento referida con anterioridad, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial, estableció que el juicio de amparo sólo procederá en contra de la resolución que culmine la tramitación del recurso de reconsideración que se interponga en contra de lo resuelto en el procedimiento seguido en forma de juicio.

El resto de las actuaciones que haya llevado a cabo la Cofeco no trascenderían a la esfera jurídica de los agentes económicos para efectos de la procedencia del juicio de amparo dado que la admisión de la denuncia, la publicación del acuerdo de inicio de investigación, la obligación de proporcionar información relacionada con los hechos denunciados así como la de presentarse a declarar, a juicio del órgano jurisdiccional referido, constituyen sólo el inicio de una fase en la que no existe todavía la determinación de los hechos y normas cuya violación pueda constituir una infracción, ni la plena identificación del sujeto a quien deberá oírse en defensa como probable responsable, pues su objetivo es recabar los medios de prueba que permitan presumir la existencia de actos o prácticas prohibidos por la LFCE. Asimismo, el oficio de probable responsabilidad (OPR), emitido en procedimiento seguido en forma de juicio, tampoco afecta el interés jurídico de la persona a quien se dirige. Así, será hasta que se dicte la resolución del recurso de reconsideración cuando sea posible controvertirlo en la vía jurisdiccional correspondiente.

La jurisprudencia y tesis aislada que al efecto se publicaron en el *Semanario Judicial de la Federación*, tienen el rubro y los datos de localización siguientes:

*Competencia económica.* Las actuaciones practicadas en las etapas de investigación y de audiencia del procedimiento para indagar la existencia de prácticas monopólicas, seguido por la Comisión Federal relativa, así como el oficio de presunta responsabilidad emitido en ésta, no afectan el interés jurídico de los agentes económicos denunciados para efectos de la procedencia

del juicio de amparo. Registro No. 172 584. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, mayo de 2007, p. 1722. Tesis: I.4o.A. J/51. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otro. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 515/2006. Industria Refresquera Peninsular, S.A. de C.V. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 519/2006. Propimex, S.A. de C.V. y otros. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

*Competencia económica.* El procedimiento administrativo de investigación y audiencia de carácter complejo concluye con la decisión al recurso, por lo que el juicio de amparo es improcedente contra las resoluciones intermedias dictadas por la Comisión Federal de Competencia. Registro No. 172 586. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, mayo de 2007, p. 2039. Tesis: I.4o.A.577 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 394/2006. Embotelladora La Victoria, S.A. de C.V. y otras. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Por su parte, la SCJN ha establecido que el particular puede promover juicio de amparo en contra de las actuaciones que lleve a cabo la Cofeco desde la etapa de investigación de los procedimientos que

en materia de prácticas monopólicas desahoga. Lo anterior, ya que en tal etapa emite diversos actos de molestia (principalmente oficios de requerimiento de información y documentos) que requieren estar fundados y motivados<sup>5</sup> y que como tal son susceptibles de ser impugnados a través del juicio de amparo.

Sobre el particular fueron publicadas las tesis cuyo rubro y datos de localización son los siguientes:

Comisión Federal de Competencia Económica. El procedimiento oficioso de investigación de actos que se estiman lesivos de los principios rectores de la actividad económica de los particulares, que efectúa dicho órgano, no es un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio. No. Registro: 191 363. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, agosto de 2000. Tesis: P. CVIII/2000, p. 103. Amparo en revisión 2617/96. Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Amparo en revisión 2318/97. Luis Ruiz Ortiz. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número

<sup>5</sup> Competencia económica. El procedimiento oficioso de investigación para la prevención y detección de prácticas monopólicas, contenido en la ley federal correspondiente, no viola la garantía de audiencia. No. Registro: 191 362. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, agosto de 2000. Tesis: P. CIX/2000, p. 105. Amparo en revisión 2617/96. Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Amparo en revisión 2318/97. Luis Ruiz Ortiz. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CIX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de julio de dos mil.

CVIII/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de julio de dos mil.

Competencia económica. La facultad establecida en el artículo 31 de la ley federal relativa constituye un acto administrativo que se ubica en la hipótesis general de procedencia del juicio de amparo indirecto, prevista en el párrafo primero de la fracción II del artículo 114 de la Ley de Amparo. No. Registro: 181 769. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis: P. VIII/2004, p. 258. Amparo en revisión 2589/96. Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. 25 de noviembre de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretarios: Martha Elba Hurtado Ferrer y Emmanuel G. Rosales Guerrero. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número VIII/2004, la tesis aislada que antecede y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de marzo de dos mil cuatro.

En tales criterios judiciales, la SCJN estableció que la etapa de investigación no es un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio (situación que ya hemos referido con anterioridad al establecer que tal etapa es autónoma e independiente del procedimiento seguido en forma de juicio) y que el ejercicio de las facultades indagatorias con que cuenta la Cofeco tiene características de inmediata afectación a la esfera jurídica de los gobernados (hay que recordar que lo que se emite en esta etapa son actos de molestia que deben estar debidamente fundados y motivados), por lo que constituyen actos susceptibles de ser impugnados a través del juicio de amparo indirecto previsto en el párrafo primero de la fracción II del artículo 114 de la Ley de Amparo.

No comparto la jurisprudencia emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial, ya que no considero factible estimar al recurso de reconsideración como parte del procedimiento de prácticas monopólicas que desahoga la Cofeco.

Lo anterior ya que el recurso de reconsideración es un medio de defensa que tiene por objeto revocar, modificar o confirmar una

resolución, por lo que es necesario que la Cofeco se abstraiga de las facultades y etapas del procedimiento que ya agotó (la etapa indagatoria y la seguida en forma de juicio) y ejercite unas nuevas facultades (consistentes en reconsiderar lo ya resuelto a la luz de los agravios que el recurrente haga valer) con base en reglas procesales específicas<sup>6</sup> y autónomas (contenidas en los artículos 39 de la LFCE y 71 y 72 de su Reglamento).

Así, ya no se trata de determinar si se cuenta con elementos suficientes para no decretar el cierre de la investigación (lo que culmina la etapa indagatoria) o si se acredita o no la práctica monopólica imputada (objeto del procedimiento seguido en forma de juicio) sino de revalorar, a través de un medio de defensa, lo ya realizado para estimar si fue hecho conforme a derecho o no. Por lo anterior, la etapa de impugnación no forma parte del procedimiento que en materia de prácticas monopólicas desahoga la Cofeco.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que es más benéfico para el particular el permitirle cuestionar los actos de autoridad de la Cofeco desde la etapa indagatoria y que, como lo ha establecido la SCJN,

<sup>6</sup> Competencia económica. El artículo 39 de la ley federal correspondiente que establece la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración en contra de las resoluciones que dicte la Comisión Federal de Competencia, no viola el principio de división de poderes. No. Registro: 190 688. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, diciembre de 2000. Tesis: P. CLXXVI/2000, p. 25. Amparo en revisión 1950/96. Cablevisión, S.A. de C.V. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXXVI/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil.

Reconsideración. La resolución dictada en el recurso previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica, no es impugnante ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Registro No. 170 034. Localización: Novena época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVII, marzo de 2008, p. 174. Tesis: 2a./J. 30/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Contradicción de tesis 248/2007-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero, Cuarto y Décimo Primero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de febrero de 2008. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Alma Delia Aguilar Chávez Nava. Tesis de jurisprudencia 30/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintisiete de febrero de dos mil ocho.

en tal etapa se dictan actos de molestia<sup>7</sup> que deben ser emitidos debidamente fundados y motivados y que en caso de que el particular no lo considere así, tiene expedito su derecho para ejercer la acción de amparo.

#### *B. Criterios judiciales relevantes relacionados con la etapa de investigación*

Precisada la forma en que está dividido el procedimiento que en materia de prácticas monopólicas desahoga la Cofeco haré referencia a los principales criterios judiciales relacionados con la etapa de investigación.

- En sesión del 25 de noviembre de 2003, el Pleno de la SCJN determinó que para que la Cofeco esté en posibilidad de dar inicio a una investigación es necesario que exista una causa objetiva que motive la indagatoria correspondiente. Lo anterior evita que se inicien investigaciones sin causa justificada y garantiza al gobernado que si va a ser molestado en su persona con motivo de la indagatoria, existirá una razón legalmente válida para ello.

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

<sup>7</sup> Actos privativos y actos de molestia. Origen y efectos de la distinción. Novena época. Registro: 200 080. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IV, julio de 1996. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 40/96, p. 5. Amparo en revisión 1038/94. Construcciones Pesadas Toro, S.A. de C.V. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal. Amparo en revisión 1074/94. Transportes de Carga Rahe, S.A. de C.V. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera. Amparo en revisión 1150/94. Sergio Quintanilla Cobián. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Susana Alva Chimal. Amparo en revisión 1961/94. José Luis Reyes Carbajal. 24 de octubre de 1995. Mayoría de diez votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera. Amparo en revisión 576/95. Tomás Iruegas Buentello y otra. 30 de octubre de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Teófilo Ángeles Espino. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticuatro de junio en curso, aprobó, con el número 40/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis.

Competencia económica. El ejercicio de la facultad prevista en el artículo 31 de la ley federal relativa, requiere de una causa objetiva que motive la indagatoria correspondiente. No. Registro: 181 771. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis: P. X/2004, p. 257. Amparo en revisión 2589/96. Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. 25 de noviembre de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretarios: Martha Elba Hurtado Ferrer y Emmanuel G. Rosales Guerrero. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número X/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de marzo de dos mil cuatro.

- En sesión del 31 de marzo de 2004, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial determinó que al requerir informes y documentos a los gobernados, la Cofeco deberá limitarse a aquéllos que sean relevantes y que estén relacionados con la investigación. Lo anterior impide caer en un ejercicio abusivo de esta facultad y limita la obtención de información a aquella que sea verdaderamente imprescindible y significativa.

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Comisión Federal de Competencia. Informes y documentos que puede requerir en sus investigaciones. No. Registro: 181 195. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, julio de 2004. Tesis: I.4o.A.432 A, p. 1688. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente de suspensión (revisión) 32/2004. Director General de Investigaciones de la Comisión Federal de Competencia. 31 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, tomo XIX, abril de 2004, p. 257, tesis P. X/2004, de rubro: "Competencia económica. El ejercicio de la facultad prevista en el artículo 31 de la ley federal relativa, requiere de una causa objetiva que motive la indagatoria correspondiente".

- En esa misma sesión del 31 de marzo de 2004, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial determinó que los oficios de requerimiento de información y documentos que emita la Cofeco en la sustanciación de la etapa de investigación no deben ser dictados de forma arbitraria sino que debe probarse su razonabilidad para no vulnerar el derecho a la seguridad jurídica de los gobernados. Con este criterio se asegura que no se ejerza tal facultad de manera indiscriminada y sin explicar la relevancia de la información solicitada para la indagatoria que se desahoga.

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Competencia económica. La Comisión Federal de Competencia debe fundar y motivar el requerimiento de informes y documentos que estime relevantes para sus investigaciones. No. Registro: 181 192. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, julio de 2004. Tesis: I.4o.A.433 A, p. 1691. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente de suspensión (revisión) 32/2004. Director General de Investigaciones de la Comisión Federal de Competencia. 31 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, tomo XIX, abril de 2004, p. 257. Tesis P. X/2004, de rubro: "Competencia económica. El ejercicio de la facultad prevista en el artículo 31 de la ley federal relativa, requiere de una causa objetiva que motive la indagatoria correspondiente".

- Como se ha visto con anterioridad, de conformidad con la jurisprudencia 2a./J. 37/2004, no es procedente conceder la suspensión definitiva respecto a los oficios de requerimiento de información emitidos por la Cofeco en el desahogo de la etapa indagatoria y la negativa de tal medida cautelar no deja sin materia el juicio de amparo que en contra de tal actuación se promueva. Lo anterior tal como lo estableció el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el primer Circuito Judicial, en sesión del 8 de febrero de 2007, al señalar que en caso de concederse la protección constitucional se nulificarían

los oficios referidos y se restituiría al gobernado en el goce de sus derechos constitucionales violados, lo que generaría que la Cofeco no podría utilizar la información recabada en perjuicio del quejoso.

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Suspensión en el amparo. Su negativa contra el requerimiento de información y documentación formulado por la Comisión Federal de Competencia dentro del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, no deja sin materia el juicio de garantías. Registro No. 171 586. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, agosto de 2007, p. 1861. Tesis: I.4o.A.584 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente de suspensión (revisión) 30/2007. Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia y otra. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

- En sesión del 8 de febrero de 2007, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial determinó que el hecho de que la información que requiera la Cofeco en la etapa de investigación sea confidencial, no es motivo suficiente para conceder la suspensión de los oficios de requerimiento de información y documentos. Lo anterior ya que el interés de la sociedad (consistente en que se desahogue adecuadamente la etapa de investigación) debe prevalecer sobre el interés particular (resguardar la confidencialidad de su información).

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Suspensión en el amparo. Conforme a la teoría de ponderación de principios, debe negarse contra los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, pues el interés de la sociedad prevalece y es preferente al derecho de la quejosa a la confidencialidad de

sus datos. Registro No. 171 901. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, julio de 2007, p. 2717. Tesis: I.4o.A.582 A. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente de suspensión (revisión) 30/2007. Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia y otra. 8 de febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

### C. Criterios judiciales relevantes relacionados con el procedimiento seguido en forma de juicio

Los principales criterios judiciales que se han publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, en relación con el procedimiento seguido en forma de juicio, pueden dividirse en dos apartados.

El primero de ellos tiene que ver con la procedencia del juicio de amparo en contra del OPR:

- En sesión del 25 de febrero de 2004, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial estableció que el OPR tiene por objeto iniciar la segunda etapa del procedimiento de prácticas monopólicas y que las determinaciones en él contenidas son insuficientes para considerar que se afectan derechos sustantivos de los gobernados, por lo que para que el juicio de amparo proceda habrá que esperar a la resolución que en definitiva determine la situación jurídica del particular en relación con las imputaciones contenidas en el referido oficio.

Las tesis aisladas que sobre el particular se publicaron en el *Semanario Judicial de la Federación*, tienen los rubros y datos de localización siguientes:

Comisión Federal de Competencia. El oficio de presunta responsabilidad dictado en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, por regla general, no es un acto que cause un agravio no reparable para los efectos de la procedencia del juicio de amparo. No. Registro: 181 774. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su*

*Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis: I.7o.A.284 A, p. 1401. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

Comisión Federal de Competencia. El oficio de presunta responsabilidad dictado en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, por regla general, no es combatible mediante el juicio de amparo indirecto. No. Registro: 181 775. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIX, abril de 2004. Tesis: I.7o.A.283 A, p. 1401. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión (improcedencia) 427/2004. Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. 25 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

Este criterio fue reiterado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial que, en sesión del 10 de junio de 2009, determinó que el OPR no es un acto cuyos efectos sean de imposible reparación para la procedencia del juicio de amparo indirecto, pues únicamente impone al probable responsable la carga de aceptar o controvertir los hechos, pruebas y consideraciones con base en las cuales la Cofeco le atribuyó la realización de determinada práctica monopólica.

La tesis aislada que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

*Competencia económica*. El oficio de presunta responsabilidad dictado en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal relativa, no es un acto cuyos efectos sean de imposible reparación para la procedencia del amparo indirecto. Registro No. 165 862. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXX, diciembre de 2009, p. 1493. Tesis: I.4o.A.689 A. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 198/2009. Baxter, S.A. de C.V. 10 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretario: Carlos Luis Guillén Núñez.

El segundo apartado en que pueden dividirse los criterios judiciales que se han publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* en relación con el procedimiento seguido en forma de juicio tiene que ver con la forma en que la Cofeco acredita sus determinaciones al emitir sus resoluciones.

En sesión del 8 de febrero de 2007, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Primer Circuito Judicial emitió diversas jurisprudencias relacionadas con la forma en que la Cofeco acreditó la comisión de prácticas monopólicas dentro de un procedimiento seguido en forma de juicio. Resultan relevantes las determinaciones siguientes:

- En los procedimientos que desahoga la Cofeco existe la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos para conocer el origen y fin de los actos que realizan los agentes económicos. Uno de estos medios es la técnica del “levantamiento del velo corporativo de la persona jurídica o velo corporativo” que busca, al margen de la forma externa de la persona jurídica, penetrar en su interior para apreciar los intereses reales y efectos económicos o de negocio subyacente que existan en su seno, con el objetivo de evitar los fraudes y abusos que, por medio de estos privilegios, la persona jurídica pueda cometer.

Esta técnica consiste en hacer una separación entre la persona moral y cada uno de sus socios analizando sus fines, estrategias, incentivos, resultados y actividad, con el ánimo de buscar una identidad sustancial entre ellos con determinado propósito común y ver si es factible establecer la existencia de un patrón de conducta específico tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas. Todo ello con el ánimo de conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico-formales.

La jurisprudencia que al efecto se publicó tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Técnica del “levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo”. Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas. Registro No. 168410. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente:

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, noviembre de 2008, p. 1271. Tesis: I.4o.A./70. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 394/2006. Embotelladora La Victoria, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

- La Cofeco ha determinado, en diversos procedimientos seguidos en forma de juicio, la existencia de grupos de interés económico que están constituidos por personas físicas o morales que tienen intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. Los elementos de estos grupos son del tipo comercial, financiero, de coordinación de actividades, de control (que puede ser real o latente), la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado.

Al actualizarse este tipo de grupos económicos, la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo que persigue un fin económico determinado acorde a los intereses de las sociedades integrantes, es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola dentro del mercado.

Este tema, por demás interesante y novedoso, se encuentra visible en la jurisprudencia que tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Grupo de interés económico. Su concepto y elementos que lo integran en materia de competencia económica. Registro No. 168 470. Localización:

Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, noviembre de 2008, p. 1244. Tesis: I.4o.A./66. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 394/2006. Embotelladora La Victoria, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

- En los procedimientos que desahoga la Cofeco resulta complicado establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo o llegado a un comportamiento anticompetitivo derivado del cuidado que los agentes económicos ponen en ocultar cualquier evidencia.

En este orden de ideas, en la mayoría de los casos, no puede encontrarse prueba directa de la conducta contraria a la normatividad en materia de competencia económica, por lo que es válido que la prueba indirecta sea idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, administrados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas

Las jurisprudencias que al efecto se publicaron en el *Semanario Judicial de la Federación*, tienen el rubro y datos de localización siguientes:

*Competencia económica.* La prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce

como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas. Registro No. 168 495. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, noviembre de 2008, p. 1228. Tesis: I.4o.A. J/74. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 394/2006. Embotelladora La Victoria, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

*Prueba indirecta.* Su concepto y elementos que la integran. Registro No. 168 580. Localización: Novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, octubre de 2008, p. 2287. Tesis: I.4o.A. J/72. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 481/2006. Embotelladora Zapopan, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 394/2006. Embotelladora La Victoria, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 360/2006. Coca-Cola Femsa, S.A. de C.V. y otra. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez. Amparo en revisión 478/2006. The Coca-Cola Export Corporation. 18 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

#### *D. Criterios judiciales relevantes, relacionados con el recurso de reconsideración*

En relación con el medio de defensa ordinario que puede interponerse contra las resoluciones que culminan el procedimiento seguido en forma de juicio destacan los criterios judiciales siguientes:

- En sesión del 15 de mayo de 2000, el Pleno de la SCJN determinó que el recurso de reconsideración procede únicamente contra las resoluciones consistentes en “(...) los actos decisivos terminales dentro de la etapa generadora del acto administrativo (...)”,<sup>8</sup> mas no respecto de acuerdos o providencias intermedias. Este criterio fue orientador ya que diversos agentes económicos pretendieron recurrir cuestiones intraprocesales acontecidas durante la tramitación del procedimiento en materia de prácticas monopólicas y no fue sino hasta su publicación que se brindó certeza sobre el particular y se reconoció que en este tipo de procedimientos no cabían los actos encaminados a dilatar o entorpecer la acción de la Cofeco (como lo era la interposición de recursos notoriamente improcedentes).<sup>9</sup>

La tesis que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

<sup>8</sup> Mismo término que se utilizó en el Decreto publicado en el DOF el 10 de mayo de 2011 por el que se reformaron diversas disposiciones de la LFCE, entre ellas, el propio artículo 39 que en su actual párrafo sexto establece: “(...) El juicio ordinario administrativo ante los Juzgados de Distrito y Tribunales especializados en materia de competencia económica procede contra resoluciones consistentes en actos decisivos terminales dentro de la etapa generadora del acto administrativo (...)” [énfasis añadido por el autor].

<sup>9</sup> Competencia económica. Las características del procedimiento establecido en la ley federal correspondiente, lo identifican como administrativo y no como civil. No. Registro: 191 431. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, agosto de 2000. Tesis: P. CXII/2000, p. 108. Amparo en revisión 43/99. Warner Bros. (México), S.A. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CXII/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a 11 de julio de 2000.

*Competencia económica.* El recurso de reconsideración que establece el artículo 39 de la ley federal correspondiente, sólo procede contra las resoluciones culminatorias del procedimiento administrativo de investigación de prácticas monopólicas o concentraciones. No. Registro: 191 361. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, agosto de 2000. Tesis: P. CX/2000, p. 106. Amparo en revisión 643/99. Warner Bros. (México), S.A. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de julio de dos mil.

- Al constituir el recurso de reconsideración un medio de defensa ordinario su resolución no es impugnabile a través de otro medio ordinario de defensa como lo es el juicio contencioso administrativo federal ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Así, tal resolución sólo puede combatirse a través del juicio de amparo indirecto según lo dispone la fracción IV del artículo 107 de la Constitución federal.

La jurisprudencia que al efecto se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tiene el rubro y datos de localización siguientes:

Reconsideración. La resolución dictada en el recurso previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica, no es impugnabile ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Registro No. 170 034. Localización: Novena época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVII, marzo de 2008, p. 174. Tesis: 2a./J. 30/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Contradicción de tesis 248/2007-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero, Cuarto y Décimo Primero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de febrero de 2008. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Alma Delia Aguilar Chávez Nava. Tesis de jurisprudencia 30/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 27 de febrero de 2008.

Si bien al día de hoy, tal cuestión se encuentra superada con motivo del Decreto publicado en el DOF el 10 de mayo de 2011, a través

del cual se reformó el artículo 39 de la LFCE,<sup>10</sup> lo cierto es que el criterio judicial a que se hace referencia otorgó certeza jurídica a los gobernados respecto a la vía para cuestionar las resoluciones que se emitían en los recursos de reconsideración tramitados ante la Cofeco.

### III. CONCLUSIONES

Derivado de la interpretación que el PJJ ha realizado de la normatividad en materia de competencia económica se ha logrado sensibilizar tanto a los jueces, magistrados y ministros,<sup>11</sup> en el sentido de que el marco legal de un país debe servir de sustento a la operación eficiente de la economía y contribuir de manera eficaz a promover el desarrollo económico así como a maximizar el bienestar de la población, ya que sólo de esa manera se podrá cumplir con lo ordenado por el artículo 28 de la CPEUM en materia de competencia y libre concurrencia.

Considerando los criterios expuestos a lo largo del presente escrito podemos concluir que el procedimiento de prácticas monopólicas que se desahoga ante la Cofeco está dividido en dos etapas.

La primera de ellas es una etapa de investigación en la que la CFC busca allegarse de información y documentos relevantes, para lo cual cuenta con diversas facultades, una de ellas consiste en emitir oficios de requerimiento de información y documentos dirigidos a los agentes económicos que se encuentren relacionados con el objeto de la investigación. En esta etapa no existe aún la identificación de los hechos que puedan constituir una infracción a la normatividad en materia de competencia económica, ni está identificado el sujeto a

<sup>10</sup> Estableciéndose en sus párrafo sexto y séptimo: "(...) El juicio ordinario administrativo ante los Juzgados de Distrito y Tribunales especializados en materia de competencia económica procede contra resoluciones consistentes en actos decisorios terminales dentro de la etapa generadora del acto administrativo.

En el caso de las resoluciones referidas en el párrafo anterior será optativo para la parte que se sienta agraviada promover el juicio ordinario administrativo o el recurso de reconsideración; y *contra la resolución que recaiga a este último también será procedente el juicio ordinario administrativo (...)* [énfasis añadido por el autor].

<sup>11</sup> La gran mayoría de los miembros del Poder Judicial en México no cuentan con los conocimientos técnicos que les permitan comprender los elementos del sistema antimonopólico. Cfr. Kovacic, William E., *Institutional Foundation for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement*, Chicago-Kent College of Law, 2001, p. 306.

quien, en su caso, deberá oírsele en defensa dentro del procedimiento seguido en forma de juicio.

Una vez concluida la etapa de investigación pueden acontecer dos situaciones: i) que se decrete el cierre de la investigación por no existir elementos que evidencien una probable responsabilidad; o, ii) que se cuente con los elementos suficientes para determinar una probable responsabilidad.

En el segundo supuesto, se da inicio a la segunda etapa consistente en un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, que comienza con la emisión del OPR, a través del cual se imputa al particular la probable comisión de prácticas monopólicas violatorias de la normatividad en materia de competencia económica. En este procedimiento se brinda a los agentes económicos la posibilidad de desvirtuar, a través de argumentos y mediante el ofrecimiento de pruebas, las imputaciones contenidas en el OPR. En otras palabras, se respetan tanto la garantía de audiencia como el debido proceso. El procedimiento aludido concluye con la emisión de una resolución por la que se determina si efectivamente se cometieron o no las prácticas monopólicas imputadas a través del OPR. En caso de que se acredite su comisión, la Cofeco puede imponer una de las sanciones previstas en la normatividad en materia de competencia económica.

Por último, en caso de que el sentido de la resolución sea adverso a sus intereses, los agentes económicos tienen la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración previsto en la normatividad en materia de competencia económica cuya resolución puede modificar, revocar o confirmar la resolución recurrida.

## LOS MANDAMIENTOS DE AMPARO DE NOBLEZA: SU PAPEL EN LA FORMACIÓN DEL ESTAMENTO NOBILIARIO NOVOHISPANO

Alejandro MAYAGOITIA

SUMARIO: *Introducción. I. Qué se alegaba. II. Efectos de los mandamientos. III. Valoración social de los mandamientos. IV. Reflexiones finales.*

### INTRODUCCIÓN

Juan Flórez de Ocáriz, el más distinguido y el mejor conocido de los genealogistas indianos, dio inicio a su *Libro primero de las genealogías del Nuevo Reino de Granada*<sup>1</sup> con la rotunda afirmación de que la empresa de Indias fue hecha, principalmente, por la nobleza y que, después de las conquistas de Nueva España y Perú, vinieron muchos más integrantes de este estamento. Para él, como para otros cronistas indianos, los conquistadores eran el fundamento de los linajes indianos y una parte importante de sus descendientes eran nobles notorios.<sup>2</sup> Pero este grupo –los nobles notorios– estaba formado, según el mismo

<sup>1</sup> Juan Flórez de Ocáriz, *Libro primero de las genealogías del Nuevo Reino de Granada*, Madrid, 1674, t. 1, p. 1.

<sup>2</sup> Uso nobleza e hidalguía como sinónimos. Es bien sabido que entre ambas existían diferencias, que en Indias y durante el periodo que analizo, carecían de relevancia. Para más detalles, Alejandro Mayagoitia, “Un capítulo en la formación del estado noble en la Nueva España: las dispensas de pasantía concedidas por la Real y Pontificia Universidad de México en el último tercio del siglo XVIII”, en José Luis Soberanes Fernández y Rosa María Martínez de Codes (coords.), *Homenaje a Alberto de la Hera*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, pp. 503-506.

Flórez, tanto por los que habían probado su calidad y obtenido una sentencia que había causado estado, como por los que eran tenidos como tales “por voz común del pueblo sin alguna retractación”.<sup>3</sup> Esta distinción es fundamental para mi tema. Existía, como es bien sabido, la nobleza en propiedad y en posesión —o cuasi posesión—. La primera era la situación de aquellos que habían obtenido una ejecutoria de las salas de hidalgos de las chancillerías españolas o que habían deducido judicialmente su nobleza según los diferentes fueros peninsulares;<sup>4</sup> la segunda descansaba en la reputación, era sumamente valorada en tanto que sin ella era imposible obtener la entrada en los diversos espacios nobiliarios y, desde luego, demostrar judicialmente la nobleza. Es importante tener presente que la nobleza en posesión era de la que generalmente gozaban los nobles llanos —no titulados ni caballeros—. Ahora bien, desde el punto de vista judicial, ambas situaciones eran muy diversas. La nobleza con ejecutoria, para aquellos que descendían en un grado cercano de quien la había ganado, era más fácil de probar que la nobleza en posesión. La demostración de ésta era algo más delicada, especialmente porque durante los siglos XVII y XVIII, cada vez más, los tribunales exigieron documentos que sustentaran las declaraciones de testigos. Además, en principio, mientras la nobleza en propiedad ya no era cosa discutible, su posesión sí que podía ser objeto de litis.

Ahora bien, el mismo autor citado recuerda, al enumerar los privilegios o exenciones de los hidalgos, que uno de ellos consistía en que las causas tocantes a su nobleza pertenecían a los alcaldes de

<sup>3</sup> Flórez de Ocariz, Juan, *op. cit.*, t. 1, p. 5.

<sup>4</sup> Durante el periodo en estudio fue especialmente importante la presencia vasca en la Nueva España. Como los amparos de nobleza servían para que se respetasen sus fueros y éstos chocaban con la administración de justicia ordinaria civil y criminal, los fiscales pedían que los amparos se les concedieran con la suspensión de los privilegios que impedían el despacho normal de sus causas. La Audiencia siempre atendía a estas peticiones. Archivo General de la Nación, ciudad de México (en adelante AGN), indiferente virreinal, caja 3438, exp. 12. Archivo Histórico del Distrito Federal, ciudad de México (en adelante AHDF), ayuntamiento, nobiliario 3290, 606f y 619f. Prudencio Antonio de Palacios, *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 123 y 124.

Desde luego, se dio plena validez a la peculiar forma de probar la nobleza que existía en el mundo vasco. Por ejemplo, así ocurrió en el caso de Gabriel José de Zuazagoitia Zercalde Orbegoso y Portu, quien obtuvo un mandamiento de amparo, en 1722, fundado en la ejecutoria que ganó en contradictorio juicio contra el concejo de la villa de Salinas y su síndico procurador, al estilo de su tierra (AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 11).

hidalgos de las chancillerías. Claro está que con ello se les colocaba bajo una especial dependencia del Estado, amén de que se desdibujaba el alto valor que siempre había tenido la apreciación social de su calidad.<sup>5</sup> He sostenido en un trabajo previo que la incorporación y unión de las posesiones de ultramar a la Corona castellana, declarada el 9 de julio de 1520 por Carlos V, de ninguna manera significó, en el terreno del derecho nobiliario, la igualdad.<sup>6</sup> Precisamente porque una de las grandes diferencias entre Indias y la península era que las audiencias de aquéllas no contaban con salas de hidalgos. Ahora bien, la existencia de éstas parece inútil si se cree que su labor se reducía al conocimiento de las causas de nobleza para evitar pechar, habida cuenta de que en Indias no había pechos y existía una relativa confusión de estados. Pero sucedía que las salas de hidalgos eran, también, fundamentales para la construcción, no sólo jurídica, sino también política, del estamento noble. Su ausencia en Indias apunta al recelo con el que la Corona veía al estamento nobiliario y al empeño en evitar que en estas partes creciera uno semejante al castellano. Así, más allá de lo episódico, puede explicarse perfectamente el sentido de la ley 119, título 15, libro 2 de la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, elaborada a partir de una real cédula de 29 de octubre de 1548 y del # 19 de las *Ordenanzas de Audiencias* de 1563, que mandaba a las de Indias guardar las ejecutorias de quienes las tuvieran, al igual que los privilegios de los que gozasen de ellos y que se abstuvieran de conocer de las causas de nobleza, es decir, de aquellas en las que esta calidad era el objeto principal del litigio.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Flórez de Ocariz, Juan, *op. cit.*, t. 1, p. 13. Sobre el concepto de privilegio, véase Thomas Duve, “El ‘privilegio’ en el antiguo régimen y en las Indias. Algunas anotaciones sobre su marco teórico legal y la práctica jurídica”, en Beatriz Rojas (coord.), *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, CIDE, Instituto Mora, 2007, pp. 29-43.

<sup>6</sup> Alejandro Mayagoitia, *op. cit.*, p. 515.

<sup>7</sup> Dice la ley:

Nuestras audiencias de las Indias guarden las ejecutorias de hidalguías a los que las tuvieran, y así mismo los privilegios de exención; y en cuanto a oír y determinar las causas de hidalguía, no conozcan de ello, y lo remitan a las audiencias de estos reinos de Castilla, donde se debiere conocer.

La edición de la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* que uso es la impresa por Boix, Madrid, 1841 (en adelante sólo *RI*). Véase también lo dicho por Solórzano, el autor

La actividad de las audiencias en esta materia se desplegó, principalmente, a través de la tramitación de incidentes de hidalguía en pleitos, sobre todo de pesos, y el otorgamiento de autos generalmente conocidos como mandamientos de amparo de nobleza —alguna vez llamados “real provisión acordada”, porque eran expedidos por el Real Acuerdo—. <sup>8</sup> Lo que de ningún modo debían hacer era declarar la nobleza en propiedad. Es fundamental tener presente que otra ley recopilada, pero de Castilla, afirmaba que, para el efecto de probar la nobleza, tales autos de las audiencias —indianas o peninsulares— no podían traerse a colación como acto positivo. <sup>9</sup> Es claro que no hay mucha sensatez en que la demostración jurídica de la nobleza en posesión, que era suficiente para que al beneficiario le fuera reconocido su estado en orden a valerse de las exenciones derivadas de él, no pudiera ser alegada para probar la nobleza en propiedad. Ello a pesar de que, según afirmaba Solórzano, se requería “bastante menor probanza o información” para obtener el mandamiento que para ganar una ejecutoria. <sup>10</sup> Esta situación no parece justificarse de modo alguno, salvo si se considera que obedece a un momento en que, por razones políticas, como fiscales, la Corona estaba interesada en poner coto al crecimiento de la nobleza —no obstante el beneficio de hidalguías, el cual sólo alcanzaba a un porcentaje muy reducido de la población—.

Este trabajo se ciñe al siglo XVIII porque la mayoría de los amparos completos que tengo provienen de esta época. <sup>11</sup> Además, es la más interesante para conocer cuál era la situación del estamento nobiliario en vísperas del proceso que condujo a la Independencia, en el que

más citado por los documentos en esta materia (Juan de Solórzano y Pereyra, *Política indiana*, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776, libro 5, capítulo 3, # 61 y # 62, t. 2, p. 281).

<sup>8</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3288, 393f. Aspectos generales del amparo novohispano en Andrés Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (antecedentes novohispanos del juicio de amparo)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, pp. 16-69. Un trabajo sobre el tema que me ocupa, que hace hincapié en aspectos procesales, es el de Luis Lira Montt, “Provisiones judiciales de *amparo de noble* dictadas por la Real Audiencia de Chile (1643-1807)”, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, # 115, Santiago de Chile, 2006, pp. 57-74.

<sup>9</sup> *Nueva Recopilación de Castilla*, parágrafo 11, ley 33, título 11, libro 2, sobre una real cédula de Felipe II de 25 de agosto de 1593. Mi edición es la matritense, impresa en 1775, en tres tomos.

<sup>10</sup> Juan de Solórzano y Pereyra, *op. cit.*, libro 5, capítulo 3, # 1, t. 2, p. 281.

<sup>11</sup> El amparo completo se compone de la solicitud, los documentos probatorios, la opinión fiscal y el auto.

participaron muchos de sus miembros, ya como realistas, ya como insurgentes. El trabajo versará sobre tres puntos:

1. Lo alegado por los beneficiarios para obtener los amparos de nobleza.
2. Cuáles eran sus efectos jurídicos.
- 3.Cuál era su valoración social.

#### I. QUÉ SE ALEGABA

Muchas veces, quienes pretendían un amparo de nobleza, efectivamente gozaban de una ejecutoria. Ésta, al tenor de la ley 39, título 1, libro 2 de la *RI*, debía venir acompañada con una cédula auxiliatoria del Consejo de Indias; sin ella la ejecutoria no podía surtir sus efectos en estos reinos. En el raro caso de no tenerla, incluso contra la opinión del fiscal, la Audiencia de México amparaba, escudada en una interpretación amplia de la ley a la que aludiré dentro de poco. <sup>12</sup> No era situación frecuente el encontrarse con expedientes verdaderamente completos y así lo reconoció uno de los fiscales, Pedro Malo de Villavicencio, quien contaba con una larga y distinguida carrera. <sup>13</sup> Dijo, en 1722, que no había “despachado hidalguía tan circunstanciada” como la del capitán Gaspar García del Rivero, un montañés de Polanco, quien tenía una ejecutoria de la Chancillería de Valladolid, su respectiva cédula auxiliatoria y una certificación de armas. <sup>14</sup>

En los casos en los que se contaba con una ejecutoria, la tramitación del mandamiento era sumamente sencilla. Se hacía la solicitud, se acompañaba testimonio jurídico de la ejecutoria, información de tres testigos para identificar al contenido en ella con el peticionario y la partida bautismal de éste. <sup>15</sup> Tras la opinión favorable del fiscal de lo

<sup>12</sup> Tal fue el caso del sevillano Andrés Vicente de Villarroel, ocurrido en 1739. El fiscal era Pedro de Bedoya y Osorio. AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 26.

<sup>13</sup> Había sido oidor de la Audiencia de Guadalajara de Nueva Galicia desde 1706 hasta que, en 1721, pasó a la de México como fiscal. Mark A. Burkholder y D. S. Chandler, *Biographical dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*, Westport, Conn.-Londres, Greenwood Press, 1982, p. 196.

<sup>14</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 12, 5f.

<sup>15</sup> No siempre se observa la partida. Pero la información de identidad era un trámite de cajón. Véanse solicitudes del fiscal, de 1723 y 1743, para que se levantara en AHDF,

civil de la Audiencia, el real acuerdo lo expedía.<sup>16</sup> En el caso de que la ejecutoria fuera de un ascendiente en la línea de estricta agnación —recuérdese que la nobleza se transmitía, en Castilla, por esta línea— era menester probar el entroncamiento, cosa que podía hacerse mediante partidas sacramentales, testamentos y otros documentos o a través de declaraciones de testigos —éste era el camino más socorrido—. Algo semejante sucedía cuando se otorgaba la protección regia en virtud de un mandamiento de amparo concedido a un causante del solicitante.<sup>17</sup>

Pero, ¿qué sucedía cuando quien pedía el amparo carecía de ejecutoria? Por una parte, la tramitación no cambiaba sustancialmente; por otra, se presentaba un dilema a la Real Audiencia, ya que si interpretaba estrictamente la citada ley 119, título 15, libro 2 de la *RI*, debía negar el mandamiento para sólo guardar los privilegios nobiliarios de los ejecutoriados, pero si admitía que la ley, al hablar de los demás exentos —como clérigos y abogados—, también se refería a los que sólo poseían la nobleza, podía proceder a protegerlos siempre que acreditaran su situación. En un caso, el del madrileño Andrés de Rivas y Solano, su esposa Ana Núñez de Villavicencio y los hijos de ambos, es posible observar el choque de ambas interpretaciones. Rivas presentó diversas informaciones de nobleza —no ejecutorias— y el fiscal opinó que su hidalguía era tan notoria, que no admitía discusión ni necesitaba de mayores pruebas. Como la Audiencia entendió que se le pedía declarar la nobleza, no otorgó el mandamiento. Rivas suplicó del auto y alegó que no se había expresado bien en su petición, porque lo que deseaba era que se le amparase en la cuasi posesión de la nobleza. Dijo que la ley de Indias así lo mandaba, a pesar de que carecía de

ayuntamiento, nobiliario 3286, 345f-346v y AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 29, respectivamente.

<sup>16</sup> La Audiencia de México asentaba en libros especiales los reales títulos y despachos. Entre ellos estaban las ejecutorias presentadas para la obtención de los amparos de nobleza. La mayoría de estos volúmenes están extraviados; uno está en AGN, indiferente virreinal, caja 1133, exp. 1.

Luis Lira Montt observó que la Audiencia de Chile podía preguntar al ayuntamiento del lugar de dónde era originario el solicitante de un amparo y cuál era la condición de su familia. No he visto práctica semejante en la Audiencia de México. El mismo autor reproduce un formato de “real provisión de amparo de noble” enviada a Chile en tiempos de Carlos III. No conozco uno para la Nueva España (Luis Lira Montt, *op. cit.*, pp. 66, 67, 73 y 74).

<sup>17</sup> Hay bastantes casos. El más viejo que tengo es el de Andrés de Tapia y Sosa, descendiente de conquistadores. Tenía un amparo del virrey Cadereyta y obtuvo otro del virrey Salvatierra (24 de diciembre de 1644). AGN, vínculos y mayorazgos, t. 48, 347f-v.

ejecutoria, porque la Audiencia debía guardar todos los “*privilegios de exención*”.<sup>18</sup> A pesar de que el fiscal Malo de Villavicencio estuvo de acuerdo con esta argumentación —es decir, aceptó la interpretación amplia de la ley—, la Audiencia, el 8 de abril de 1723, dictó un auto negativo. Éste, tras la explicación de Rivas y la opinión del fiscal, sólo podía fundarse en una interpretación restrictiva de la norma en cuestión. Este modo de entender las cosas, ahora del fiscal Pedro de Bedoya y Osorio, en 1742, impidió que diversos integrantes de la familia Oros y Medrano obtuvieran el amparo, a pesar de que por línea paterna acreditaron su origen vizcaíno y que, por la materna, provenían de un militar distinguido que sirvió como alcalde mayor de Taxco y otras jurisdicciones.<sup>19</sup> Un par de años después, el mismo Bedoya, ante una pretensión del comerciante vizcaíno Bartolomé Pico y Palacios, opinó que a pesar de no tener ejecutoria y cédula auxiliatoria, podía otorgársele un despacho para que pudiese alegar su posesión de la nobleza en los asuntos en que venía al caso. Sin embargo, el tribunal de plano se negó a darla.<sup>20</sup> Fuera del ámbito judicial, otros, como Flórez de Ocariz, hicieron suya la interpretación estrecha de la ley.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 13, 39v, subrayado en el original.

<sup>19</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 27.

<sup>20</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 21, exp. 3. Muchos años después, en 1765, el mismo don Bartolomé, consiguió una provisión de vizcaínia de la Chancillería de Valladolid y, con ella, el amparo de nobleza de la Audiencia de México. Con estos documentos fue recibido como noble por el ayuntamiento de la ciudad de México. AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3288, 21v-53f.

<sup>21</sup> Juan Flórez de Ocariz, *op. cit.*, p. 21. Se refiere específicamente a dar asiento en los estrados de las audiencias. En un caso ocurrido en México, un sujeto obtuvo una real provisión del Real Acuerdo, expedida el 16 de julio de 1699, en vista de dos libros de informaciones, para que pudiera blasonar su casa. En los dichos libros constaba que su calidad estaba ejecutoriada. Con la misma provisión logró, el 23 de octubre de 1702, que se le permitiera subir a los reales estrados. AHDF, ayuntamiento, nobiliario, 3286, 148f-151v.

Es de notar que la naturaleza del privilegio de sentarse en los estrados era tal que, en la Audiencia de México, quien recibía permiso para ejercerlo, además de probar su nobleza, debía demostrar, según un fiscal, tener “lustre, crédito y honesta ocupación” (AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 5, sin foliar). Es de notar que el fiscal en cuestión tomó el texto citado de Solórzano (Juan de Solórzano y Pereyra, *op. cit.*, libro 5, capítulo 3, # 2, t. 2, p. 281). Estoy en el proceso de reunir los casos suficientes para elaborar un trabajo sobre este tema, por lo que no diré más.

Con todo, en general, la Audiencia de México amparó a los simples poseedores de la nobleza.<sup>22</sup> Es de notar que con ello protegió la situación de multitud de familias que descendían de conquistadores y primeros pobladores que no tenían acceso a las chancillerías españolas y, si se piensa bien, no tenían por qué hacerlo toda vez que según el derecho aplicable, su hidalguía era sólo indiana y en ninguna parte constaba que tuvieran que probarla en un tribunal peninsular.<sup>23</sup>

Ahora bien, hay multiplicidad de testimonios que ilustran que, cuando la Audiencia de México valoró la nobleza de los no ejecutoriados, en general, desplegó muy poco rigor en la prueba de entronques y en que realmente se demostrara la calidad de los interesados. Ya se ha dicho que las probanzas necesarias para conseguir el mandamiento eran más suaves que las exigidas por una sala de hidalgos en un pleito de hidalguía, pero creo que enseguida demostraré que hubo notable laxitud en la materia.

En general la Audiencia se fiaba de los testimonios de testigos, más o menos cuantiosos, recogidos en informaciones levantadas, ya en la ciudad de México, ya en otras partes. En el segundo supuesto, que es el de muchísimos ultramarinos, era necesario que el interesado probara ser el mismo sujeto al que se referían los documentos dichos. Para ello se confeccionaba en la ciudad de México una nueva información en la que comparecían unos cuantos testigos, frecuentemente sólo tres, que solían ser paisanos del interesado. El otorgar amparos fundados únicamente en declaraciones de testigos se repitió a lo largo de todo el periodo en estudio. Lo que aducían en abono de la calidad de los interesados era de lo más variado. Por ejemplo, que tuvieron empleos nobles —gubernativos y municipales—, que gozaban de la pública estimación de nobles, que habían ocupado plazas de milicianos, que estaban emparentados con sujetos constituidos en dignidad o que les constaba que tenían papeles que acreditaban su

<sup>22</sup> Existen muchos ejemplos. Unos buenos, de 1735 y 1736, con opiniones del fiscal Ambrosio Tomás de Santaella Melgarejo, en AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 21 y 23, respectivamente. En uno, expedido en 1727, se hace expresa y larga mención de que se ampara la posesión de la nobleza. AGN, civil, t. 77, exp. 29, 516f-518f.

<sup>23</sup> Así lo entendía, por ejemplo, el ayuntamiento de la ciudad de México. AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3304, 502f.

calidad.<sup>24</sup> Sin embargo, los documentos probatorios de su dicho, en general, brillaban por su ausencia. Es de notar que, en ocasiones, sí se presentaron, incluso de tal calidad que, en el contexto de las chancillerías, podían tener pleno valor probatorio. En estos casos, evidentemente, la Audiencia tenía mayores fundamentos para decidir y, por ende, su conducta parece menos reprochable. Así, el capitán Juan de Trillo Jurado, vecino y mercader de la ciudad de México, presentó una información *ad perpetuam* de nobleza de sus ascendientes, levantada en Andalucía. En ella los testigos respondieron acerca de la nobleza de la familia paterna y de la limpieza de sangre de la materna. Además, se testimoniaron autos, hechos en 1639 y 1640, sobre el reclutamiento de la nobleza en los cuales constaba que los ascendientes de Trillo prestaron sus armas y personas. También se reprodujeron testamentos y partidas. Trillo Jurado obtuvo el amparo en 1712.<sup>25</sup> Poco antes, en 1711, fue amparado el sargento mayor Antonio López de Villegas, minero vecino de Monterrey. Éste completó los dichos de testigos con datos tomados de los padrones de distinción del lugar de su origen en España.<sup>26</sup> Finalmente, Clemente de Espino y Pastrana probó documentalmente que su padre había conseguido la devolución de la blanca de la carne en el puerto de Santa María y, en virtud de ello, en 1736, recibió un amparo de nobleza.<sup>27</sup>

En casos extremos se fundó la concesión del amparo sobre informaciones en las que no constaba que hubiera nobleza en la línea estricta de varón —lo cual contrariaba la legislación castellana aplicable—. Esto generalmente ocurrió cuando los interesados eran los descendientes

<sup>24</sup> Por ejemplo: AGN, general de parte, t. 30, 83v-85f (año de 1734) y t. 31, 43v-44f (año de 1736), 69v-70f (año de 1733), 93f-v (año de 1737) y 300f (año de 1740); vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 7 (año de 1720), exp. 8 (año de 1721), exp. 16 (año de 1721), exp. 18 (año de 1722). AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 333f-335f (año 1719) y 335f-336f (año 1718); 3288, 370f-387v (año de 1767); 3304, 581f-582v (año de 1799).

<sup>25</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 158f-193f.

<sup>26</sup> AGN, reales cédulas duplicadas, t. 38, exp. 165, 212f-213f. Otro caso semejante, de 1737, en AGN, general de parte, t. 31, 89v-90v.

<sup>27</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 23. En ciertas ciudades del sur de España, en vez de pechos, existía una contribución por el consumo de la carne de la cual estaban exentos los nobles; la blanca era el nombre de la moneda y, en general, equivalía a dos maravedises. Marqués de Hermosilla, "La nobleza en el ejército, las veinticuatrias en Andalucía y blancas de carne de Sevilla", en *Estatuto nobiliario. Proyecto redactado por la comisión oficial de heráldica de 3 de julio de 1927*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Jerónimo de Zurita, 1945, p. 414.

de conquistadores y primeros pobladores de Indias. Así, Diego Díaz de Rivera, escribano propietario del número de la ciudad de México, gozó de un mandamiento de amparo de nobleza otorgado, en 1705, en virtud de una cédula, de 15 de junio de 1625, en la que se recomendaba a su tatarabuelo, Juan de la Serna, por ser descendiente de conquistadores. También presentó documentos que comprobaban que descendía de Alonso Díaz Brizuela, primer poblador y regidor de Quito. Pero estos sujetos eran sus antepasados por líneas femeninas.<sup>28</sup> Otro caso, aún más escandaloso, fue el de Pedro Miguel de Bustos y Trejo, oficial mayor del medio real en la Contaduría de Reales Tributos. En 1723 obtuvo un mandamiento de amparo en virtud de una ejecutoria, expedida por la Chancillería de Granada, a favor de Pedro López de Cervera. No consta que Bustos acreditara su lazo con Cervera ni que éste fuera su antepasado en estricta agnación. Ninguna de estas cosas importó al fiscal.<sup>29</sup> Es de notar que este caso contrasta con el de Fernando de la Torre Palacio y Gutiérrez, vecino de la ciudad de México y natural de Renedo, Montañas de Burgos. Éste, en 1725, fracasó en su intento de obtener un amparo porque el instrumento que produjo era otro amparo, ganado en la Audiencia de México por un tío materno quien, a su vez, era noble ejecutoriado.<sup>30</sup>

En abono de la conducta del tribunal, debe decirse que sí cumplía la ley en cuanto a no declarar la hidalguía. Por ejemplo, cuando Francisco Marcelo Pablo Fernández –rico almacenero de la ciudad de México que a la sazón no tenía ejecutoria– solicitó “real provisión para ser amparado”,<sup>31</sup> el fiscal dijo que la Audiencia no podía hacer tal cosa ni ampararlo bajo dicha forma, ya que las audiencias indianas no podían “declarar nobleza”.<sup>32</sup> El fiscal propuso que se le mantuviese en la posesión de ella que se desprendía de los papeles exhibidos, cosa que se hizo el 18 de septiembre de 1700.<sup>33</sup> Cuando, en 1733, Francisco Antonio de Rueda Bustamante y Ceballos, natural del valle de Toranzo, Santander, pidió que la Audiencia de México lo declarase hidalgo, se le envió, con todo y dos informaciones de

calidad y varios documentos, a la Chancillería de Valladolid, advirtiéndole que regresara una vez que hubiera obtenido la ejecutoria del caso y la correspondiente cédula auxiliaria. Es de notar que no se le sugirió cambiar su pretensión para que pudiera ser amparado en la posesión de la nobleza.<sup>34</sup> Esto sí ocurrió con Felipe Antonio Barrionuevo y Rosal, contador ordenador propietario del Tribunal de Cuentas de la Nueva España. Éste era un peninsular que tenía a favor de su calidad diversos e interesantes documentos, pero carecía de ejecutoria. Se presentó, en 1762, a la Audiencia pidiendo que ésta lo declarara hidalgo. El fiscal dijo que según la ley de Indias el tribunal no podía acceder y que se avisara a Barrionuevo que ocurriera a una audiencia en Castilla, toda vez que la de México sólo podía conocer de tales causas por incidencia, como para soltar a uno que estuviera preso por deudas o para evitar que un reo fuera puesto a tormento, conforme con la doctrina de Solórzano.<sup>35</sup> Pidió el fiscal que cuando se notificara la negativa de la Audiencia a Barrionuevo, que:

se le dé a entender que aunque no se le admite su referida pretensión, no por eso queda privado de que en el evento de ocurrir alguno o algunos de los casos mencionados por el citado autor, puede aprovecharse y usar del testimonio que ha presentado.<sup>36</sup>

Finalmente, la Audiencia podía otorgar un mandamiento de amparo o respetar los privilegios nobiliarios de sujetos que, sin mostrar ejecutorias u otras pruebas, sí contaban con una orden real en tal sentido. Naturalmente, esta situación era verdaderamente excepcional. Conozco un caso y no pertenece al periodo en estudio. Es el de Esteban Ferrufigno, natural de Alessandria de la Palla, ducado de Milán. El papa Pío V, en una carta de 20 de abril de 1570, solicitó a Felipe II que lo atendiera según la alta calidad de su familia. En respuesta a la petición papal, el rey dictó varias reales cédulas. Una, de 29 de agosto de 1570, ordenó al virrey de Nueva España y a las audiencias de México y Guatemala guardasen a don Esteban y a sus hijos los

<sup>28</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 531f-535v.

<sup>29</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 346v-347v.

<sup>30</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 17.

<sup>31</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 377v.

<sup>32</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 377v.

<sup>33</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 362f-382v.

<sup>34</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 28.

<sup>35</sup> Véase la nota siete.

<sup>36</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3287, 612f.

privilegios de hidalgos.<sup>37</sup> Puede ser que los hermanos Luis y José de Aguilera Palomar y Borja, naturales de Priego, Castilla, y vecinos de la ciudad de México, estuvieran en una situación análoga a la de Ferrufigno. Consta que con ciertas informaciones de testigos, que incluían partidas sacramentales, obtuvieron una real cédula, fechada el 6 de octubre de 1741, para que en Indias se les guardaran sus privilegios de hidalgos. Este documento sirvió para que recibieran un amparo de nobleza en 1743. Como no he dado con suficientes papeles sobre este caso, nada más puedo decir.<sup>38</sup>

## II. EFECTOS DE LOS MANDAMIENTOS

Los mandamientos de amparo solían expedirse sin perjuicio del patrimonio real y/o de terceros. La primera limitación se refería, principalmente, al cobro de los pechos, de los cuales estaban exentos los hidalgos; la segunda, al privilegio de los nobles consistente en no ser presos por deudas contraídas con particulares. Precisamente estos cotos a la eficacia de los amparos fueron una de las causas de la laxitud en las probanzas a que aludí en el apartado anterior. Mientras se salvaguardaran los derechos reales y de terceros, qué más daba si, por ejemplo, se comprobaba adecuadamente el tracto genealógico, ello habida cuenta de que en Indias no había pechos y el mandamiento no podía ser invocado como acto positivo de nobleza.

Las limitaciones tocantes a los intereses reales o de terceros ocurrían en diversos supuestos:

1. Están, frecuentemente, presentes cuando el amparo era concedido a sujetos que carecían de ejecutoria.<sup>39</sup> Al otorgarse el mandamiento sin perjuicio de terceros los interesados se hallaban escasamente protegidos de las consecuencias de acciones

<sup>37</sup> AGN, reales cédulas duplicadas, t. 47, exp. 328, 214v-215f. Este personaje castellano cambió su apellido—Ferrufino o Ferrufiño—y fue quien trajo de Roma a la ciudad de México las reliquias de san Hipólito y uno de los primeros familiares del Santo Oficio. Preparo un trabajo sobre él.

<sup>38</sup> AGN, general de parte, t. 70, 216v-217v.

<sup>39</sup> Por ejemplo: AGN, civil, t. 77, exp. 29 (año de 1727); general de parte, t. 31, 93f-v (año de 1737). AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 331f-333f (año de 1710), 333f-335f (año de 1719), 335f-336f (año de 1718), 347f-350v (año de 1716), 362f-382v (años de 1723 y 1724) y 531f-535v (año de 1711).

en su contra. Algunos llegaron a protestar por esta limitación. Por ejemplo, en 1711, al recibir un amparo así, Diego Díaz de Rivera, dijo “con la calidad de sin perjuicio de tercero... es lo mismo que si no se me hubiera amparo”.<sup>40</sup> Por ende, pidió que se eliminara la limitación y que se le amparase llanamente. La Audiencia accedió a lo pedido porque consideró que si se mantenía

que rigurosamente no le presta amparo útil, pues queda expuesto a que cualquiera tercero le dispute los privilegios de hidalguía, que no cabe supuesto el amparo de posesión en que debe ser mantenido...<sup>41</sup>

2. Aparecen, también, cuando el amparo se otorgaba a quien había ganado una ejecutoria, caso en el cual solían originarse en la real cédula auxiliatoria que se expedía para que la referida ejecutoria tuviera cumplimiento en Indias.<sup>42</sup> En estos casos, el mandamiento servía como pase para la cédula auxiliatoria.<sup>43</sup> Es de notar que a veces el interesado que recibía el mandamiento con las limitaciones dichas suplicaba del auto correspondiente y pedía que se le otorgara sin limitación respecto de los terceros. En el caso de Francisco Pérez de la Raya, tal gracia se negó en 1717.<sup>44</sup> En otro caso, ocurrido, el año anterior, Manuel de Castro Landín Dogama y Sotomayor, vecino de la ciudad de México, quien poseía importantes documentos que acreditaban sobreabundantemente su linaje, suplicó de la calidad del amparo que protegía la posesión de su nobleza: buscaba una especie de declaración positiva de su nobleza en propiedad y que sólo se reservara su extensión respecto del patrimonio real.<sup>45</sup> La Audiencia, increíblemente, accedió.

<sup>40</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286 (t. 1), 535f.

<sup>41</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286 (t. 1), 535f.

<sup>42</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 346v-347v (año 1723), 3286, 394f-424v (año de 1716).

<sup>43</sup> AGN, general de parte, t. 49, 169v-170v. AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3289, 1f-29v.

<sup>44</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 394f-424v.

<sup>45</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 327v. Luego Castro pidió que se ampliara el amparo porque sólo se había dado para la justicia de la ciudad de México y pensaba irse a otra población. La Audiencia extendió el mandamiento a todas las justicias del distrito y

3. En algunos casos, en los que se contaba con ejecutoria, se otorgó el mandamiento sólo sin perjuicio del patrimonio real. Suele observarse, de nuevo, que esta limitación venía impuesta por la cédula auxiliatoria que acompañaba a la ejecutoria.<sup>46</sup> Así, estrictamente hablando, el mandamiento no amparaba la posesión de la nobleza —aunque así se dijera—, sino su propiedad. Se otorgaba sólo sin perjuicio del patrimonio real dado que el mandamiento de una audiencia indiana no resolvía si el beneficiario era noble en propiedad, por ende, los derechos regios quedaban a salvo para ser deducidos en contradictorio juicio ante el órgano jurisdiccional competente, *i. e.* una chancillería peninsular. Desde luego, que no se limitara el efecto del mandamiento respecto de los terceros tenía mucho sentido. Una ejecutoria le causaba perjuicio a los acreedores del noble toda vez que por los privilegios de la hidalguía no podían ponerle preso.<sup>47</sup>
4. En ocasiones los mandamientos se expidieron limitados, sólo respecto del daño que pudiera ocasionarse al patrimonio real, a sujetos que no tenían ejecutorias, pero sí contaban con informaciones de nobleza peninsulares.<sup>48</sup>
5. Existen algunos casos en los que el fiscal de la Audiencia, en atención a que la cédula auxiliatoria de la ejecutoria carecía de limitaciones, pedía que se otorgara el mandamiento llanamente y así se expedía.<sup>49</sup>
6. En ocasiones se omitía cualquier referencia a las limitaciones dichas y se despachaba el mandamiento “en la forma acostumbrada”.<sup>50</sup> Hay casos en que ello ocurre cuando el inte-

gobierno de la Nueva España. Se expidió un nuevo amparo, con todos los antecedentes del caso, el 30 de junio de 1717.

<sup>46</sup> AGN, general de parte, t. 70, 118f-v (año de 1742); indiferente virreinal, caja 4502, exp. 14 (año de 1790). AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 489f-493v (año de 1733), 498f-504f (año de 1735), 505f-509f (año de 1734) y 510f-524v (año de 1735); 3287, 124f (año de 1744) y 327f (año de 1768); 3289, 1f-29v (año de 1769), 64f-106f (año de 1769) y 146f-216v (año de 1769).

<sup>47</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 13, 39v.

<sup>48</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 6 (año de 1714), exp. 8 (año de 1721), exp. 9 (año de 1720), exp. 10 (año de 1721), exp. 18 (año de 1722).

<sup>49</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3287, 187f (año de 1730); 3289, 219f-272f (año de 1770).

<sup>50</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3287, 531v.

resado tenía documentos irrefragables respecto de su nobleza. Por ejemplo, Diego García Bravo, quien obtuvo “privilegio de hidalgo (*sic*) para sí y sus descendientes” y amparo fechado en 1757.<sup>51</sup> Así también sucedió, en 1778, con Vicente Toranzo y Ontañón, hidalgo ejecutoriado peninsular. El fiscal pidió que se expidiera el amparo del modo acostumbrado. En este caso se otorgó sólo sin perjuicio del real patrimonio.<sup>52</sup> Años antes, en 1735, fue amparado el alférez Ignacio Coronado Pipino, natural de Fregenal, Extremadura. No tenía ejecutoria y el auto nada dijo sobre limitaciones ni se expidió del modo acostumbrado. En mi opinión la protección que concedía sólo debía limitarse en lo tocante a la conservación del patrimonio regio.<sup>53</sup>

Los amparos de nobleza, naturalmente, servían sólo a quienes permanecían en la posesión del estado noble. Éste podía, en ciertos supuestos, perderse —asunto sobre el cual, *brevitatis causa*, no hablaré—. Por otro lado, interesa destacar que no se sujetaban a término alguno. La única excepción que conozco ocurrió en 1727. Matías Fernández de Híjar, un peninsular vecino de Cuernavaca, quien provenía de la célebre casa de Híjar de Aragón, se presentó ante la Audiencia y alegó que su padre había gozado de un amparo de nobleza expedido por el Consejo de Castilla y los testigos de la información que levantó dijeron que habían visto su “ejecutoria”. Sin embargo, ésta y otros papeles de nobleza de don Matías se extraviaron en la secretaría virreinal en tiempos del marqués de Valero. Fernández de Híjar dijo que, como “según la ley real es sin disputa noble aquel que es habido y tenido y comúnmente reputado por tal del pueblo y que es de casa y solar conocido”,<sup>54</sup> extremos que dejó probados en la información aludida, solicitó que se le amparara en la posesión de la nobleza. El fiscal aceptó el argumento, pero el tribunal expidió en mandamiento de amparo en ínterin, *i. e.* mientras Fernández de Híjar pudiera reunir de nuevo sus documentos. Tras el término de cinco años el amparo quedaría nulo.

<sup>51</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3287, 530f.

<sup>52</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3288, 582f.

<sup>53</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 21. Otro caso, ocurrido en 1734, en AGN, general de parte, t. 30, 83v-85f.

<sup>54</sup> AGN, civil, t. 77, exp. 29, 517f.

### III. VALORACIÓN SOCIAL DE LOS MANDAMIENTOS

Los privilegios que las audiencias guardaban a los nobles eran, principalmente, según un texto frecuente en las solicitudes de los interesados:

no poder ser presos por deudas y caso de serlo por algún delito, sea en las casas de cabildo con gran decencia, sin poderlos sujetar a cuestión de tormentos, reservándoles en las ejecuciones armas y caballos y concediéndoles el permiso de poner las suyas en las puertas de su casa, en la plata labrada, alhajas y bienes, subir a estrados a hablar en sus propios negocios y todas las demás prerrogativas.<sup>55</sup>

Los amparos de noble también podían permitir a sus beneficiarios ocupar oficios concejiles y plazas de milicianos. La relevancia de todos estos privilegios, por sí sola, es suficiente para entender la alta estima en la que se tenía a los mandamientos. Lo anterior contrasta con la disposición castellana, antes mencionada, que los despojó de valor como actos positivos de nobleza. Es decir, como afirmaba Solórzano, no podían ser usados para demostrar la calidad nobiliaria en ocasiones como, por ejemplo, la pretensión de hábitos de las órdenes militares.<sup>56</sup> Sin embargo, fueron fundamento, como se verá más adelante, de un reconocimiento más amplio de la calidad nobiliaria de quienes los tenían. Antes de pasar a este punto es menester decir que los mandamientos se “hacían notorios” —i. e. se daban a conocer— a justicias y escribanos, para que impuestos de la condición del interesado, le guardaran sus fueros. Estos sujetos variaban pero a fines del siglo XVIII eran los escribanos mayores de los oficios de cámara de la Audiencia, los escribanos de cámara propietarios del Juzgado de Bienes de Difuntos y de la Real Sala del Crimen, los seis escribanos de provincia, los cinco públicos y el de la Acordada.<sup>57</sup>

Frecuentemente, al menos en la capital novohispana, los beneficiarios de mandamientos de amparo, tuvieran ejecutorias o no, lograban ser recibidos como nobles por el ayuntamiento y asentados en un libro especial conocido como *Nobiliario*. Lo interesante es que se percibe

<sup>55</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 8, 1v.

<sup>56</sup> Juan de Solórzano y Pereyra, *op. cit.*, libro 5, capítulo 3, # 1, t. 2, p. 281.

<sup>57</sup> AGN, indiferente virreinal, caja 4502, exp. 14.

cómo la laxitud de la Audiencia, respecto de las pruebas de nobleza exigidas para otorgar los amparos, se replicó en el ayuntamiento. Esto es especialmente significativo, claro está, cuando el inscrito no contaba ni con ejecutoria ni con mandamiento de amparo. En este lugar no puedo detenerme en detalles —tengo en prensa un amplio trabajo sobre las recepciones municipales de nobles—,<sup>58</sup> pero por mientras diré que figurar entre los nobles de la ciudad de México, amén del prestigio que acarrearaba,<sup>59</sup> permitía alcanzar fines algo menos difusos:

- a) El *Nobiliario* era como un padrón, que si bien no tenía los efectos fiscales de los peninsulares, servía para que la ciudad supiera quiénes tenían la calidad suficiente para acompañarla en las grandes fiestas y apariciones públicas, ocasiones en las que convidados y convidantes compartían y ostentaban su recíproco lustre.<sup>60</sup>
- b) El asiento podía hacerse en vista de un lugar en el cabildo o de un empleo honorífico en cualquiera esfera.<sup>61</sup> Ello es especialmente interesante porque la ciudad de México pensaba que el empleo de capitular era acto positivo de nobleza.<sup>62</sup>
- c) El *Nobiliario* servía para resguardo de documentos y de él podían obtenerse testimonios a la conveniencia de los interesados y sus descendientes.<sup>63</sup>

Para pasar a otro ámbito, todo apunta a que, con razón, los interesados en pertenecer a las corporaciones que exigían pruebas de calidad, aunque fueran sólo de limpieza de sangre, no dudaban en aducir que ellos o sus ascendientes habían ganado un mandamiento de amparo de nobleza. Lamentablemente, los expedientes de pruebas de la gran mayoría de los cuerpos novohispanos están aún por

<sup>58</sup> “El ayuntamiento de la ciudad de México, el derecho nobiliario y la formación de la nobleza criolla”, trabajo presentado en el XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Santiago de Chile, 29 de septiembre-2 de octubre de 2008).

<sup>59</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 246f, 3289, 365v, 3290, 1v y 106bisf.

<sup>60</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3287, 482f y 538v, 3288, 25f y 54v, 3289, 367f-v y 3304, 351f y 352f.

<sup>61</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3287, 346f, 538v y 563v, 3288, 599f, 3289, 220f, 323v, 324f, 365v y 367f-v y 3304, 514f-523v.

<sup>62</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3288, 203f.

<sup>63</sup> AHDF, ayuntamiento, nobiliario 3286, 394f, 3288, 289f y 599f y 3289, 64f.

extractarse y estudiarse.<sup>64</sup> En el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México —que no pedía nobleza, sino limpieza de sangre—,<sup>65</sup> hay algunos expedientes en los que claramente se adujeron los amparos como pruebas de calidad que sustituían los documentos requeridos estatutariamente para el ingreso o confirmaban el dicho de los testigos acerca del buen linaje de los pretendientes. Así, el abogado criollo Antonio Rodríguez de Velasco y Jiménez Solano, cuyo expediente se aprobó en 1773, trajo a colación que su bisabuelo materno paterno había gozado de un amparo de nobleza, expedido por el virrey conde de Galve, en 1692.<sup>66</sup> Rafael Ignacio Vallarta y Martínez de Alarcón, criollo de la Nueva Galicia, cuyo expediente, a pesar de algunos defectos, recibió el visto bueno del Colegio en 1773, adujo que un pariente suyo, Juan de Vallarta y Gómez, había obtenido un amparo en 1710.<sup>67</sup> Un letrado poblano, José Mariano de Zavaleta y Alcorta, demostró que su abuelo materno, un criollo de la capital virreinal, cuya partida de bautismo no aparecía y era necesaria para ingresar en el Colegio, había recibido un amparo en 1676. Los trámites de Zavaleta fueron aprobados en 1781.<sup>68</sup> Algo semejante ocurrió dos años después con Antonio Ignacio López Matoso y Gómez Sanz —honra del foro virreinal, nacido en la ciudad de México—. Le faltaban documentos de los

<sup>64</sup> Para la Universidad de México y el Santo Oficio existen catálogos parciales; sus extractos poco o nada sirven para el fin que me ocupa. Guillermo S. Fernández de Recas, *Aspirantes americanos a cargos del Santo Oficio: sus genealogías ascendentes*, México, Librería de Manuel Porrúa, [1956]. Guillermo S. Fernández de Recas, *Medicina, nómina de bachilleres, licenciados y doctores 1607-1780 y guía de méritos y servicios 1763-1828*, México, Instituto Bibliográfico Mexicano-Biblioteca Nacional-Universidad Nacional Autónoma de México, 1960. Guillermo S. Fernández de Recas, *Grados de licenciados, maestros y doctores en artes, leyes, teología y todas facultades de la Real y Pontificia Universidad de México*, México, Biblioteca Nacional de México-Instituto Bibliográfico Mexicano-Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

Para el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México, véase Alejandro Mayagoitia, "Aspirantes al Ilustre y Real Colegio de Abogados de México: extractos de sus informaciones de limpieza de sangre (1760-1823)", en *Ars Iuris*, 21, 22, 23, 24 y 26, México, 1999-2001, pp. 305-405, pp. 309-407, pp. 397-542, pp. 271-459 y pp. 461-526, respectivamente.

<sup>65</sup> Para este tema véase Alejandro Mayagoitia, *El ingreso al Ilustre y Real Colegio de Abogados de México: historia, derecho y genealogía*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana-Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 1999.

<sup>66</sup> Archivo Histórico del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México (en adelante AHINCAM), ramo Ilustre y Real Colegio, sección expedientes personales, # 607.

<sup>67</sup> AHINCAM, ramo Ilustre y Real Colegio, sección expedientes personales, # 717.

<sup>68</sup> AHINCAM, ramo Ilustre y Real Colegio, sección expedientes personales, # 776.

requeridos para ingresar, pero entre los que presentó para redondear su expediente se halló un testimonio, fechado en 1749, de un amparo de nobleza otorgado a un tío carnal paterno natural de La Habana.<sup>69</sup> José María de Torres y Cataño, quien nació en la ciudad de México e ingresó en el Colegio en 1789, aportó el amparo obtenido en 1745 por su abuelo materno, Francisco Cataño Cordero, otro criollo de la capital virreinal.<sup>70</sup> Se pueden traer a colación más casos, pero creo que con los anteriores es suficiente.<sup>71</sup>

Debe haber sido una notable ventaja el no poder ser preso por deudas cuando, por ejemplo, se era un comerciante. El número de peninsulares recién llegados, como el de criollos, que se dedicaban a este giro siempre fue importante. Los papeles de nobleza que permitían ganar un amparo podían ser usados por toda una familia y, por ello, hay numerosos testimonios de solicitudes de préstamo hechas, vía las autoridades judiciales, a sus poseedores por quienes los necesitaban. Pero cuando los dichos documentos eran buscados por sujetos no reconocidos por el poseedor como miembros de su linaje, podían convertirse en objeto de pleitos. Vale la pena decir alguna cosa sobre el caso más señalado que conozco. La familia Cataño Cordero o sólo Cataño se avecindó en la ciudad de México y sus alrededores muy a fines del siglo XVI o principios del XVII. Para fines del siglo XVIII contaba con muchas ramas, unas ocupaban un lugar muy discreto en la sociedad virreinal y otras habían logrado una posición algo más que media. Su hidalguía era indisputable: el fundador, Juan Cataño Cordero, natural de Sanlúcar de Barrameda, ganó una ejecutoria, en la Chancillería de Granada, en 1588. Gracias a ella varios de sus descendientes obtuvieron mandamientos de amparo de nobleza, claramente para evitar la pérdida de su libertad al no poder cumplir con sus obligaciones comerciales. La posesión de los papeles de nobleza de los Cataños llegó a ser objeto de un desagradable litigio entre José Joaquín Cataño y el licenciado José Mariano de Torres y Zapata, el

<sup>69</sup> AHINCAM, ramo Ilustre y Real Colegio, sección expedientes # 386.

<sup>70</sup> AHINCAM, ramo Ilustre y Real Colegio, sección expedientes personales, # 695.

<sup>71</sup> Luis María de Urizar, 1798; los hermanos José Alejandro y Pedro José García Jove y Aguiar y Seixas, 1799; y Miguel González y Lastiri, quien presentó un amparo de nobleza de su prometida para obtener la venia del Colegio para contraer matrimonio, 1807. Todos los interesados eran criollos. AHINCAM, ramo Ilustre y Real Colegio, sección expedientes personales, # 702, # 273 y # 310, respectivamente.

padre de un abogado ya mencionado. Aquél era pobre y ciego, amén de que tenía un hijo preso por deudas que necesitaba de ellos para ser liberado. Decía que Torres era su sobrino y que no quería dárselos ni permitir que de ellos se sacara un testimonio jurídico; además, como Torres era relator de la Audiencia, no había hallado un letrado que quisiera defender su causa. Don José Joaquín pidió a la Audiencia la entrega de los originales o que de ellos se sacaran copias a costa de Torres. Los documentos en cuestión eran los siguientes:

una ejecutoria forrada en tripe, con sus manillas de plata y un plomo con su guarnición de plata, que es el sello real, tres estampas, una de la Purísima Concepción, otra del señor Santiago, otra de las armas del Santo Oficio; un libro de *Discursos de la nobleza de España* por Bernabé de Vargas, regidor perpetuo de la ciudad de Mérida, el cual está forrado en tripe con sus broches de plata; ítem un escudo de armas de la casa de Doria, al cual están agregados otros escudos pertenecientes a dicha casa; ítem un árbol pintado al óleo con sus coronas, perteneciente a todo género de dignidades; ítem otro árbol delineado de pluma con su explicación en un cuaderno que contiene 10 fojas, siete escritas y tres blancas; ítem un cuaderno con 10 fojas de obediencia en diversos lugares a causa de haber presentado su mandamiento de amparo, su tío don Antonio Cataño.<sup>72</sup>

Torres alegó que los papeles fueron de Antonio Cataño Cordero y que cuando éste murió pasaron a su hijo, fray Cayetano Cataño, religioso de la recolección de San Cosme. Como éste no los necesitaba, decidió que fueran a parar con los hijos de Francisco Cataño Cordero, uno de los cuales era la mujer de Torres, María Josefa Cataño y Herrera. Fray Cayetano no hizo la entrega de inmediato porque los había prestado a otro Francisco Cataño. Al morir éste, Torres los recogió con su viuda, Paula Téllez Girón, con autorización del mencionado religioso. Además, Torres adujo que su suegro había obtenido un amparo fundado en dichos papeles en 1745, que los hijos de éste tenían más de 15 años en posesión de los papeles y, lo más grave, que esta familia no reconocía a Joaquín Cataño como su pariente ya que no descendía del dicho Juan Cataño Cordero. Lo cierto es que Joaquín Cataño no pudo probar parentesco alguno con la esposa de Torres. Para ello presentó varias informaciones que contenían una

<sup>72</sup> AGN, civil, t. 501B, exp. 9, 103f.

genealogía increíble, la cual estaba apoyada en los dichos de testigos que declararon sólo de oídas y cuyo documento central era una partida sacramental que resultó ser falsa. La Audiencia absolvió a Torres de la demanda y la causa pasó por cosa juzgada el 12 de agosto de 1795... el pleito había durado unos dos años.

Con lo dicho queda explicado cómo los mandamientos sirvieron para ampliar y consolidar el estamento nobiliario. Lo primero porque a veces se otorgaron sin un prolijo examen de la calidad de quienes los recibían, lo segundo porque abrían a éstos las puertas de espacios de influencia y prestigio. Pero hay que recordar que en muchos casos se negaron. Generalmente ello se debía a defectos en la petición del interesado ya que, en vez de explicitar que buscaba la protección de los privilegios derivados de la nobleza, pedía una prohibida declaración sobre su calidad. Cualquier expresión que hiciera a la Audiencia dudar acerca de la juridicidad del auto solicitado era suficiente para que se desechara el pedimento. Naturalmente, un auto de esta clase afectaba—de un modo que no ha quedado documentado, pero que fácilmente puede imaginarse—los intereses y, quizá, la reputación del interesado y de su familia. Ahora bien, consta que en algún caso se llegaba a una decisión negativa con la intención de proteger al peticionario de sus propios extravíos. El ejemplo—hasta ahora único que conozco—es el de Francisco Martín Gallardo, natural de la Nueva Galicia, reino donde existía una distinguida y extendida familia de este apellido. Era infante de la compañía del Real Palacio de México y había servido, con las armas en la mano, en California. Por ello se presentaba a sí mismo como conquistador y en ciertas informaciones que mostró a la Audiencia de Guadalajara—las cuales desgraciadamente no han caído en mis manos—ésta mandó tildar la palabra conquistador y sustituirla por la de pacificador. Cuando Gallardo se presentó a la Audiencia de México, en busca de un amparo de nobleza, con un impresionante cúmulo de documentos—279 fojas—, el fiscal detectó en ellos cosas que le parecieron desvaríos propios de un sujeto inocente y altamente impresionable. Para evitar que amanuenses, escribanos y otros se dedicaran a sacarle dinero en traslados y certificaciones, pidió que se ordenara a Gallardo no mostrarlos. El tribunal hizo suya la petición fiscal y negó el amparo (1736).<sup>73</sup>

<sup>73</sup> AGN, vínculos y mayorazgos, t. 20, exp. 25.

## IV. REFLEXIONES FINALES

Tras lo expuesto me parece que los estudios que en adelante se hagan sobre el estamento noble novohispano tendrán que ser más cuidadosos y tomar en cuenta la dimensión jurídica de la nobleza, asunto en general ignorado o incomprendido.<sup>74</sup> Los mandamientos de amparo de noble, al igual que otros aspectos que poco a poco se van descubriendo, deberán ser analizados para determinar la posición de las familias y —al menos en mi opinión— alcanzar una mediana inteligencia acerca de temas tan fundamentales como la verdadera composición y extensión del referido estamento, los mecanismos que usaron sus integrantes para su conservación y crecimiento y el papel que jugó frente al Estado, especialmente en una época, como la estudiada, de creciente tensión entre los intereses de indios y peninsulares. Puedo destacar, a guisa de conclusión, algunos puntos más concretos:

1. Al menos en el caso de la Audiencia de México, desde muy temprano se interpretó la ley 119, título 15, libro 2 de la *RI* ampliamente. Como el auto de amparo no podía ser invocado como acto positivo de nobleza ni había pechos en Indias, no tenía mucho caso cumplir la norma literalmente guardando sus ejecutorias a quienes las tenían: *i. e.* la labor del tribunal podía, sin peligros, extenderse a proteger la nobleza en posesión.<sup>75</sup>
2. El que la ley negara valor de actos positivos de nobleza a los amparos, no significó que carecieran de un impacto social más allá de lo episódico. Su posesión era asunto que servía a familias más o menos extendidas a lo largo de largos periodos de tiempo. Además, en el caso de dos importantes corporaciones —el ayuntamiento de la capital virreinal y el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México— fueron instrumentos que permitieron el acceso a mayores privilegios y honores.

<sup>74</sup> Un trabajo interesante, que se preocupa por el contexto jurídico de la nobleza, es el de Margarita Menegus, "Los privilegios de la nobleza indígena en la época colonial", en Beatriz Rojas (coord.), *op. cit.*, pp. 129-154.

<sup>75</sup> Parece ser que las diferentes interpretaciones de la ley que figuran en los amparos provenían de la opinión del fiscal en turno. Por ende, la Audiencia no llegó a sostener, institucionalmente, una interpretación fija. El punto requiere de más investigación.

3. La forma de conducirse de la Audiencia en esta materia propició que grupos que no tenían la nobleza en propiedad pudieran tener acceso a ésta. Por ejemplo, mediante la obtención de empleos concejiles que luego podían ser invocados en un pleito de hidalguía o, lo que parece que fue más frecuente, para vestir hábitos en las prestigiosas órdenes militares. La repercusión de la actividad de la Audiencia fue importante: inspiró el proceder del ayuntamiento de la ciudad de México al hacer las recepciones de nobles, ora fundándose sobre los propios mandamientos —sin importar exactamente con base en qué fueron concedidos—, ora al aplicar el mismo poco rigor en las probanzas necesarias para tales recepciones.<sup>76</sup>
4. La concesión de mandamientos en las condiciones anteriores fue fundamental para la construcción jurídica, social y política del estamento noble de la Nueva España, pero lo fue aún más para la formación de su identidad como grupo dominante. Fue una pieza significativa para la obtención del prestigio que era, según Max Weber, con la acumulación de la riqueza y del poder, lo que distinguía a las elites del común de la población de un lugar. Cuando a fines del periodo virreinal, como reacción contra el absolutismo borbónico, un sector de la nobleza buscó transformarse en aristocracia —*v. gr.* Primo de Verdad y Azcárate en 1808—, pudo echar mano del tema del pacto fundacional de las Indias al cual vinculó el proceso de su autodefinición como nobleza distinta de la castellana, mediante reglas surgidas de su propia realidad, no de la peninsular. Así, el fin del periodo virreinal no debía significar la muerte de la nobleza, ya que ésta se hallaba por construir un nuevo orden a su medida. Su fracaso en este intento es otra historia.

<sup>76</sup> Es cosa que merece un estudio especial, pero la misma soltura se observa en las informaciones de calidad levantadas ante los alcaldes ordinarios de la ciudad de México con citación del procurador general y/o del síndico del común.

## ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 204 Y 211, AMBOS DE LA LEY DE AMPARO

José Luis MONROY SALAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Análisis del artículo 204 de la Ley de Amparo.* III. *204 LA vs. 247-V CPF.* IV. *Falsificación de documentos. Su comisión necesaria en la actualización del 247-V CPF.* V. *Análisis del artículo 211 de la Ley de Amparo.* VI. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

En este artículo hablaré de la responsabilidad de las partes y de la autoridad responsable en el juicio de amparo, en lo tocante a los tipos previstos en los artículos 204 y 211 de la Ley de Amparo; el interés por el tema surge de la constatación de dos realidades: una, la existencia de cuestiones y lagunas no exentas de complejidad interpretativa en la configuración legal del tipo; y dos, la inexistencia de estudios al respecto en nuestra doctrina.

Los artículos en estudio se encuentran previstos en la Ley de Amparo, su ubicación se localiza en el capítulo segundo que trata: "De la responsabilidad de las autoridades"; en éste se hallan los delitos cometidos por las autoridades responsables, y comprende del artículo 204 al 210. El tercer capítulo aborda el tema: "De la responsabilidad de las partes", donde se hace referencia a los particulares que intervienen en el juicio de amparo y únicamente contiene el artículo 211, que prevé, a su vez, tres fracciones.

Cuando hablo de la responsabilidad en el juicio de amparo, de los funcionarios que conozcan del amparo y de las partes, me refiero a la obligación jurídica de hacer frente a las consecuencias legales, que

se derivan del incumplimiento de deberes por alguno de los sujetos que intervienen en el juicio de amparo.

## II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 204 DE LA LEY DE AMPARO

Hablaré a continuación de la problemática que existe en el tipo penal de la LA en su artículo 204; de una interpretación sistemática y teleológica, se observará que este tipo penal, como ahora está redactado, deja al gobernado en estado de inseguridad jurídica, toda vez que existe una deficiente técnica legislativa, que se deriva del hecho consistente en que este tipo nos remite sólo al Código Penal Federal, sin especificar a qué precepto de dicho ordenamiento nos tendremos que remitir; estamos, pues, en presencia de una norma penal en blanco para efectos de la pena. El problema es que existen dos tipos penales que encuadrarían perfectamente en la conducta tipificada por la LA, violando a mi juicio, un límite del *Ius Puniendi*, que en este caso es la exacta aplicación de la ley.

Nos encontramos ante una norma penal en blanco por lo que hace a la pena; en otras palabras, para saber qué sanción se le puede imponer al sujeto activo, es obligatorio para el intérprete, remitirse a otra norma, que dé luz sobre la determinación de la pena a aplicarse.

La *ratio* de este injusto, el artículo 204 de la LA, es la salvaguarda de la verdad en el juicio para que exista equidad entre las partes; lo anterior es así, porque el informe de la autoridad responsable en el que se afirme una falsedad o se niegue la verdad en todo o en parte, es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar el juzgador de los hechos. Por lo tanto, si un informe falso induce al error a la autoridad judicial ante la que se presenta, causando que sea valorada como verdadera, podrá provocar una resolución injusta.<sup>1</sup>

Este tipo fue creado para que la autoridad responsable diga la verdad al juez de amparo en los informes que rinda, en el juicio de amparo o en el incidente de suspensión. La controversia será resuelta atendiendo a las manifestaciones de las partes y las pruebas que se

<sup>1</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Declaraciones falsas ante la autoridad judicial. El "Nuevo" artículo 247 bis del Código Penal Federal*.

exhiban.<sup>2</sup> En este orden de ideas, se puede afirmar: "A través de este tipo se busca que se dé cabal cumplimiento al debido proceso legal—artículo 14, párrafo II, constitucional—, en donde se busca que ambas partes en un juicio tengan las mismas oportunidades para poder alegar y probar".<sup>3</sup>

El tipo previsto en el artículo 204 de la LA, puede ser cometido únicamente por la autoridad responsable. Es importante decir desde ahora que cuando fue creado este tipo en 1936, la remisión que se hacía era la adecuada y sí se podía aplicar la pena correspondiente; pero desafortunadamente, tantas reformas al CPF y la ignorancia por parte del legislador de los tipos previstos en las leyes especiales, en particular de aquellos en la LA, provocó que este tipo quedara como un tipo vacío, toda vez que actualmente nos tenemos que remitir al CPF para aplicar la pena, sin que exista certeza respecto de la misma.

Este delito únicamente puede realizarse de forma dolosa; no se admite su forma culposa, ya que en materia penal federal los delitos culposos están listados en el artículo 60 del Código Penal Federal.<sup>4</sup> Por lo anterior, únicamente los delitos previstos en ese catálogo admiten la comisión culposa,<sup>5</sup> y entre ellos no se encuentra el previsto por el artículo en comento.

### 1. El CPF en 1931

Cuando se creó el CPF, en 1931, su artículo 247, fracción V, preveía el delito de falsedad en el juicio de amparo por la autoridad responsable, dicho numeral rezaba:

<sup>2</sup> Del Castillo del Valle, Alberto, *Ley de Amparo comentada*, p. 388; Padilla Arellano, José, *El amparo mexicano: un estudio exegético y comparativo*, p. 178.

<sup>3</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 29.

<sup>4</sup> Artículo 60. En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV de este Código.

<sup>5</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 18.

“V. Al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable, en los que afirmare una falsedad o negare la verdad, en todo o en parte”.

Es importante destacar que este tipo únicamente hacía referencia al juicio de amparo.

## 2. El CPF en 1946

El 9 de marzo de 1946 se publicó en el DOF, una reforma al artículo 247, donde se derogó la fracción V de dicho artículo.

La mayoría de la doctrina considera que el artículo 247, fracción V, CPF, era una repetición del 204 LA, siendo todo lo contrario, ya que el artículo 247, fracción V, CPF, surgió primero que el de la LA.

Ahora bien, considero que fue innecesaria la derogación expresa de 1946, ya que este precepto (247, fracción V, CPF), había sido derogado tácitamente al crearse el tipo del 204 LA, en 1936.<sup>6</sup>

## 3. El CPF en 1955

El 5 de enero de 1955 se publicó en el DOF la reforma de varios artículos del Código Penal Federal y la adición de otros. Se estableció nuevamente la fracción V, del artículo 247 CPF, que establecía:

“V. Al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable, en los que afirmare una falsedad o negare la verdad en todo o en parte”.

Como se puede observar, este artículo fue adicionado toda vez que en 1946 se había derogado expresamente la fracción V; el nuevo tipo es casi idéntico al que existía cuando se creó el CPF. Sin embargo, desde mi punto de vista al adicionarse la fracción V del artículo 247 del CPF, en 1955, se derogó el artículo 204 de la LA, toda vez que la ley posterior deroga la anterior.

## 4. La Ley de Amparo

El artículo 204 LA actual fue publicado por primera vez, en el DOF, el 10 de enero de 1936, el cual establecía:

<sup>6</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 32.

## “Capítulo II

### De la responsabilidad de las autoridades

Artículo 204. Las autoridades responsables que en el juicio de amparo, o en el de incidente de suspensión, rindan informes en los que afirmaren una falsedad o negaren la verdad, en todo o en parte, serán castigadas en los términos de la fracción V del artículo 247 del Código Penal”.

Es necesario ver desde este momento tres cosas, primero, el artículo 204 LA, está previsto en la LA, según un sector de la doctrina, con fundamento en el artículo 6, párrafo segundo del CPF, deberá de aplicarse la norma prevista en la ley especial, que en el presente caso es la LA;<sup>7</sup> segundo, este tipo no sólo hace mención al juicio de amparo como lugar donde se puede rendir el informe falso, sino también al incidente de suspensión; por lo que, en su caso, deberá de aplicarse el principio de especialidad; tercero, la ley posterior deroga a la anterior, y en el presente caso, la ley posterior es el CPF y la anterior la LA.<sup>8</sup> Como puede observarse, existe contradicción entre los tres puntos señalados, contradicción que resolveré en las páginas siguientes.

## 5. La inconstitucionalidad del 204 LA

El artículo 204 LA, cuando se creó, era claro y nos remitía a un tipo en específico, pero como ahora se encuentra redactado, sólo nos remite al CPF; será necesario conocer qué tipo o tipos existen en el CPF, que sancionen a las autoridades que lleven a cabo esas afirmaciones o negaciones falsas al enviar información a otra autoridad.

Cuando la autoridad afirma hechos falsos en el incidente de suspensión, podríamos pensar que no tiene aplicación el injusto del artículo 247, fracción V, del CPF, pero sí la tendría el artículo 214 del CPF, ya que en este tipo, el legislador dijo: “Para las autoridades

<sup>7</sup> Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal anotado*, pp. 29-30; González de la Vega, René, *Comentarios al Código Penal*, p. 11; Carrancá y Trujillo, Raúl, *Código Penal anotado*, pp. 31-32; Reynoso Dávila, Roberto, *Código Penal Federal comentado*, pp. 11-14; Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, pp. 34-40; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, pp. 639-640.

<sup>8</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, pp. 33-34.

que lleven a cabo esas afirmaciones o negativas al enviar información a otra autoridad”.

Como se puede apreciar, el legislador habla de cualquier autoridad, no de autoridades responsables; tampoco habla de enviar el informe en el juicio de amparo, sino de enviar información a otra autoridad; veamos el artículo 214, fracción V, del CPF, para corroborar lo dicho:

“Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

[...]

V. Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos.

Al infractor de las fracciones III, IV, V, y VI, se le impondrán de dos a seis años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

De lo anterior concluyo que el tipo aplicable para dicha conducta es el del artículo 247, fracción V, del CPF, toda vez que este tipo es más específico al hablar de autoridad responsable, mientras que el 214 del CPF habla de cualquier autoridad. Por lo que hace al incidente de suspensión, éste es irrelevante por lo que expondré en las páginas siguientes.

### III. 204 LA vs. 247-V CPF

La doctrina mayoritaria ha sostenido que el tipo del artículo 247, fracción V, CPF, es idéntico al tipo del artículo 204 LA. Si sostuviéramos esa postura, lo primero que deberíamos de preguntarnos es: cuando se habla de juicio de amparo, ¿se comprende también el incidente de suspensión? La pregunta no es ociosa, ya que el artículo 204 señala que para cometer el delito debemos situarnos en el juicio de amparo y el incidente de suspensión; mientras que el artículo 247, fracción V, CPF, habla solamente del juicio de amparo. Si consideráramos que juicio de amparo e incidente de suspensión son cosas distintas, entonces el tipo de la LA es más especial que el del CPF, y

de conformidad con el principio de especialidad es el que se debería de aplicar.

Ahora bien, si cuando se hace mención al juicio de amparo, consideramos que queda comprendido el incidente de suspensión, surge la duda de si podríamos argumentar que la ley posterior deroga a la anterior, toda vez que en 1931 el CPF anunciaba la conducta del artículo 247, fracción V, y al nacer posteriormente, en 1936 la LA y contemplar el mismo supuesto, entonces podríamos decir que la LA de 1936 derogó el artículo 247, fracción V, del CPF. Y cuando en 1946 se derogó la fracción V del artículo 247, CPF, esta derogación ya no tenía razón de ser, en virtud de que fue tácitamente derogada en 1936 con el nacimiento de la LA; sin embargo, en 1955, se adicionó una fracción al artículo 247, la fracción V, donde se contemplaba la misma conducta. Las reformas de los legisladores pueden verse desde dos ángulos: primero, que el legislador no se dio cuenta que en la LA ya se encontraba un tipo que sancionaba la misma conducta, segundo, que el legislador, a sabiendas de que ya existía el artículo 204 LA, adicionó la fracción V, del artículo 247 CPF, pensando que la ley posterior derogaba a la anterior;<sup>9</sup> en cualquier caso, el resultado es el mismo; la derogación tácita del artículo 204 LA.

Consecuencia del razonamiento anterior, es que la supuesta reforma al artículo 204 LA, de fecha 1984, fue “supuesta”, porque nunca pudo existir en virtud de que dicho artículo ya había sido derogado, lo cual nos llevaría a concluir que el único tipo penal aplicable para una autoridad responsable que rinda informes falsos en juicio de amparo, es el artículo 247, fracción V, CPF.

La doctrina, y nuestros más altos tribunales han dicho que la ley posterior deroga a la anterior, pero también han dicho que la ley especial deroga a la general, entonces ¿puede una ley general derogar un precepto de la ley especial?

Se podría pensar que un tipo previsto en una ley general no puede derogar a un tipo en una ley especial, o también se podría pensar lo contrario, esto es, que un tipo en una ley general sí puede derogar un tipo en la ley especial, para ambos argumentos hay razones a favor; respecto a la primera se puede argumentar que el artículo 6, segun-

<sup>9</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 36.

do párrafo del CPF, lo dice al señalar: “Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”, lo anterior es un principio general de derecho, *Lex specialis derogat legem generalem*. La segunda postura se podría sostener con el principio general de derecho que dice que la ley posterior deroga a la anterior, *Lex posterior derogat priori*, principio que se halla establecido en el artículo 9 CCF, que dice: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”. Adicionalmente existe otro argumento sostenido por Hernández-Romo, que considero idóneo para resolver este problema; él comenta que un tipo en la “ley especial no significa nada, puesto que es un tipo como cualquier otro” y si pensamos en “el ordenamiento jurídico como una unidad con todas las ramas que lo integran relacionadas entre sí en menor o mayor medida, llegamos a la conclusión de que todas las normas del derecho penal deben convivir armónicamente”.<sup>10</sup> Desde ese punto de vista concluyo que la ley posterior deroga a la ley anterior, toda vez que contempla el mismo injusto, es decir, el artículo 204 LA, fue derogado en 1955 al haberse adicionado la fracción V del artículo 247 CPF; esto quiere decir que la reforma que sufrió el artículo 204 LA, en 1984, fue inexistente, porque no se puede reformar lo que dejó de existir.

Como ya se vio, el legislador en el tipo en comento, contrario a lo que establece el artículo 247, fracción V, CPF, hace mención a que la autoridad responsable mienta en el juicio de amparo o en el incidente de suspensión; lo anterior hace que surja una duda, ¿fue necesario hacer mención al incidente de suspensión? o será que sale sobrando dicho término.

Un incidente se tramita en relación con el proceso principal y tiene por objeto resolver cuestiones accesorias relacionadas al mismo. Esto es, el incidente es un proceso dentro de otro proceso, y no podrá existir el primero sin que exista el segundo; en otras palabras, no puede existir un incidente sin que exista un proceso, y si se miente en el incidente de suspensión se estará mintiendo

<sup>10</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 37.

en el juicio de amparo, ya que el juicio de amparo es un todo y el incidente una parte de ese todo.<sup>11</sup>

Desde mi punto de vista y de conformidad con lo anterior, concluyo que hubiera bastado que el legislador dijera que el tipo del 204 LA, se actualizará si se miente en el juicio de amparo, para que aun cuando se mintiera en el incidente de suspensión o en cualquier otro incidente, se tuviera por actualizada la conducta al tipo; ya que de lo contrario se podría decir que el legislador únicamente hizo mención al juicio de amparo y al incidente de suspensión. Surge la cuestión: Si la autoridad responsable miente en el incidente de nulidad de actuaciones, ¿sería atípica dicha conducta respecto del artículo que se comenta? Yo no creo que esa haya sido la intención del legislador: desde mi punto de vista, el artículo 247, fracción V, CPF, donde únicamente se hace mención al juicio de amparo, puede abarcar todos los incidentes del juicio de amparo.

#### IV. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. SU COMISIÓN NECESARIA EN LA ACTUALIZACIÓN DEL 247-V CPF

En otro orden de ideas, cuando la autoridad responsable afirma una falsedad, está asegurando o dando por cierto algo que sabe no es verdad y si esta situación en el informe justificado se plasma en un documento, como es el caso en estudio en el informe justificado, de conformidad con el CPF, se actualiza la falsificación de documentos, delito previsto en el artículo 244, fracción VII, que establece:

“El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

[...]

VII. Añadiendo o alterando cláusulas o declaraciones, o asentando como ciertos hechos falsos, o como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan, se extendiere para hacerlos constar y como prueba de ellos”.

Cuando se afirma una falsedad en un documento, se están asentando como ciertos hechos falsos, este tipo de falsificación se conoce en

<sup>11</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 42.

la doctrina como falsificación ideológica y está sancionada con la misma pena que la falsificación material.<sup>12</sup>

Esta falsificación se ve de forma constante en México, cuando el juez de amparo, le solicita a la autoridad responsable que rinda su informe justificado y diga si el acto reclamado es cierto o no, en muchas ocasiones, la autoridad responsable, aun sabiendo que lo que se reclama en el juicio de garantías es verdad, dice que no es verdad, y manda una parte de las copias, para justificar su dicho,<sup>13</sup> es claro que cuando la autoridad hace esto, es para que el juez de amparo no descubra la verdad, teniendo la obligación de enviar todo.

En este caso, no sólo se está en presencia de una falsificación ideológica, sino que dicha conducta tiene una doble agravante: *primero*, la falsificación de un documento público, y *segundo*, ser el activo un servidor público, así lo establece el artículo 243 CPF.

Es claro, que cuando la autoridad responsable rinde su informe y afirma una falsedad, en todo o en parte, en el juicio de amparo o en el incidente de suspensión, estamos en presencia de un injusto, como lo es la falsificación de documentos en su modalidad ideológica y asimismo, ante una falsedad de declaraciones ante autoridad judicial, lo anterior de conformidad con los siguientes artículos del CPF:

“Artículo 251. Si el falsario hiciere uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título, se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente.

Artículo 252. Las disposiciones contenidas en este título no se aplicarán sino en lo que no estuviere previsto en las leyes especiales o no se opusiere a lo establecido en ellas”.

Lo anterior no quedaría exento de un problema respecto al *Non Bis In Idem*.

<sup>12</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 45; Edmundo, Mezguer, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte Especial*, pp. 310-313; Maggiore Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, pp. 573-575.

<sup>13</sup> Chávez Castillo, Raúl, *Ley de Amparo comentada*, p. 524, para quien: “Común resulta que las autoridades responsables de carácter administrativo mientan al rendir sus informes previos o con justificación [...], como cuando se trata de órdenes de aprehensión, traslados o clausuras, simplemente niegan los actos aunque sean ciertos y después los ejecutan, burlando a la justicia federal”.

## V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 211 DE LA LEY DE AMPARO

Ahora bien, por lo que hace al artículo 211 LA, este tipo se halla conformado de tres fracciones, que van orientadas a la protección y guarda de la Constitución, que tienen a su cargo las autoridades judiciales federales. Esto es, se impone el deber de veracidad al quejoso y al tercero perjudicado, en el sentido de que no pueden falsear información, ni falsificar documentos y presentarlos ante la autoridad judicial federal, ya que esto provoca el entorpecimiento de las labores de los jueces federales.

El artículo 211 LA establece:

“Se impondrá sanción de seis meses a tres años de prisión y multa de quinientos a dos mil pesos:

I. Al quejoso en un juicio de amparo que al formular su demanda afirme hechos falsos u omita los que le consten en relación con el amparo, siempre que no se reclamen algunos de los actos a que se refiere el artículo 17.

II. Al quejoso o tercero perjudicado en un juicio de amparo, que presente testigos o documentos falsos.

III. Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete, para que se produzca con falsedad en juicio o los obligue o comprometa a ello intimidándolos o de otro modo”.

En opinión de la doctrina más autorizada, este precepto se creó “con el propósito de poner un dique al ejercicio abusivo de la acción de garantías”.<sup>14</sup> Sin embargo, las conductas son tipos privilegiados, como se podrá observar más adelante.

<sup>14</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, p. 846; Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, p. 410, para quien: “Con el objeto de evitar el abuso del ejercicio del amparo, que en algunas ocasiones se interpone con el exclusivo objeto de retardar o paralizar la ejecución de actos o resoluciones de autoridades judiciales o administrativas”. En sentido similar, Hernández, Octavio A., *Curso de amparo. Instituciones fundamentales*, p. 396, para quien: “Con el evidente propósito de evitar que se abuse del amparo y, sobre todo, de la suspensión del acto reclamado, a fin de diferir, entorpecer o anular el efecto natural de la actividad judicial, legislativa y administrativa, apegada a las normas constitucionales y legales que rigen su funcionamiento, la Ley de Amparo consigna y sanciona faltas y delitos en los que pueden incurrir, con dolo o temeridad, quejosos, abogados y litigantes”.

### 1. 211, fracción I, de LA

La primera fracción tiene su razón de ser en la garantía de debido proceso legal, previsto en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo, en el entendido de que ambas partes en un proceso deben de tener las mismas oportunidades de defensa y ataque. Lo anterior es así, toda vez que si el quejoso asienta cosas que no son acordes a la realidad, el juzgador se formará una opinión distorsionada de lo que realmente sucedió.<sup>15</sup>

En este tipo, al quejoso se le impone el deber de veracidad, por lo que un sector de la doctrina opina que es un requisito de la demanda, hacer las manifestaciones conducentes, bajo protesta de decir verdad, dicho requisito tiene su fundamento en el artículo 116, fracción IV, LA.<sup>16</sup>

Otro sector de la doctrina opina que, si no se hace mención a la protesta mencionada no se podrá actualizar la conducta del tipo en comento, ya que es indispensable que se formule la misma.<sup>17</sup>

### 2. 211, fracción II, de LA. La falsedad de declaraciones y la falsificación de documentos

La fracción II ha sido considerada como idéntica en su parte conducente, al tipo previsto en el artículo 247, fracción III, CPF.<sup>18</sup> Es necesario transcribir dicho artículo para mayor claridad.

“Artículo 247. Se impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa:

[...]

<sup>15</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 130.

<sup>16</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, p. 410; Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, A. C., *Ley de Amparo comentada*, p. 211; Chávez Castillo, Raúl, *Ley de Amparo comentada*, p. 529; De la Luz Feliz Tapia, Ricardo, *Juicio de amparo. Doctrina, ley, práctica y jurisprudencia*, p. 216; Padilla Arellano, José, *El amparo mexicano: un estudio exegético y comparativo*, p. 181; Bazdresch, Luis, *El juicio de amparo. Curso general*, p. 347; García Arellano, Carlos, *El juicio de amparo*, p. 980.

<sup>17</sup> Chávez Castillo, Raúl, *Ley de Amparo comentada*, p. 529.

<sup>18</sup> De la Luz Feliz Tapia, Ricardo, *Juicio de amparo. Doctrina, ley, práctica y jurisprudencia*, p. 217.

III. Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete, para que se produzca con falsedad en juicio o los obligue o comprometa a ello intimidándolos o de otro modo”.

Para que se actualice esta conducta, es necesario que al testigo, perito, intérprete, se le soborne, obligue o comprometa, con intimidación o de cualquier forma, a que se conduzca con falsedad en el juicio. Nótese cómo este tipo no exige que se presenten a juicio, esto es, castiga el momento previo, cuando se les pide a éstos que se conduzcan con falsedad en un juicio; mientras que en el artículo 211, fracción II, LA, es requisito que se presenten éstos y declaren falzamente.

De conformidad con lo anterior, se puede decir que el tipo en comento, es inconstitucional, por violar el principio de proporcionalidad, toda vez que no se puede entender que a este injusto se le aplique una pena mayor que al tipo del 211 de la LA. Debería ser al contrario, una pena menor para el estadio previo, y una pena superior para el estadio posterior, es decir, cuando haya declarado falsamente el testigo.<sup>19</sup>

Ahora bien, cuando se habla del documento falso, llama la atención que la pena para quien comete este delito en un juicio de amparo es de seis meses a tres años de prisión y multa de diez a noventa días de salario; mientras que en el CPF, a la misma conducta en cualquier juicio, se le impone una pena de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos a trescientos sesenta días de multa al que presente documentos públicos falsos y de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa si son documentos privados falsos, y el delito previsto en la LA cuando se utilice un documento falso en el juicio de garantías la pena es mucho menor, esto carece de sentido, ya que el juicio más importante de nuestro país es el juicio de garantías y debería tener una pena mucho mayor, por lo que considero que este tipo previsto en la LA debería ser declarado inconstitucional, por violar el principio de proporcionalidad.

<sup>19</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, pp. 138-139.

Es importante señalar dos cosas, la primera es que este injusto sólo se puede cometer en el amparo indirecto, ya que en los amparos directos no se ofrecen pruebas;<sup>20</sup> segunda, esta fracción castiga tanto la falsificación material, como la ideológica, siempre y cuando éstas se reflejen en las pruebas que se ofrezcan.<sup>21</sup>

### 3. 211-III de LA y las mañas de ciertos abogados

Por último, la fracción III busca que se respete la competencia territorial de las autoridades federales de amparo para "que no se acuda a una u otra autoridad judicial de amparo, por los criterios que sostenga o por la cercanía de la residencia del quejoso".<sup>22</sup>

Por los abogados poco escrupulosos, fue que se creó este tipo, ya que éstos suelen interponer varios juicios de amparo ante diferentes jueces de distrito con idénticos actos, imputando falsamente a ciertas autoridades responsables el hecho, y así obtener diversos actos de suspensión a fin de paralizar indefinidamente la actuación del poder público.<sup>23</sup>

## VI. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente planteado, puedo concluir que el artículo 204 LA fue derogado desde 1955, cuando se adicionó la fracción V del artículo 247 del CPF, de ahí que la reforma de 1984 al artículo 204 LA, no pudo tener lugar, ya que no puede ser reformado lo inexistente.

De este modo, podemos decir que el único tipo aplicable para la autoridad responsable que rinde informes falsos en el juicio de amparo, es el artículo 247, fracción V, del CPF.

Respecto al artículo 211 LA, considero que éste es inconstitucional, ya que viola el principio de proporcionalidad, toda vez que no

<sup>20</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, p. 48; Hernández, Octavio A., *Curso de amparo. Instituciones fundamentales*, p. 399.

<sup>21</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 139.

<sup>22</sup> Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Los delitos previstos en la Ley de Amparo mexicana*, p. 140.

<sup>23</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, p. 49.

se puede entender que a este tipo se le imponga una pena menor que al 247 CPF. En un proceso, tanto al quejoso como a la autoridad responsable, deben tener las mismas oportunidades de defensa y ataque, y tienen las mismas obligaciones de conducirse con verdad, puesto que ambos, con sus mentiras, pueden hacer que el juzgador se forme una opinión distorsionada de la realidad.

## LA INCRIMINACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS Y DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO (CPH)

Roberto A. OCHOA ROMERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El iter criminis*. III. *La incorrecta regulación de la tentativa en el CPH*.

### I. INTRODUCCIÓN

En la práctica se presentan un gran número de casos en los que es difícil distinguir si nos encontramos ante un acto de *preparación* del delito o si, por otro lado, el hecho puede constituir un acto de *ejecución*.

En general, para efectos de distinción, se suele atender a distintos criterios no definitivos como el de la mayor o menor cercanía de ese acto en particular con la consumación del delito, con el de realización del verbo rector del tipo, el de la peligrosidad del autor o con el de la puesta en peligro del bien jurídico-penalmente protegido.<sup>1</sup> La cuestión sin duda constituye uno de los más grandes problemas del derecho penal.

No es, ni mucho menos, sencillo determinar el inicio de la *ejecución* del delito. Lo importante es, por tanto, lograr diferenciar, con

<sup>1</sup> Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, 8a. ed., Madrid, 1981, p. 736; Octavio de Toledo, Ubieta, E., Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 185 y 186.

buena técnica y con sólido soporte normativo, un supuesto de acto preparatorio de otro que en realidad es un verdadero acto de ejecución.

La diferencia no es cosa menor, pues en el caso de los actos de ejecución, éstos pueden ser incriminados bajo las reglas de la tentativa, mientras que en los de preparación del delito generalmente no será así;<sup>2</sup> salvo que, como sucede en el caso del Código Penal para el estado de Hidalgo, se encuentre expresamente previsto el castigo para los actos preparatorios. Por ello, y para lograr diferenciar tales supuestos, es absolutamente necesario delimitar, como se decía, la *preparación* del delito, de su *ejecución*.

De la decisión que se tome a favor de considerar un acto como propio de la preparación del delito o, de otra forma, como parte de la ejecución de éste, dependerá la impunidad del hecho desarrollado o su incriminación en la forma de una tentativa.<sup>3</sup>

Por ejemplo, cuando un sujeto adquiere en una ferretería un hacha con la firme convicción de que la utilizará más tarde para matar a su vecino a quien odia profundamente desde hace tiempo, ¿desarrolla ese sujeto sólo un acto de preparación del homicidio? ¿O en realidad de lo que se trata es de un verdadero acto de ejecución del delito que bien puede constituir una tentativa de homicidio? La cuestión cobra especial relevancia, en razón de que se trata de establecer si ese individuo debe responder criminalmente por el hecho particular, o si dicho acto debe quedar impune por ser irrelevante para el derecho penal.

La dificultad en torno a la señalada diferenciación, se reduce si acudimos, como señalan González Cussac y Orts Berenguer, a la descripción típica del delito en cuestión; ello permite determinar si ese particular acto forma parte de la *ejecución* del delito (integrándose en el campo de la realización de la conducta típica) o si, por otro lado, queda en la mera *preparación* del mismo.<sup>4</sup>

Lo cierto es que —aun cuando volveremos sobre el particular más adelante—, los actos que definitivamente pueden y deben ser sanciona-

<sup>2</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, 1998, p. 327.

<sup>3</sup> Con excepción de aquellos casos en los que la legislación penal de referencia, prevea de forma expresa el castigo para todos, o para ciertos y específicos actos preparatorios. Por ejemplo, los artículos 17 y 18 del Código Penal español, en donde se establece la incriminación de determinados actos preparatorios a manera de *numerus clausus*.

<sup>4</sup> González Cussac, J. L. y Orts Berenguer, E., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, Valencia, 2008, p. 210.

dos bajo las reglas de la tentativa (actos ejecutivos), requieren, como mínimo, de la producción, apreciable *ex ante*, de una situación objetiva de peligro (por lo menos abstracto) sobre el interés jurídico que la norma penal viene a proteger,<sup>5</sup> no siendo legítima la observación de tal situación de peligro sobre la base de la personalidad del autor o del peligro objetivo *ex post*. La base cognoscitiva que brinda la peligrosidad del autor —que no se puede admitir como criterio único—, permitiría el castigo de aquellos actos que pueden quedar simplemente en la manifestación del plan criminal (aun teniendo una revelación exterior) o en la ejecución de actos completamente inadecuados para la consumación del delito (tentativa inidónea).<sup>6</sup>

Sin embargo, siguiendo una marcada tendencia subjetivista,<sup>7</sup> el CPH dispone expresamente y, por cierto, de forma completamente abierta y por ello más invasiva, la incriminación de los actos preparatorios (*in genere*); además, con un formato igualmente amplio, prevé el castigo de ciertas formas de tentativa que, acorde con lo que más adelante se expondrá, no debieran ser objeto de incriminación.

Para lograr explicar por qué se considera que ciertas formas de tentativa (particularmente la denominada “tentativa inidónea”), concretamente en la manufactura con la que aparece regulada en el CPH, no debieran ser objeto de sanción penal, debemos, aunque sólo sea de forma muy somera, explicar los distintos momentos en los que se descompone la ejecución del delito, y más adelante, indicar los principios informadores del derecho penal que se entienden vulnerados o inobservados con dicha regulación.

Valga por ahora avanzar que, desde una perspectiva mixta, desde la cual se aborda mayoritariamente el tema de la tentativa,<sup>8</sup> esto es, teniendo en cuenta tanto su aspecto subjetivo como el objetivo, y por

<sup>5</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006, p. 384.

<sup>6</sup> González Cussac, J. L., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, en *Poder Judicial*, 2a. época, núm. 28, diciembre de 1992, p. 10.

<sup>7</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 375 y 381. Véase, *in extenso*, sobre las distintas posiciones doctrinales, Rey Sanfiz, L. C., *La tentativa jurídico-penal*, Madrid, 2001, pp. 21 y ss., en particular sobre la corriente subjetiva, pp. 44 y ss. Igualmente, sobre la postura subjetiva, Córdoba Angulo, M., *La tentativa*, Bogotá, 2001, pp. 21-24.

<sup>8</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, 2010, p. 418; Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986, pp. 32 y ss.

ello desde las exigencias dimanantes del principio de ofensividad, no parece justificado el régimen punitivo que el CPH dispensa para los actos preparatorios y para algunas formas de tentativa, en especial la inidónea, así como para el delito imposible.<sup>9</sup>

## II. EL *ITER CRIMINIS*

Es necesario abordar los distintos momentos en los que se descompone la realización de un delito para enmarcar debidamente el objeto del presente estudio. La discusión se coloca, por tanto, dentro de la teoría del denominado *iter criminis*, que constituye el proceso o sucesión de etapas que, partiendo del origen de la idea criminal, conforman la realización de un delito hasta su consumación.<sup>10</sup>

En efecto, cuando se habla del *iter criminis* se hace referencia al proceso de realización del delito; por ello, la teoría de ese proceso de desarrollo del delito, es también la teoría de las distintas etapas por las cuales transita la ejecución del delito con relevancia penal;<sup>11</sup> dentro de esas etapas se encuentra, precisamente, la de la tentativa.

Ese proceso que comprende la vida del delito, ha sido dividido unánimemente por la doctrina en dos fases: la *fase interna*, que tiene lugar en la mente y en el ánimo del autor, y la *fase externa*, en la cual se materializa o se manifiesta en el plano de los hechos la idea criminal.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> En México no es el CPH el único que prevé la incriminación de la denominada tentativa inidónea y de la tentativa con ausencia de bien jurídico o de objeto material (delito imposible). Se encuentran también en esa línea, los ordenamientos penales de los estados de Baja California, Baja California Sur, Coahuila (con especial exclusión de la tentativa supersticiosa), Guanajuato (con especial exclusión de la tentativa supersticiosa), Guerrero, Quintana Roo y Sinaloa.

<sup>10</sup> González Cussac, J. L. y Orts Berenguer, E., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 209; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, 1990, p. 771; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, 1999, p. 711; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Granada, 2002, p. 547.

<sup>11</sup> Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, Madrid, 2004, pp. 220 y 221; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, 1998, pp. 469-471.

<sup>12</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 374; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 326; González Quintanilla, J. A., *Derecho penal mexicano. Parte general y Parte especial*, 7a. ed., México, 2004, pp. 510-512; García García, R., *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible*, t. I, 3a. ed., México, 2006, pp. 59 y ss.

La fase interna se encuentra constituida por todos los momentos del ánimo a través de los cuales toma forma y se concreta, posteriormente, la idea criminal; esto es, que en la fase interna tiene lugar el nacimiento de la idea criminal, su valoración y su determinación o resolución.<sup>13</sup> Cobo y Quintanar distinguen dentro de esta fase a la *ideación* del delito; a la *deliberación*, anterior a la decisión de cometer o de abandonar la idea criminal; y, a la *resolución* criminal, en la que el sujeto se decide por la realización del delito.<sup>14</sup>

Es doctrina mayoritaria el reconocimiento de que la fase interna es por sí sola, penalmente irrelevante,<sup>15</sup> pues en definitiva con el pensamiento no se delinque (*cogitationem poena nemo patitur*).<sup>16</sup> El pensamiento que no viene acompañado de ningún tipo de manifestación externa (principio del hecho), está completamente fuera del alcance del derecho penal. Éste, el orden penal, sólo puede intervenir legítimamente ahí en donde la idea criminal se ha manifestado en el plano de los hechos. Por tanto, se hace necesaria la realización de un hecho criminal *per se*, como en el caso de los actos preparatorios punibles, o del inicio de la conducta típica imperfecta, dando lugar a la incriminación de la tentativa en cualquiera de sus formas.

La fase externa, en la que tienen lugar los actos de manifestación de la idea criminal, inicia con la exteriorización de la voluntad y pasa por la preparación y ejecución del delito, hasta llegar a su consumación.<sup>17</sup> Incluso, se habla de agotamiento del delito como aquel momento en

<sup>13</sup> Antón Oneca, J., *Derecho penal*, Madrid, 1929, p. 27; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 771.

<sup>14</sup> Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 221.

<sup>15</sup> Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 27; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 712; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 547; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 411; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 772. De acuerdo con este último autor, "ni siquiera la resolución criminal firmemente adoptada es punible". Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, 2a. ed., con la colaboración de Fermín Morales Prats, Navarra, 2007, pp. 577-579.

<sup>16</sup> Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 730 y 731; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 326; García Ramírez, S., *Derecho penal*, 3a. ed., México, 2007, p. 107; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, 13a. ed., México, 1997, p. 512.

<sup>17</sup> Esta fase comprende la manifestación de la decisión de cometer el delito, los actos preparatorios con relevancia externa, los de ejecución y la consumación del delito. Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 773.

el que se obtiene el propósito que previamente se ha marcado el autor, especialmente en los delitos de tendencia interna trascendente. Sin embargo, el llamado "agotamiento del delito" no desempeña ningún papel dogmáticamente hablando.<sup>18</sup>

En definitiva, el derecho penal ha de ocuparse de aquellos comportamientos humanos que tienen clara y directa injerencia en el mundo exterior, debiendo abandonar todas aquellas manifestaciones de la voluntad humana que no comportan ningún tipo de afectación a los bienes jurídicos que el orden jurídico protege en su conjunto, por muy abyectos que tales comportamientos pudieran ser; esto se traduce en que el derecho penal debe ocuparse sólo de aquellas conductas humanas que, teñidas de una particular subjetividad, produzcan consecuencias externas que alteren el orden social por la vía de la lesión o puesta en peligro de los mencionados intereses jurídicos.

Los comportamientos humanos que son resultado de la resolución de cometer un delito, aun siendo meros actos preparatorios, sólo pueden ser criminalmente relevantes en tanto supongan la creación de una situación *objetiva* de peligro para el bien jurídico-penalmente tutelado.<sup>19</sup> La incriminación de tales comportamientos sobre la base de la *demonstración* de la intención criminal, no posee ningún sustento objetivo que legitime la intervención estatal y desnaturaliza el carácter protector de la norma penal.

### 1. La separación entre la preparación del delito y su ejecución

Resulta fundamental para determinar el castigo de la tentativa, identificar con certeza el momento del inicio de la ejecución del delito.

Para ello, cabe anticipar que en términos generales la preparación del delito supone el desarrollo de ciertos actos que facilitarán su realización o *ejecución* posterior;<sup>20</sup> y se distingue de la simple

<sup>18</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 389; Del Rosal, J., *Derecho penal español (Lecciones)*, vol. 2, Madrid, 1960, p. 114; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 412; Sáinz Cantero, J., *Lecciones de derecho penal*, p. 800. De la misma opinión en México, González Quintanilla, J. A., *Derecho penal mexicano*, pp. 521 y 513.

<sup>19</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 713.

<sup>20</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 774. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 714.

manifestación de la voluntad criminal, en que la preparación supone el direccionamiento de los actos del sujeto a la ejecución posterior del delito, mientras que la manifestación no necesariamente integra dicha finalidad.<sup>21</sup>

Por su parte, la ejecución del delito requiere dar inicio a la realización del hecho típico, haciendo a un lado, naturalmente, la incriminación de los actos preparatorios.<sup>22</sup>

A pesar de lo apuntado, sigue surgiendo la duda sobre en qué momento se deja de preparar el delito y se inicia su ejecución, o dicho de otra forma, en qué momento se comienza con la realización del hecho típico y se hace posible su castigo por la vía de la tentativa.

El CPH agrava aún más la cuestión al prever un régimen genérico de sanción para los actos preparatorios, basado, exclusivamente, en la demostración *unívoca* del dolo del agente (fundamentación subjetiva), de forma tal que deja para el campo de la tentativa la realización de actos que *debieran* hacer aparecer el resultado (fundamentación objetiva).

Pero la pregunta sigue entonces sobre la mesa: ¿en qué momento se da inicio a la conducta típica?

#### A. Las distintas propuestas de solución al conflicto

La solución al problema sobre la frontera entre los actos preparatorios y los actos de ejecución del delito, se ha ofrecido desde diversas teorías que se han construido con base en criterios plenamente objetivos o plenamente subjetivos, o dentro de los criterios mixtos objetivo-subjetivos o subjetivo-objetivos.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 218.

<sup>22</sup> Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 736.

<sup>23</sup> González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", pp. 15 y 16, y la bibliografía allí citada; Farré Trepat, E., *La tentativa de delito*, pp. 5 y ss.; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 98 y ss.; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 380 y ss.; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 176 y ss.; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 781 y ss.; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2007, pp. 440 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 327-329; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 590-592; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, pp. 551-553; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, pp. 471-475.

Debe anticiparse, no obstante, que no parece fácil llegar a una solución unánime del problema, proponiendo una regla de determinación unitaria, precisa y con efectos generales, sino que la solución debe consistir solamente en la identificación de determinados principios formales que permitan, de forma casuística, la individualización del sentido de cada uno de los tipos penales.<sup>24</sup>

La corriente objetiva, como señala Del Rosal, sugiere que los actos preparatorios permanezcan en una zona periférica de la tipicidad, mientras que los actos ejecutivos son propios del núcleo de la tipicidad, de forma tal que los actos ejecutivos realizan el contenido esencial del tipo (núcleo).<sup>25</sup>

Esta tesis objetiva está relacionada con la incriminación también objetiva de la tentativa, en razón de que la acción ejecutiva produce una situación de peligro para el orden penal, mientras que los actos preparatorios carecen de peligro, siempre y cuando no se haga una declaración expresa sobre su peligrosidad y por tanto sobre su punición.<sup>26</sup> Sin embargo, sigue surgiendo la cuestión: ¿cuándo se realiza el contenido esencial del núcleo del tipo?

Por su parte, la posición subjetiva traslada la cuestión al punto de vista del autor, de forma que el módulo valorativo se desprende del tipo legal y se agranda de forma inadmisiblemente el espectro de aplicación de los actos ejecutivos. Por lo demás, se vuelve incompatible la perspectiva subjetiva del autor, con la objetiva de la norma.<sup>27</sup>

En efecto, como señalan Jescheck y Weigend, la propuesta subjetiva conduce a una ampliación del ámbito del castigo de la tentativa a costa de los actos preparatorios, al reconocimiento de la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y a la equiparación entre el castigo de la tentativa y el de la consumación, dado que en ambos casos la voluntad del autor es la misma.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 715.

<sup>25</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 99; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 29; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 779; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 415 y 416; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 521.

<sup>26</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 99.

<sup>27</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 99 y 100; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 736 y 737; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, p. 180.

<sup>28</sup> Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 552.

Por su parte, las soluciones mixtas recogen tanto aspectos de la corriente subjetiva como de la objetiva, teniendo en consideración tanto la voluntad del autor (tesis del plan del autor)<sup>29</sup> como el riesgo creado para el interés protegido por la norma.<sup>30</sup>

Un claro enfrentamiento entre la posición objetiva y la subjetiva se encuentra en la postura de Carrara, la cual sustenta la incriminación de la tentativa, en que a la razón de castigar, que aparece a propósito del daño ocasionado por el delito, y el cual no aparece en las tentativas, se sustituye la razón propia del riesgo corrido, éste hace las veces de daño y la acción constituye delito, “aunque falta la fuerza física objetiva y también aunque resulta incompleta su fuerza física subjetiva”.<sup>31</sup> En estos casos, como señala Carrara, cuando se habla de riesgo, se habla del riesgo corrido, no de aquel que es meramente futuro o por correr, puesto que aceptar el riesgo futuro o ideal como razón legítima para castigar, permitiría penar las malas intenciones o las inclinaciones depravadas, destruyendo los límites entre la moral y la ley positiva. El peligro así entendido, representa un riesgo que objetivamente existe como hecho en un momento dado, no a un peligro de mera previsión.<sup>32</sup>

En definitiva, la delimitación del principio de la ejecución, se ha venido realizando sobre la base de que, con él, ha de iniciarse la violación de la norma. De esta forma, la solución no debe versar sobre criterios delimitados, sino obedecer a una clara definición del *inicio de la conducta típica*.<sup>33</sup> Solución que pasa por la consideración ya apuntada de que los actos preparatorios son sólo elementos que facilitan la ejecución posterior del delito.

Como señalan Cobo y Vives, para solucionar el problema del inicio de la ejecución debe acudir a la tipicidad. La tipicidad delimita lo injusto penal por medio de los elementos que la integran, los cuales son de diversa índole, valorativo, material o lingüístico. Por tanto,

<sup>29</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 717, nota 27; Córdoba Angulo, M., *La tentativa*, pp. 23 y 24.

<sup>30</sup> Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 176 y ss.

<sup>31</sup> Carrara, F., *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, Buenos Aires, 2000, §6, pp. 61 y 62.

<sup>32</sup> Carrara, F., *Teoría de la tentativa y de la complicidad...*, §8, p. 62.

<sup>33</sup> Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 218.

se llega a la siguiente conclusión: “el principio de ejecución ha de limitarse a partir de todos los aspectos constitutivos de la infracción: la materialidad del hecho, el contenido del injusto y el conjunto de los datos típico-formales que la individualizan”.<sup>34</sup>

En efecto, no es posible generar una solución al conflicto, si no se tiene como base la propia descripción típica;<sup>35</sup> hacer lo contrario colocaría el estado de las cosas en el campo de la criminología o de la moral. La identificación del inicio de la ejecución no puede estar desconectada de la descripción típica del delito en cuestión, que en definitiva la nutre y limita; es desde ahí desde donde se puede advertir si la conducta desplegada da inicio a la ejecución del delito, o si queda completamente fuera de su espectro de aplicación (actos preparatorios no punibles) y por tanto del ámbito de incriminación de la tentativa.

De acuerdo con la tesis objetivo-material,<sup>36</sup> el principio de ejecución se produce “cuando el sujeto realiza actos tan íntimamente vinculados al tipo que sin ellos no pudiera ser realizado éste”;<sup>37</sup> sin embargo, debe aclararse que no puede limitarse la calificación de *actos ejecutivos* exclusivamente a los que son propios de la descripción típica (tesis objetivo-formal),<sup>38</sup> sino que deben ser tenidos por actos ejecutivos también los que están unidos de forma indisoluble con aquellos,<sup>39</sup> conformando una verdadera unidad de acción. Así, serán actos ejecutivos aquellos que aun cuando no actualizan el tipo (en cuyo caso habría que hablar del delito consumado), sí ponen en una situación de peligro el bien jurídico que la norma respectiva tutela,<sup>40</sup> legitimándose su incriminación.

<sup>34</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 719.

<sup>35</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 779; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 436.

<sup>36</sup> Sobre la distinción entre las teorías objetivo-formal y objetivo-material, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 715 y 716, notas 17 y 18; Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 230 y ss.

<sup>37</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 780.

<sup>38</sup> Sobre esta tesis, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 417-419.

<sup>39</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 780; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 431; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 338 y ss.

<sup>40</sup> Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 430 y ss., especialmente la nota 28 en la p. 437.

## 2. Los actos preparatorios. Su regulación en el CPH

Los actos preparatorios aparecen cuando el sujeto que ha decidido firmemente llevar a cabo el delito, realiza una actividad externa encaminada a facilitar su ejecución posterior.

De acuerdo con Sáinz Cantero, los actos preparatorios deben permanecer impunes y las razones que se invocan para justificar tal impunidad son bien diversas y van desde la perspectiva probatoria de tales actos preparatorios, hasta razones de política criminal, no conviniendo al derecho penal involucrarse en actividades meramente preparatorias que, no obstante, con frecuencia no terminan en actos de ejecución.<sup>41</sup> Pero fundamentalmente hay que decir, que tales actos no son punibles en tanto no representan un peligro para el bien jurídico-penal que la norma protege.<sup>42</sup>

La mejor doctrina es unánime en lo que respecta al rechazo de la incriminación genérica de los actos preparatorios; sin embargo, el CPH dispone en su artículo 14, primer párrafo, un régimen abierto de sanción, y por ello sumamente intervencionista, para los actos preparatorios.<sup>43</sup> La disposición aludida aparece con el siguiente texto:

Artículo 14. “Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente”.

Como se puede observar, el CPH establece un régimen de castigo completamente abierto –y por ello más represivo–, en lo que respecta a los actos preparatorios. No sucede, como en otras legislaciones, por ejemplo la española, en la que se establece, concretamente en los artículos 17 y 18 del Código Penal de 1995, la incriminación de ciertos y determinados actos preparatorios: la *conspiración*, la *proposición* y la *provocación*.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 774.

<sup>42</sup> Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 562.

<sup>43</sup> En opinión de Quintero, sólo es admisible, de manera excepcional, la incriminación de determinados actos preparatorios, ya que su incriminación genérica comporta importantes riesgos para las libertades individuales. Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 579.

<sup>44</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 775. Ampliamente, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 722-726.

En efecto, el sistema de punición español, de naturaleza más liberal en esta cuestión a partir del código de 1995, deja fuera del alcance del derecho penal, los actos preparatorios en los que no se den las notas de *concierto, invitación o incitación* con otros a otros del que los ejecuta y, por tanto, determina su impunidad.<sup>45</sup> Además, establece que los actos preparatorios únicamente serán punibles en los casos especialmente previstos en la ley.<sup>46</sup>

Así, el Código penal español establece la punibilidad de los actos preparatorios bajo un régimen de *numerus clausus*, y señala tal régimen de punición para los siguientes delitos: homicidio y asesinato; lesiones; detención ilegal; robo, extorsión, estafa, apropiación indebida; blanqueo de efectos del delito; tráfico de drogas; rebelión; delitos contra la Corona; asociación ilícita; sedición; delito de atentado; delitos de terrorismo; delitos de traición; y, delitos contra la comunidad internacional.

En cambio, el CPH establece la posibilidad de sancionar *cualquier* acto preparatorio, siempre que —aun cuando no se presenten las referidas notas de concierto, invitación o incitación para delinquir, que sustentan la peligrosidad de tales conductas particulares—, se manifieste en forma *unívoca* el dolo del agente.<sup>47</sup> La citada previsión de incriminación genérica de los actos preparatorios, no hace sino demostrar una posición proclive al autoritarismo,<sup>48</sup> que choca con la tesis de la impunidad de los actos de preparación, especialmente porque ésta se basa en la ausencia de una situación de peligro sobre

<sup>45</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 331.

<sup>46</sup> El artículo 17.3 del Código Penal español, dispone: “La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castiga en los casos especialmente previstos en la ley”. En este mismo sentido, el artículo 18.2 preceptúa: “La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea. Si de la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

<sup>47</sup> Uno de los planteamientos subjetivistas estructurados para la determinación del inicio de la ejecución del delito y, por ello, del comienzo de la tentativa es, precisamente, el de la “univocidad o equivocidad”, que se sustenta en la realización de actos que revelen suficientemente el ánimo delictivo del autor. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 337. Tal criterio amplía enormemente, como sucede en el CPH, el ámbito del inicio de la ejecución incriminando los actos preparatorios. En efecto, bajo el criterio de la univocidad, los considerados actos preparatorios en realidad constituyen verdaderos actos ejecutivos, propios del régimen penal de la tentativa. Para García Ramírez, la incriminación de los actos preparatorios no ha estado en el ánimo del legislador, García Ramírez, S., *Derecho penal*, p. 108.

<sup>48</sup> Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 580.

el bien jurídico y en la ausencia de injerencia respecto de la libertad ajena.<sup>49</sup>

Por lo demás, el término *unívoco*, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa, en su acepción de adjetivo calificativo, “que tiene igual naturaleza o valor que otra cosa”. Por tanto, la previsión de *demonstración unívoca del dolo del agente* para la incriminación de los actos preparatorios, implica un gran margen de discrecionalidad que no proporciona seguridad jurídica alguna y deja en manos del Estado la decisión de castigar. Este término, utilizado en el artículo 14, primer párrafo, como adverbio de modo, trae consigo la idea de unidad de significado, o de no posibilidad de equivocidad, lo cual quiere decir que los actos preparatorios serán punibles allá en donde demuestren, sin lugar a dudas, la intención criminal del agente.

Sin embargo, bajo tales directrices es imposible para el gobernado saber en qué casos desenvuelve una conducta que demuestra *unívocamente* su intención delictuosa y que, por tanto, podrá ser castigado bajo las reglas de los actos preparatorios punibles. Dicho de otra forma, ¿cómo puede estar cierto un gobernado de que realiza un acto propio de la tentativa de delito? Semejante previsión normativa no puede sino acarrear una limitación a la libertad de acción del ciudadano, bajo el pretexto de la prevención de delitos que no hace sino allanar el terreno para la intervención del Estado en parcelas de desarrollo individual en las que no hay todavía ninguna razón válida para sancionar.

Si tales actos preparatorios no se integran en definitiva dentro de la ejecución del delito, deben permanecer impunes por no poner en peligro ningún bien jurídico, esto es, que se trata de conductas carentes de lesividad, salvo que, como ya se mencionó a propósito de la legislación española, se reconozca específicamente su incriminación en razón de la ya referida puesta en peligro del bien jurídico tutelado.<sup>50</sup>

#### A. El régimen de sanción para los actos preparatorios en el CPH

Para los efectos de la aplicación de sanciones a los actos preparatorios, el propio CPH establece en su artículo 102, un margen de punibilidad

<sup>49</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 720 y 721.

<sup>50</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 780.

que alcanza hasta una cuarta parte de la pena que correspondería si el delito materia de los actos de preparación se hubiere consumado. El artículo en comento señala:

Artículo 102. "Los actos preparatorios que manifiesten en forma unívoca el dolo del agente, se sancionarán con una cuarta parte de la punibilidad que debiera imponerse si el delito se hubiera consumado".

El presente numeral reitera la tendencia marcada desde el artículo 14 primer párrafo del CPH, de sancionar indiscriminadamente los actos preparatorios, con el único requisito de que, con éstos, se demuestre *unívocamente* el dolo del agente. Se permite así, la incriminación de las intenciones.

La regulación que ofrece el CPH para los mencionados actos preparatorios, no puede resolver el problema del inicio de la ejecución de la conducta típica. De hecho, para demostrar *unívocamente* el dolo del agente —de la forma en que se exige en el CPH—, en realidad se requerirían verdaderos actos de ejecución,<sup>51</sup> ya que son éstos, precisamente, de los que se puede desprender con claridad el dolo del agente y, por otro lado, justificar la puesta en peligro del interés tutelado por la norma que es, como señalan Cobo y Vives, la última *ratio* delimitadora de la esfera punitiva.<sup>52</sup>

Por tanto, la confusión sigue existiendo y generando una grave inseguridad jurídica, particularmente en aquellos casos en los que queda a juicio del órgano de investigación y/o del juez, determinar cuándo se demuestra *unívocamente* el dolo del agente y cuándo el mismo acto necesariamente supone el inicio de la ejecución del delito.<sup>53</sup> Nada habría para resolver la cuestión si no es la base subjetiva que proporciona el propio plan del autor.

En el ejemplo del sujeto que adquiere un hacha en una ferretería, con la firme intención de utilizarla más tarde para privar de la vida a su vecino al que tanto odia, el artículo 14, primer párrafo, del CPH, no resuelve la pregunta inicial: ¿desarrolla ese sujeto sólo un acto de preparación del homicidio? ¿O en realidad de lo que se trata es

<sup>51</sup> García García, R., *Tratado sobre la tentativa*, p. 94.

<sup>52</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 721.

<sup>53</sup> Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 434-436, particularmente la nota 18 de la p. 434 y la nota 20 de la p. 435.

de un verdadero acto de ejecución del delito que bien puede constituir una tentativa de homicidio? ¿Ese acto concreto de compra del hacha, demuestra en forma *unívoca* el dolo del agente?

Bajo las reglas propuestas por el CPH, y partiendo de la influencia subjetivista del precepto, la conducta de compra del hacha podría ser punible; su incriminación quedaría simplemente sujeta a la decisión del órgano investigador o, en su caso, del juez, quienes determinarían si de dicho acto se desprende en forma *unívoca* el dolo del agente; el único referente que existiría en tales casos sería, necesariamente, el plan del autor. Así, queda a merced de la autoridad el inicio de la investigación y, en su caso, la tramitación del proceso sobre la base de un acto preparatorio punible.

Bajo esta regulación, la diferencia entre un acto preparatorio punible de homicidio y una tentativa del mismo delito es clara desde su fundamento, lo que los hace completamente incompatibles. En efecto, la diferencia entre una y otra figura es la *unívoca* demostración del dolo del agente para los primeros (posición subjetiva), *versus* la resolución exteriorizada de cometer un delito, ejecutando los actos que *debieran* hacer aparecer el resultado típico (posición objetiva), por lo que tendríamos que volver a preguntar: ¿en qué casos se demuestra de forma *unívoca* el dolo del agente? ¿Comprar un hacha en un lugar o municipio en donde se han estado cometiendo diversos homicidios, demuestra *unívocamente* el dolo del agente respecto de la ejecución de ese delito?

No cabe duda que con el régimen de incriminación genérico que aparece dispuesto en el artículo 14, primer párrafo, del CPH, se crea una dificultad aún mayor para distinguir el momento de preparación del delito, del momento del inicio de la conducta típica.

Al margen de ello, bajo la sistemática propuesta por el CPH, no hay lugar a dudas: ninguna de las fases de desarrollo del delito (salvo la interna), aun no constituyendo actos de ejecución, son impunes; siempre y cuando se pueda demostrar, *unívocamente*, el dolo del agente.

Pero el dolo del agente puede, incluso, demostrarse a través de actos que ni siquiera generan una situación objetiva de peligro para el interés que vocacionalmente tutela la norma (tentativa irreal o supersticiosa), lo que no es suficiente para su castigo; sin embargo, aun en esos casos, el CPH resuelve la cuestión a favor de su incriminación, operando un sistema de sanciones bajo la ya comentada corriente

subjetivista que privilegia el castigo de los actos preparatorios en función de la temibilidad o peligrosidad criminal;<sup>54</sup> aun cuando esa peligrosidad pueda estar seriamente cuestionada, concretamente, por los medios utilizados o por los actos desenvueltos para la supuesta consecución del resultado exigido por el tipo legal. No haría falta, por tanto, la creación de una situación objetiva de peligro,<sup>55</sup> sino que es suficiente la intención de cometer un delito, a pesar de que su real consumación sea imposible.

### 3. La tentativa acabada y la tentativa inacabada

Los actos preparatorios, como indica Mir Puig, presuponen que no ha iniciado la ejecución del hecho típico. Cuando el autor traspasa dicha fase de preparación e inicia la ejecución del delito, aparece la tentativa.<sup>56</sup>

El CPH sigue un sistema de incriminación abierto de la tentativa, esto es, que se admite esta forma de ejecución para cualquier delito.<sup>57</sup>

Es unánime la afirmación de que la tentativa es la única forma imperfecta de ejecución del delito. Ésta tiene como elemento esencial el inicio de la ejecución; además, se caracteriza por la no producción del resultado típico, ya sea porque el proceso de ejecución se interrumpe o porque, completado éste, el resultado no acontece.<sup>58</sup> Doctrinalmente, y con el suficiente anclaje normativo, se reconocen dos formas de tentativa: la acabada y la inacabada.

<sup>54</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 713, especialmente la nota 7; González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 12; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, pp. 27-29.

<sup>55</sup> Así se aprecia con la previsión de sanción para la tentativa con inidoneidad de los medios empleados.

<sup>56</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 336; Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., t. III, Madrid, 1999, p. 20. Véase un interesante punto de vista sobre la separación entre actos preparatorios y actos de ejecución, en Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 588 y 589.

<sup>57</sup> En opinión de Quintero, la tentativa será posible sólo en aquellos delitos de resultado material, no siendo viable en aquellos que por su estructura no requieran de dicha categoría de resultado. Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 587, 588, 592 y 593; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 426. Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 530. En contra, Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, pp. 563-565.

<sup>58</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 727.

La tentativa inacabada puede definirse como la ejecución parcial del delito, cuando ésta no es completada por el autor y por causas ajenas a su voluntad; mientras que la tentativa acabada representa la realización de todos aquellos actos que de ordinario debieran hacer aparecer el resultado típico, cuando éste no acontece, también, por causas ajenas a la voluntad del agente.<sup>59</sup>

La tentativa está integrada, desde el punto de vista conceptual, por tres elementos:<sup>60</sup> 1. La resolución de ejecutar el delito. 2. La exteriorización de la resolución de cometer el delito por medio de actos ejecutivos. 3. La ausencia de terminación de la fase ejecutiva por causas ajenas al actuante.

El CPH, disciplina el régimen de la tentativa en su artículo 14, párrafos segundo, tercero y cuarto, de la siguiente forma:

Artículo 14. [...]

"Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo en parte o totalmente, los actos que deberían producir o evitar el resultado, si aquéllos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

"Es punible la tentativa cuando el delito no se pudiera consumir por inidoneidad de los medios.

"Será punible cuando el delito resulte de imposible consumación por la inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material".

La tentativa es una forma imperfecta de ejecución del delito,<sup>61</sup> cuyo elemento indispensable consiste en el inicio de la ejecución del mismo, es decir, que es necesario el inicio de la ejecución (elemento objetivo) sin la producción del resultado típico, ya sea porque el intento fracasa, ya porque no se ha completado la ejecución, o bien porque aun perfeccionada, no aparece el resultado típico. En ambos

<sup>59</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 384 y 385; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 107 y 108; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 593.

<sup>60</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 95; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 734 y 735; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 337; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 553; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 519.

<sup>61</sup> Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 725; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 29.

supuestos de tentativa, acabada e inacabada, el querer del agente ha de abarcar tanto los actos que se realizan como la totalidad de los elementos del delito consumado (elemento subjetivo).<sup>62</sup>

En el estado de Hidalgo, a propósito del régimen genérico de incriminación de los actos preparatorios, existe un serio problema para efectos de distinguir cuándo una conducta constituye un acto preparatorio y cuándo, esa misma conducta, es propia de la ejecución del delito. Sobre todo si se parte sólo de la base de la acreditación *unívoca* del dolo del activo, el cual puede desprenderse con claridad de los actos ejecutivos, pero también de otros actos irrelevantes para el derecho penal como el intentar privar de la vida a una persona mediante las técnicas del vudú.

En tales condiciones, si para calificar un acto preparatorio como punible, simplemente se necesita demostrar *unívocamente* el dolo del agente, y si, la mejor forma de demostrar el dolo del agente es precisamente a través de los actos de ejecución del delito, muy probablemente todas aquellas manifestaciones de la voluntad en las que se aprecie (siempre a juicio de la autoridad) el dolo del agente, podrían ser considerados actos de ejecución y por tanto sujetos de sanción a través de las reglas de la tentativa, lo que amplía inaceptablemente el espectro de aplicación de los actos de ejecución a aquellos en los que se demuestre la intención criminal del activo. Y si a todo esto le sumamos que el CPH incrimina la tentativa inidónea y el delito imposible (ausencia de objeto o de bien jurídico), la adopción del positivismo criminológico está por demás fuera de dudas.<sup>63</sup>

Como se anticipó, la doctrina ha reconocido y distinguido actualmente dos tipos de tentativa que igualmente aparecen recogidas en el artículo 14 CPH: la tentativa acabada y la inacabada.

Puede decirse técnicamente, que la tentativa acabada, en la medida en que supone la realización de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado sin que éste se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto actuante, coincide con la antigua frustración. En tanto que la tentativa inacabada supone la ejecución de una parte de los actos que deberían producir el resultado y, por causas ajenas a la voluntad del agente, éste no se produce.

<sup>62</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 727.

<sup>63</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 104.

La tentativa, por tanto, comporta las mismas exigencias que la realización completa del delito, pudiéndose hacer las distinciones debidas a través del análisis de los elementos que la integran.<sup>64</sup>

1. *Elemento objetivo*. Esto es, la realización de actos ejecutivos. Estos actos ejecutivos deben, a su vez, *presentar la nota de idoneidad abstracta* para alcanzar la consumación, en el sentido de que los citados actos ejecutivos revistan al menos el carácter de virtualmente lesivos del bien jurídico protegido.<sup>65</sup>

No se exige la realización de los actos que se señalan taxativamente en el tipo legal, sino sólo de aquellos que sean necesarios para llevar a cabo el tipo de injusto; por tanto, el elemento objetivo de la tentativa comprende todos los actos relativamente idóneos para la producción del resultado<sup>66</sup> (el CPH impone como requisito la realización de actos que *debieran* hacer aparecer el resultado, lo que denota la necesidad de idoneidad abstracta).

2. *Elemento subjetivo*. Esto es, la resolución delictiva, que debe orientarse en una doble dirección, en el sentido de abarcar por una parte, los actos que se realizan y, de otra dirigirse a la realización de la totalidad de los elementos del delito consumado.<sup>67</sup> Este elemento excluye la posible convivencia entre tentativa e imprudencia.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, pp. 62 y ss.

<sup>65</sup> Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 428 y 430. Conforme a lo dicho por Mayer, la tentativa debe ser castigada en virtud de que con el principio de ejecución se logra colocar en una situación de peligro el bien jurídico; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 728; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 600.

<sup>66</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 385 y 386; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 95; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 739.

<sup>67</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 784 y 785. Distingue entre el dolo de la tentativa acabada y el de la tentativa inacabada, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 343-345. Para este autor la identidad subjetiva existe entre la tentativa acabada y el delito consumado, no así con la tentativa inacabada; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 589 y 590. Críticamente Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, pp. 206 y ss.

<sup>68</sup> De acuerdo con Bustos y Hormazábal, no es posible la ejecución de la tentativa con dolo eventual, en razón de que éste conserva la estructura de la imprudencia, a la que se aplica la pena del delito doloso únicamente por razones de política criminal. Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 385; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 735; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*,

### A. La tentativa inidónea

Como señala Quintero, existe tentativa inidónea "si el proceso causal emprendido es inadecuado al tipo, y por consiguiente no lo puede realizar".<sup>69</sup>

Los párrafos, tercero y cuarto del artículo 14 del CPH, contemplan la incriminación de la denominada tentativa inidónea y del delito imposible. De acuerdo con dicho numeral, es punible la tentativa cuando el delito *no se pudiera consumir por inidoneidad de los medios*, así como cuando éste resulte de *imposible consumación* por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material.<sup>70</sup>

Esta previsión es muestra de la ya señalada influencia del subjetivismo y coloca el centro de la desvaloración del hecho en la actitud interna del sujeto,<sup>71</sup> o bien, en términos finalistas, en el desvalor de acción, abandonando para todos los efectos de incriminación, la puesta en peligro del bien jurídico que la norma tutela (desvalor de resultado).

No cabe duda de que es insuficiente la sola actitud emocional del sujeto que realiza la conducta, para sancionar el hecho a través de los criterios propios de la tentativa. Hace falta en tales supuestos la creación de una situación de peligro, decíamos cuando menos abstracto, que gravite sobre el interés que la norma protege para legitimar la intervención penal. Tal situación de peligro debe ser valorada

p. 785; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 415 y 416; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 426, 432 y 433; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 728 y 730; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 326 y 330; Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 123-128; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 473; González Quintanilla, J. A., *Derecho penal mexicano*, p. 514; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 529. A favor de su apreciación, Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 594 y 595; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 554; Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, pp. 216 y 217.

<sup>69</sup> Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 600.

<sup>70</sup> Para Mayer ambos casos se encuadran dentro de la denominación de tentativa inidónea. Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 439. Además, conforme a lo expuesto por el citado autor, la tentativa inidónea, cuando parte de la inidoneidad del objeto, se refiere al objeto del hecho y no al objeto tutelado, con lo que la referencia que hace al respecto el CPH devendría innecesaria.

<sup>71</sup> En el mismo sentido, Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 104 y 105; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 389; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, p. 180.

siempre *ex ante*, y no *ex post*,<sup>72</sup> por lo que la incriminación de la tentativa absolutamente inidónea, ya sea ésta por ausencia de objeto o por inadecuación en los medios empleados, tendrá que ser impune.

En efecto, en el caso de la llamada tentativa inidónea, especialmente cuando lo es por la ineficacia absoluta de los medios empleados o, cuando siendo éstos eficaces, aparece la inexistencia del bien jurídico o del objeto material (delito imposible),<sup>73</sup> la acción se desenvuelve en circunstancias bajo las que no posee la potencialidad lesiva necesaria para colocar en una situación de peligro al bien jurídico que la norma protege, por lo que para efectos de incriminación, se traslada el criterio legitimador del castigo a la peligrosidad del individuo, soslayando la parte objetiva, lo que no permite evidentemente su consideración típica.

Para mayor precisión, en estos supuestos cabe distinguir, como se avanzó, entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea.<sup>74</sup> La primera, que sin duda debe ser completamente impune como se ha dicho, supone la realización de actos que bajo ninguna circunstancia podrían hacer aparecer el resultado típico,<sup>75</sup> mientras que la segunda, la relativa, implica la realización de actos que, en diferentes circunstancias de ejecución, sí podrían producir el resultado típico.<sup>76</sup> En el segundo caso, el resultado no acontece por razón de una ejecución inadecuada del hecho por parte del activo, sin que la inidoneidad afecte necesariamente a los medios considerados también *in abstracto*, que en circunstancias ejecutivas distintas, sí harían posible la aparición del resultado.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> En el mismo sentido, Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 478.

<sup>73</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 790 y ss.; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, pp. 569 y ss.

<sup>74</sup> Véase, sobre esta distinción, Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 389 y 390; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 30; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 182-183 y 198-200; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 782 y 790; Córdoba Angulo, M., *La tentativa*, pp. 63-70; González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", pp. 17 y ss.; Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 360-362; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 439 y ss.; Rey Sanfíz, L. C., *La tentativa jurídico-penal*, pp. 25-27.

<sup>75</sup> Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 571; Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, pp. 14 y 15.

<sup>76</sup> Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 743 y 744.

<sup>77</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 104 y 105 y los ejemplos allí propuestos.

En definitiva, entender que la tentativa absolutamente inidónea debe ser punible (por ejemplo, intentar producirle un aborto a una mujer que no está embarazada utilizando agua azucarada), traería consigo la desnaturalización de la tentativa misma, pues allá en donde no existe, desde la parte objetiva de la cuestión, un inicio de la ejecución y, por ello, una puesta en peligro del bien jurídico tutelado que sea evaluable *ex ante* (que en este caso es evidente también por la inidoneidad absoluta del medio empleado), falta una parte fundamental para la incriminación de la tentativa, o si se desea, la falta de peligro sobre el bien jurídicamente protegido, tira por tierra la incriminación de la tentativa desde la perspectiva del principio de ofensividad, por lo que el hecho debe resultar impune.

En los casos de tentativa absolutamente inidónea, no existe un comienzo de ejecución, por lo que su previsión como conducta sancionable, supone una intromisión del Estado allá en donde no existe ningún interés que proteger.<sup>78</sup> Ello supone, como refiere acertadamente González Cussac, entrar en el campo del totalitarismo y de la voluntad del Estado por encima de la función protectora de la norma.<sup>79</sup>

Es incorrecta, por tanto, la previsión que aparece en el artículo 14 del CPH a los efectos de incriminar la tentativa inidónea. Cuando ésta es absolutamente inidónea, deben aplicársele las reglas del error inverso sobre el tipo, generando total impunidad.<sup>80</sup>

La referencia normativa a tal distinción es innecesaria si entendemos, como no podría ser de manera distinta, que la tentativa cuando es relativamente inidónea como se ha dicho, puede ser abordada bajo las mismas reglas de la tentativa en general, lo que hace innecesaria la distinción.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Para Jescheck, la tentativa inidónea es punible en tanto en cuanto no resulte completamente inadecuada para afectar el sentimiento de seguridad de la colectividad. Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 569.

<sup>79</sup> González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 10.

<sup>80</sup> González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 24; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 744; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 791.

<sup>81</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 390; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 423.

### B. El régimen de sanción para la tentativa en el CPH

Al igual que para los actos preparatorios punibles, el CPH establece puntualmente cuáles son los rangos de punibilidad para la tentativa, haciendo el distingo entre tentativa en general y tentativa "de realización imposible".

Los márgenes de punibilidad para estos casos, están previstos en los artículos 103 y 104 del citado Código, los cuales serán analizados en forma separada:

Artículo 103. "La punibilidad en caso de tentativa, será las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado de referencia.

"Cuando en caso de tentativa no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, se aplicará de tres meses a cinco años de prisión y multa de 10 a 200 días".

El primer párrafo del artículo 103, siguiendo un criterio objetivo, establece un rango de punibilidad que opera reduciendo en dos terceras partes la pena correspondiente al delito consumado. Así, es evidente que el CPH aborda el tema de la tentativa, por así decir, idónea, conforme a criterios objetivos, lo cual permite diferenciar el rango de punibilidad entre ésta y el delito consumado de referencia, en función, naturalmente, del resultado.

No obstante, en el segundo párrafo del citado artículo 103, aparece nuevamente la perspectiva subjetiva ya anunciada a propósito de la incriminación de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea, pues se permite el castigo de la tentativa aun en aquellos casos en los que no sea posible determinar el daño que se pretendía causar. En tales condiciones, pierde nuevamente protagonismo el elemento objetivo de la puesta en peligro del bien jurídico, en cuanto lo que interesa es el ánimo del sujeto para cometer un delito.

De esta guisa, la disposición acarrea grandes problemas de legitimidad desde la perspectiva del principio de legalidad, particularmente en sus vertientes de garantía penal y criminal. Esto es así, porque si no es posible determinar el daño que se pretendía causar, quiere decir que no existiría forma de establecer cuál es el tipo penal de

referencia,<sup>82</sup> esto es, el delito que se pretendía consumir, con lo cual, la disposición en comento se construye sobre la base del castigo del ánimo criminal con total violación del fundamental principio *nullum crimen, nullum poena, sine lege*.

Por otro lado, sin perjuicio de que se vuelva sobre el particular en la parte final de este análisis, resulta imposible calificar positivamente el juicio de proporcionalidad de la disposición en comento, en razón de la imprecisión que produce el desconocimiento del potencial daño. La sanción que pudiera imponerse bajo esta premisa, sería a todas luces inconstitucional por violar el artículo 22, primer párrafo, *in fine*, de la Constitución general de la República.

Ahora bien, el régimen de sanción para la tentativa está plasmado de forma diferenciada, según se trate de tentativa idónea o de tentativa, como el propio Código señala, "de realización imposible". La disposición que se ocupa de esta última hipótesis aparece en los siguientes términos:

Artículo 104. "En el caso de tentativa de realización imposible a que se refieren los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 de este Código, se aplicará una tercera parte de la punibilidad que debiera imponerse si el delito se hubiese podido consumir".

La presente disposición se fundamenta en un análisis *ex post* de la acción propia de la tentativa.

En efecto, para la determinación del *quantum* de pena que corresponde a las distintas hipótesis de tentativa inidónea, se atiende al criterio de la posibilidad de consumación contenido en la frase "...si el delito se hubiese podido consumir".

En primer lugar, es evidente que el criterio de valoración *ex post*, no es adecuado para determinar la capacidad lesiva de la conducta desplegada por el activo, fundamentalmente porque la potencialidad

<sup>82</sup> Como opinan Muñoz Conde y García Arán, la tentativa es una causa de extensión de la pena que adquiere sentido, siempre y cuando se la relacione con la correspondiente norma penal en la que se describe el supuesto de hecho del delito consumado. Así, el castigo de la tentativa tiene el mismo fundamento que el castigo del delito consumado de referencia: la lesión del bien jurídico, que en la tentativa siempre será una puesta en peligro (criterio objetivo) y la voluntad de lograr la lesión típica (criterio subjetivo); si alguno de tales elementos falta, no puede apreciarse la tentativa. Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 414-416.

lesiva de la acción debe valorarse con anterioridad al fracaso del plan criminal, ya sea por inidoneidad de los medios o por inexistencia del objeto; el criterio de valoración *ex post*, desatiende la situación de peligro creada para el bien jurídico *ex ante*, cuando la tentativa es, cuando menos, relativamente inidónea o cuando ésta se dirige debidamente en contra de un objeto que, posteriormente, se determina inexistente o no presente en el lugar de desarrollo de la conducta.

Así, es irrefutable la contradicción en que incurre el legislador del estado de Hidalgo, al sustentar la incriminación de la tentativa inidónea a través de criterios puramente subjetivos, para después pretender soportar su régimen sancionatorio sobre criterios puramente objetivos o de probabilidad de daño. Se trata de posturas completamente incompatibles que, por ser tales, no pueden legítimamente explicar la razón del castigo.

Cabe decir, finalmente, que si el delito jamás se hubiese podido producir, como en todos los casos de tentativa absolutamente inidónea, los supuestos contemplados en los dos últimos párrafos del artículo 14 CPH, contrariamente a lo ahí preceptuado, no podrían ser punibles precisamente por no comportar ningún régimen de peligro para el bien jurídico tutelado.

Las disposiciones que contemplan la punibilidad de las distintas formas de tentativa, y aquellas que prevén el régimen de aplicación de sanciones para éstas, no pueden encontrarse desconectadas en cuanto a su fundamento (subjetivo vs. objetivo), es indispensable que la interpretación que se realice de todas ellas, pueda obedecer a un mismo criterio que propicie las condiciones de seguridad necesarias para legitimar su aplicación. Y este criterio no puede ser otro sino el que propiamente sustenta la incriminación del delito consumado: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

#### 4. La cuestión del desistimiento y del arrepentimiento activo

Uno de los elementos fundamentales para la apreciación de la tentativa punible, es precisamente la no aparición del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, ya sea que el proceso causal se interrumpa o que, aun terminado, el resultado no acontezca. Por tanto, para aquellos casos en los que la interrupción del curso causal

o la no aparición del resultado se deban a la intervención *voluntaria* del agente, el CPH dispone una causa de exclusión de la punibilidad.

Así es, los supuestos de abandono voluntario del proceso ejecutivo del delito y de impedimento de la aparición del resultado, son recogidos normativamente en el artículo 15 del CPH. En este numeral se contemplan los institutos del desistimiento y arrepentimiento activo,<sup>83</sup> respectivamente, con la siguiente redacción:

Artículo 15. "Si el sujeto espontáneamente desistiere de la ejecución o impidiere la consumación del delito, su conducta no será punible. Si los actos ejecutados u omitidos constituyen por sí mismos delito, se le impondrá la pena o medida de seguridad que corresponda".

El señalado artículo 15 comprende, primero, dos supuestos bajo los cuales se actualiza una exigente de responsabilidad criminal, consistentes en *desistir de la ejecución o impedir la consumación del delito*.

Las señaladas conductas, identificadas con los institutos del *desistimiento y arrepentimiento activo*,<sup>84</sup> respectivamente, presentan claras diferencias que vienen dadas, primero, por la tendencia positiva o negativa de la conducta en que se reflejan o materializan y,

<sup>83</sup> Véase ampliamente, sobre la figura del desistimiento en la tentativa, las obras de Alcaer Guirao, R., *¿Está bien lo que bien acaba?: la imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Granada, 2002; Martínez Escamilla, M., *El desistimiento en derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid, 1994; Núñez Paz, M. A., *El delito intentado: (fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa)*, Madrid, 2003; Pozuelo Pérez, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, 2003. En la doctrina italiana, por todos, Tolomei, A. D., *Il pentimento nel diritto penale*, Turín, 1927.

<sup>84</sup> Actualmente han aumentado los partidarios que prefieren denominar esta figura como "desistimiento activo" en los casos de tentativa acabada; sin embargo, coincidimos con la postura de Jiménez Díaz en razón de que "nada impide seguir empleando la expresión "arrepentimiento activo" en referencia a la evitación voluntaria del resultado en supuestos de tentativa acabada, ya que recoge adecuadamente lo que se pretende definir: *arrepentimiento*, porque la iniciativa de evitar la consumación surge tras la completa ejecución de los actos (no es viable desistir de lo que ya se ha hecho); y *activo*, por necesitar de la realización de actos positivos dirigidos a impedir la producción del resultado". Jiménez Díaz, M. J., "Comentario al artículo 16", en *Comentarios al Código Penal*, varios autores, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, t. I, Madrid, 1999, p. 805. En el mismo sentido, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 731; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 187 y 188.

en segundo lugar, por la forma de tentativa dentro de la que están llamadas a operar.<sup>85</sup>

El *desistimiento* implica un *no hacer o dejar de hacer*<sup>86</sup> por parte del agente; supone detener el proceso causal del delito al grado de evitar, cuando la ejecución sigue siendo posible,<sup>87</sup> el resultado esperado produciendo la impunidad de la tentativa.<sup>88</sup>

Como señala Antolisei, "el desistimiento se da cuando el agente, después de iniciada la ejecución del delito, cambia de propósito e interrumpe su actividad delictuosa".<sup>89</sup> El desistimiento así entendido conduce, inexorablemente, al supuesto de tentativa inacabada.<sup>90</sup> Por lo tanto, en este supuesto hablamos de actos impunes en razón de que el desistimiento, como abandono de la actividad criminal, es una *causa voluntaria* que impide la consumación del delito,<sup>91</sup> aniquilando la imputación de la tentativa, sobre todo, "si el desistimiento de la acción fue atribuible exclusivamente a la voluntad de su autor,

<sup>85</sup> Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 458 y ss., especialmente la nota 72; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 425.

<sup>86</sup> Antolisei, F., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, 1988, p. 359.

<sup>87</sup> "El abandono de la "ejecución" está vinculado a que siga siendo posible", pues cuando ya no se puede actuar, tampoco es posible abandonar una ulterior ejecución. Así, resulta claro que cuando se ha reconocido la imposibilidad de actuación, "ni siquiera se puede seguir intentando". Roxin, C., "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, p. 251. Más adelante señala el mismo Roxin (p. 265), "mientras el autor pueda seguir actuando con perspectivas de éxito y sin aumento del riesgo que corre, conforme a las normas de la profesión criminal sería muy irrazonable (muy ilógico) echarse atrás"; justamente por eso, el autor que abandona su designio criminal aun a sabiendas de que tiene posibilidades de éxito, actúa en desistimiento voluntario en claro signo de retorno a la legalidad.

<sup>88</sup> Si "el desistimiento *anula* la tentativa, supondrá, en efecto, la desaparición de las razones político-criminales de la punición de la misma. El castigo de la tentativa no sólo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de la pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena. Lo que resulta es, en efecto, un intento que se ha demostrado (*ex post*) incapaz de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, esto es, a la voluntad del agente". Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 350.

<sup>89</sup> Antolisei, F., *Manual de derecho penal*, p. 358.

<sup>90</sup> Jiménez Díaz, M. J., "Comentario al artículo 16", p. 804.

<sup>91</sup> Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Parte general, vol. I, Buenos Aires, 1944, p. 256.

siempre que ocurriese en un momento en el cual no había sido aún violado ningún derecho".<sup>92</sup>

Así, como requisitos del desistimiento pueden identificarse:<sup>93</sup> a) *Un elemento subjetivo*. Este elemento se resume en que el desistimiento ha de ser voluntario,<sup>94</sup> es decir, la decisión a cargo del autor de no llegar hasta la consumación del delito, aunque pudiera llegar a ella. Si el desistimiento del autor no es voluntario, esto es, se produce por causas ajenas a su voluntad, nos hallaremos ante supuestos de tentativa punible. b) *Un elemento objetivo*. El elemento objetivo comprende la evitación de la consumación del delito, cuando dicha consumación todavía es posible.

Finalmente, el *arrepentimiento activo* implica una actividad en sentido positivo,<sup>95</sup> que se desenvuelve a modo de *contraconducta* y que tiene por efecto detener el proceso causal ya en acto.<sup>96</sup> El arrepentimiento activo tendrá lugar en los casos en los que el autor ha ejecutado en su totalidad el proceso ejecutivo del delito, evitando eficazmente en última instancia la aparición del resultado.<sup>97</sup>

En este último caso, la excluyente de responsabilidad es posible tanto cuando es el propio autor quien impide eficazmente la aparición del resultado típico, como cuando es él quien desencadena o provoca

<sup>92</sup> Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal...*, p. 260.

<sup>93</sup> Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, pp. 231 y 232; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 108 y 109.

<sup>94</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 387 y 388; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 191 y ss.; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 796; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 458 y ss.; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 596-598.

<sup>95</sup> De Vicente Remesal, F. J., *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985, pp. 49 y ss.; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 599.

<sup>96</sup> Quintanar Díez, M., *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Madrid, 1996, p. 279; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 600.

<sup>97</sup> Tanto el desistimiento, como la retirada activa (arrepentimiento activo), "están en correlación con los dos estadios que pueden presentarse en la tentativa: durante la fase de la tentativa "incompleta" el abandono del propósito delictivo se manifiesta en la forma de desistimiento; en la fase de la tentativa "completa", es decir, cuando la actividad ejecutiva se ha cumplido, pero no se ha producido todavía el resultado, no puede bastar la simple inactividad: es necesario que el agente se haga activo", interrumpiendo el resultado. Antolisei, F., *Manual de derecho penal*, p. 358; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 388; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 353.

los actos que, a cargo de terceras personas, logran impedir eficazmente la consumación del delito.<sup>98</sup>

#### A. La tentativa cualificada

En segundo lugar, el artículo 15 CPH establece que, para el caso de que los actos ejecutados u omitidos constituyeren por sí mismos delito, se aplicará la pena o medida de seguridad que corresponda. De esta guisa, el *desistimiento* y el *arrepentimiento*, en su caso, originan la *impunidad del hecho*, siempre y cuando los actos de ejecución que tienen lugar durante la tentativa, *per se*, no constituyan delito.

La justificación de dicho régimen de impunidad, viene dada, fundamentalmente, desde dos perspectivas cimentadas, una sobre la teoría del premio y la otra desde la falta de necesidad de pena.

Conforme a las teorías premiales, a la razón de castigar que surge de la consumación del delito, se enfrenta la razón del *premio* para aquel que abandona la ejecución.<sup>99</sup> Por su parte, las corrientes que sustentan el citado régimen de impunidad sobre la base de la falta de necesidad de pena, entienden que la razón de tal impunidad que acarrea el desistimiento en la tentativa, obedece a que, sencillamente, en tales casos la pena no cumple con las funciones preventivas que el ordenamiento jurídico puede encomendarle; no se cumplen ni las funciones de prevención especial respecto del sujeto que decide comportarse con arreglo a derecho, ni tampoco de prevención

<sup>98</sup> Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 461.

<sup>99</sup> Dentro de las teorías que se han construido para explicar el fundamento de la impunidad en el desistimiento, aparecen las llamadas "Teorías premiales", que ven en la impunidad una recompensa o premio que se concede al autor que abandona la ejecución del delito. Como señala Muñoz Conde, bajo el nombre de teorías premiales se integran "dos formas distintas de fundamentar la impunidad por desistimiento; por un lado, se considera dicha impunidad como una *retribución premial* que, frente a la idea de retribución sancionadora, supone un *premio o recompensa* concedido al autor por su comportamiento y que, por tanto, éste merece; por otro, se ve en la impunidad un acto de gracia del Estado que renuncia al ejercicio de su poder punitivo". Muñoz Conde, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona, 1972, pp. 26 y 27; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 188 y 189. Los autores aquí citados son partidarios finalmente de la tesis de la falta de necesidad de pena.

general, en tanto que la norma ha cumplido su función motivadora en tal sentido.<sup>100</sup>

En efecto, el fundamento de la impunidad que produce el desistimiento en la tentativa, se atribuye a criterios puramente político-criminales, contruidos sobre la base de que en estos casos la pena sería totalmente contraria a los principios político-criminales que informan al sistema penal, los cuales animan al legislador para disponer que, ante el desistimiento, deja de haber tentativa punible.<sup>101</sup>

Se trata, en definitiva, de una causa de exclusión de la punibilidad,<sup>102</sup> cuyo fundamento, como se señalaba *ut supra*, se relaciona con las denominadas *teorías de la desaparición de los fines de la pena*.<sup>103</sup>

Jeschek sostiene la teoría del premio para fundamentar la impunidad en el caso del desistimiento de la tentativa, en el sentido de que “quien desiste voluntariamente y evita la consumación o se esfuerza seriamente en ello aun cuando de todos modos aquélla tiene lugar, en la comunidad se compensa parcialmente la impresión jurídicamente perturbadora de su hecho y, a causa de ello, merece indulgencia. A ello se añade que el injusto de la tentativa es compensado hasta cierto grado por el contrapeso que supone su actuación meritoria”.<sup>104</sup>

No habría impunidad, naturalmente, cuando los actos ya ejecutados por el agente fueran constitutivos de algún otro delito.

El denominado “puente de oro” de Von Liszt,<sup>105</sup> expresión ya clásica que se utiliza para explicar el instituto del desistimiento, descansa

<sup>100</sup> Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 188 y 189. En contra Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 579. Véase, sobre las señaladas funciones de prevención especial y prevención general, Ochoa Romero, R. A., *La justificación de la pena*, México, 2010.

<sup>101</sup> Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 596.

<sup>102</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 387; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 427; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 189 y 190; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 794 y 795; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 424; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 456-458; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 731; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 350; Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, pp. 20-23; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 589, aunque en contra del fundamento político-criminal de la impunidad.

<sup>103</sup> Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 188 y 189. En este sentido también, Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 475.

<sup>104</sup> Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 579.

<sup>105</sup> Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, p. 20.

en la idea de que el autor que dio inicio a la ejecución del delito, desarrolla un acto *contrario* al curso causal y evita la consumación del delito. Sin embargo, el premio que constituye la total impunidad, está condicionado a que no se haya incurrido en algún otro delito durante la tentativa, supuesto que se conoce como *tentativa cualificada*.<sup>106</sup>

## 5. La consumación y el agotamiento del delito

La consumación del delito tiene lugar cuando se realizan completamente los actos que actualizan los elementos del tipo de injusto de que se trate,<sup>107</sup> esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él, sino también y plenamente el resultado típico, produciéndose de modo completo el desvalor global de la figura delictiva.<sup>108</sup>

De acuerdo con Bustos y Hormazábal, la diferencia que existe entre el delito consumado y la tentativa, estriba en la forma en que cada uno afecta al bien jurídico que la norma protege. En la tentativa, siempre habrá una puesta en peligro del interés penal tutelado, mientras que en la consumación, habrá una puesta en peligro o una lesión al bien jurídico, según la forma en que se encuentre normativamente prevista la consumación.<sup>109</sup> La referencia con el delito consumado se hace en relación al injusto tal y como se encuentra previsto en la ley, no como vía para la realización de otro delito.

En efecto, como señala Del Rosal, existen obstáculos para determinar el momento de la consumación, en función de la esencia de cada delito. Aun cuando lo normal es que la consumación aparezca en un mismo instante, ésta es, a veces, anticipada por el legislador (delitos de emprendimiento), quien no espera a la producción del resultado lesivo, declarando consumado el hecho en un momento anterior;<sup>110</sup> otras veces la consumación coincide con la realización misma de la conducta (delitos de resultado formal); y, como en los delitos permanentes, la consumación presenta características especia-

<sup>106</sup> Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 230; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 590; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 386.

<sup>107</sup> Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 799.

<sup>108</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 732.

<sup>109</sup> Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 388.

<sup>110</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 412.

les coincidiendo con el tiempo en que éstas se reúnen y terminando cuando cesa el estado antijurídico.<sup>111</sup>

Distinto de la terminación o consumación es el agotamiento que hace referencia a la obtención del objetivo por el cual se delinquirió, y al que no es posible dar ningún efecto sobre la consumación, ya que simplemente se trata de “*el éxito criminal*”.<sup>112</sup>

### III. LA INCORRECTA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CPH

La incriminación de las distintas formas de tentativa –al margen del resto de los elementos que conceptualmente la conforman–, parte del hecho de que el pensamiento criminal se exterioriza a través de conductas ejecutivas que comportan, esencialmente, un peligro para el bien jurídico que la norma penal tutela.

Así, en tal régimen de incriminación se reconoce uno de los principios básicos del derecho penal cual es el principio del hecho o de objetividad material del delito. Este principio comporta la exigencia de que el delito se traduzca en una actividad externa susceptible de apreciación sensorial y no en una actividad puramente interna ni en una forma de ser del sujeto.<sup>113</sup> En definitiva, el delito sólo lo es cuando comporta la realización de un hecho externo, que es reflejo del plan criminal.

En concreto, este principio prohíbe que sean sancionadas como delitos las conductas humanas que no se exterioricen mediante hechos.<sup>114</sup> Como opina Zugaldía, el principio del hecho comporta dos consecuencias: a) que con el pensamiento no se delinque (*cogitationem*

<sup>111</sup> Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 113; en el mismo sentido, Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 735; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 799; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 604 y 605.

<sup>112</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 732; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 605 y 606.

<sup>113</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 343, especialmente la nota 2; Díaz Aranda, E., *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., México, 2004, p. 82. En palabras de Farré Trepas, “el objeto de la prohibición no podrá ser una decisión de voluntad contraria a los bienes jurídicamente protegidos, sino una conducta externa, ya que el ámbito que se persigue regular no constituye el fuero interno de los individuos sino los procesos de interacción social”. Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, p. 35.

<sup>114</sup> Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Valencia, 1993, p. 278; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 40.

*paenam nemo patitur*); y, b) que la forma de ser del autor no pueda ser considerada como presupuesto del delito o de las circunstancias que puedan comportar una agravación de la pena.<sup>115</sup>

De esta forma, el principio del hecho es uno de los ejes fundamentales del derecho penal (derecho penal de hecho), que no admite que los presupuestos del delito o de las circunstancias de agravación de éste, tengan como base la forma de ser del sujeto o su peligrosidad (derecho penal de autor). El derecho penal de autor elimina el carácter fáctico del derecho penal y lo convierte en un simple instrumento de intervención estatal en la esfera de libertades de los gobernados.

#### 1. La violación al principio de ofensividad

El principio de ofensividad implica, en términos generales, que sólo pueden ser tenidas como penalmente relevantes aquellas conductas que supongan una lesión a los bienes jurídicos que son indispensables para la vida pacífica de la sociedad.

Así, se habla de la relevancia, en el ámbito del derecho penal y en particular en el ámbito de la selección de las conductas dignas de relevancia jurídico-penal, del principio de ofensividad, lesividad, o exclusiva protección de bienes jurídicos para expresar el dogma “*nullum crimen sine injuria*”. En tal principio se contiene la exigencia de que en todo delito debe existir un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito cuyo sustento no sea precisamente esa ofensa al interés jurídico.<sup>116</sup>

El delito comprende, pues, la exteriorización y materialidad de un hecho y, al mismo tiempo, que con tal hecho se dañe un bien jurídico protegido<sup>117</sup> o, si se quiere, que los comportamientos prohibidos lesionen o pongan en peligro las condiciones de existencia y de desarrollo de la sociedad. Como dice Zugaldía, la lesión o puesta

<sup>115</sup> Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, pp. 278 y 279.

<sup>116</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 315 y 316; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 41; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 65 y ss.; González Cussac, J. L., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, pp. 7 y 8; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 101.

<sup>117</sup> Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 33-35; Díaz Aranda, E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 75 y ss.

en peligro de un bien jurídico, o bien, la realización de determinados hechos socialmente dañosos, es el *contenido esencial* de la infracción al orden jurídico que se conoce como delito.<sup>118</sup>

En efecto, el contenido sustancial del delito, no es más que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico,<sup>119</sup> debiendo quedar al margen del derecho penal, esto es, no tratado por el sistema de justicia criminal, cualquier otro objeto de contenido moral, ético o religioso.

Ante tales exigencias, el principio de ofensión hace necesaria la diferenciación entre los delitos y las meras actitudes interiores, o de los hechos externos no lesivos de bien jurídico alguno.<sup>120</sup> Sin embargo, a pesar de ser éste un criterio generalizado, pueden existir violaciones al principio de ofensividad, por ejemplo, en aquellos casos en los que la legislación penal estima dignas de sanción ciertas conductas que, en definitiva, son carentes de lesividad. Es este el caso de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea, particularmente en la forma en que se encuentran regulados en el CPH.

En efecto, el CPH establece la incriminación de los actos preparatorios de forma completamente genérica y de ciertas formas de tentativa: la que comporta inidoneidad en los medios empleados y la que se realiza con ausencia de bien jurídico o de objeto material. En ambos casos, no parece adecuada la regulación aludida.

Y no es adecuada en cuanto, conforme a lo que se ha expuesto, en los actos preparatorios se presume que existe un comienzo de la ejecución del delito, perfectamente sancionable ante la veri-

<sup>118</sup> Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, pp. 233 y 234.

<sup>119</sup> Existen, no obstante, opiniones en contra de esta afirmación. Para Rodríguez Devesa, la teoría que parte de que todo delito supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible desde la perspectiva del derecho positivo, en razón de que existen figuras delictivas en las que no se requiere de la demostración de dicha lesión o puesta en peligro para que la acción se reputa punible, por ejemplo, en los delitos de simple actividad o los puros delitos de omisión. Para este autor, la conducta antijurídica comporta siempre en "la infracción de un deber impuesto por la ley". La razón de la imposición de tal deber, la *ratio legis*, es la protección de aquellos *intereses estatales* llamados (por comodidad, como señala el autor) *bienes jurídicos*, en tanto éstos encuentran por esa vía una protección legal, aun cuando conceptualmente sean el *objeto* del interés. El bien jurídico, posee una especial relevancia como criterio ordenador en la clasificación que de los delitos se hace en la Parte especial. Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 408 y 409; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 53 y *passim*; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 13-16; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 26-29.

<sup>120</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 316.

ficación, en forma *unívoca*, del dolo del agente, lo que ya implica el castigo de las meras intenciones y pasa por encima de cualquier consideración en torno a la puesta en peligro del bien jurídico. Tal previsión trae consigo una franca violación del principio de ofensividad.

Lo mismo sucede en el supuesto de la tentativa inidónea. Cuando ésta es absolutamente inidónea (el CPH hace referencia únicamente a la tentativa inidónea en cuanto a los medios utilizados), no existe ningún tipo de puesta en peligro, ni siquiera abstracta, para el bien jurídico que la norma tutela, por lo que la conclusión debe ser igualmente la de violación al principio de ofensividad.

En cuanto al tratamiento de las diferentes formas de tentativa inidónea (ya que el CPH contempla también como tentativa punible la que se realiza con ausencia de objeto material o del bien jurídico protegido), deben recibir el mismo tratamiento en virtud de que tales supuestos mantienen un común denominador cual es la ausencia de lesividad.<sup>121</sup>

Así, no cabe duda que la regulación de la tentativa y de los actos preparatorios en el CPH requiere una reforma urgente que permita unificar el criterio de imputación.

## 2. Una propuesta de *lege ferenda*

Como ya se dijo, son supuestos de tentativa inidónea la que se desarrolla con medios inadecuados para la obtención del resultado típico, así como aquella que se desenvuelve con ausencia de bien jurídico o de objeto material.<sup>122</sup>

Ha quedado suficientemente demostrado que cuando la tentativa es absolutamente inidónea, no cabe su incriminación, dado que bajo ninguna circunstancia sería posible la aparición del resultado típico del delito consumado, ni del intentado. En efecto, en tales condiciones tampoco aparece el resultado propio de la tentativa (especialmente en supuestos de tentativa irreal o supersticiosa), esto es, que no se

<sup>121</sup> González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", pp. 23 y 24.

<sup>122</sup> Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 254-256; Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 347-349.

realiza la puesta en peligro, cuando menos abstracta, del bien jurídico tutelado.<sup>123</sup>

Ahora bien, en lo que respecta a los actos preparatorios, definitivamente hace falta su derogación en la parte general del CPH. No es ni mucho menos coherente con las exigencias propias de un Estado social y democrático de derecho, la incriminación de las intenciones. Y es eso precisamente, las intenciones, lo que viene a reprobar el primer párrafo del artículo 14 CPH. La sola verificación en forma *unívoca* del dolo del agente, como condición única para la aplicación de la pena, no hace sino prever el castigo para conductas absolutamente carentes de lesividad; la plena subjetividad del fundamento permitiría, en casos extremos, incriminar bajo tal hipótesis un supuesto de tentativa irreal o supersticiosa. Además, el término *unívocamente*, trae consigo una importante dosis de imprecisión que produce una violación clara al mandato de certeza o principio de taxatividad; no es posible dejar en manos del órgano investigador o del juzgador, la integración del significado o los alcances de dicho vocablo.

Así las cosas, resulta igualmente inaceptable la previsión contenida en el artículo 14 del CPH, en lo que respecta a la incriminación de la tentativa inidónea y de la "tentativa imposible", pues en ambos casos, mención aparte de la tentativa relativamente inidónea, los requerimientos objetivos del tipo no aparecen<sup>124</sup> (peligro para el bien jurídico). Como decíamos, ¿es legítimo sancionar a una persona por haber intentado privar de la vida a otro a través de las técnicas del vudú? La respuesta tiene que ser negativa porque no existe peligro alguno para el bien jurídicamente protegido, por mucho que la intención de matar sea firme; en este caso los medios son absolutamente inidóneos, lo que debe traer consigo la impunidad del acto. En cambio, si el hecho realizado es relativamente inidóneo, por ejemplo, al suministrar una cantidad insuficiente de veneno, sí existe una situación de peligro sobre el bien jurídico que permite colmar ambos elementos de la tentativa y producir su relevancia penal. Esa relatividad en la inidoneidad de los medios, puede verse también como relatividad en la idoneidad, con lo que la tentativa así realizada debe resultar punible.

<sup>123</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 415 y 421; Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, p. 30.

<sup>124</sup> En este sentido, González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 9.

Por tanto, el artículo 14 del CPH requiere de una reforma integral (al igual que su régimen de sanción), que pase por eliminar la referencia a la incriminación de la tentativa inidónea, ya que dada la influencia subjetivista señalada, se permitiría el castigo de la absolutamente inidónea o de la irreal o supersticiosa.

Asimismo, hace falta eliminar el señalamiento de punibilidad de la tentativa que se realiza con ausencia de objeto material o de bien jurídico, ya que en estos casos, si la tentativa se desenvuelve con los medios adecuados o relativamente adecuados, y con el elemento subjetivo propio del delito intentado, la ausencia de bien jurídico o de objeto material no elimina la parte objetiva del injusto de la tentativa, pues la evaluación de la situación de peligro abstracto creada *ex ante*, permitiría, aun en tales casos de ausencia de objeto, que se configure la tentativa punible.

En efecto, si la ausencia de bien jurídico o de objeto material es conocida por el autor (caso poco probable en la práctica), ya no cabría hablar de tentativa, pues quedaría afectado el dolo del delito intentado —que abarca también los elementos del tipo consumado—,<sup>125</sup> por lo que la conducta desenvuelta deberá analizarse desde otra perspectiva a los efectos de su adecuación a tipo.

En realidad habría que considerar la posibilidad de tratar la tentativa de forma unitaria. Esta forma imperfecta de ejecución del delito, tiene lugar, como se ha visto, en aquellos casos en los que el agente desarrolla todos o parte de los actos que forman parte del proceso causal, cuando el resultado no aparece por causas ajenas a su voluntad; así, es necesario que se actualicen los referidos extremos subjetivo y objetivo de la tentativa, pues faltando cualquiera de ellos, falta igualmente la tipicidad de la tentativa. De este modo, en los casos de tentativa inidónea (que abarcaría igualmente los supuestos de ausencia de objeto), cuando no es posible apreciar *ex ante* la puesta en peligro del bien jurídico protegido, simplemente no hay tentativa, aun cuando la resolución delictiva sea firme.<sup>126</sup> Con ello quiere decirse que si se aprecian *ex ante* la capacidad lesiva de la acción y el dolo

<sup>125</sup> En este sentido, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 414.

<sup>126</sup> González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 22; Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 269 y ss.; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*,

del actor, la inexistencia del objeto apreciable *ex post* es meramente accidental y constituye una circunstancia ajena a la voluntad del autor de las que, precisamente, impiden la aparición del resultado principal.

Por lo demás, la previsión actual del CPH en lo que respecta a los actos preparatorios y a la tentativa inidónea (dentro de ésta la que se desarrolla con ausencia de bien jurídico o de objeto material) comporta una evidente lesión a lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo *in fine*. Ello es así, sin duda, en razón de que deviene ilegítimo el castigo en aquellos casos en los que no es posible hablar de la afectación a un bien jurídico, ya sea en forma de lesión o de puesta en peligro, lo que trae necesariamente consigo la afirmación de su desproporción.<sup>127</sup>

Reducir la cuestión –tal como sucede en el referido régimen previsto por el CPH para los actos preparatorios y la tentativa inidónea–, con base en consideraciones completamente subjetivas y desconectadas del principio de ofensividad, que, por lo demás vienen condicionadas, por ejemplo, a la verificación de la intencionalidad del sujeto en términos de *univocidad*, a la intención o plan del autor, tiene necesariamente que acarrear una importante carga de autoritarismo y de inobservancia de un principio fundamental que limita el ejercicio de la facultad sancionadora del Estado a nivel constitucional, cual es el de ofensión.

Allá en donde hay peligrosidad pero no hay puesta en peligro de ningún bien jurídico, falta la parte objetiva del tipo y sencillamente no hay delito. En esos regímenes sancionatorios hay mucho de criminología, hay mucho de autoritarismo, y desde luego, muy poco de derecho penal.

---

p. 422; Farré Trepat, E., *La tentativa de delito*, p. 36; García García, R., *Tratado sobre la tentativa*, p. 195.

<sup>127</sup> Véase, en este sentido especialmente, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 84 y 85; González Cussac, J. L., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, p. 23.

## LA EFICACIA Y APLICACIÓN DE LOS TRATADOS EN MÉXICO

Loretta ORTIZ AHLF

SUMARIO: I. *Problemas que derivan del incumplimiento de las normas constitucionales.* II. *Factores que impiden una debida aplicación de los tratados, a pesar de que reúnen los requisitos constitucionales para su celebración.* III. *Conclusiones.*

Las causas que impiden la eficacia y aplicación de los tratados en nuestro sistema jurídico, se pueden clasificar, en primer término, en las que se originan en la falta de cumplimiento de los requisitos constitucionales necesarios para su celebración y, en segundo lugar, en aquellas que se centran en el desconocimiento de los campos de validez temporal, personal, espacial o material de los tratados, sus normas de interpretación, las reservas u objeciones formuladas a los mismos.

### I. PROBLEMAS QUE DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Por la importancia que tiene en la aplicación y eficacia de los tratados en nuestro país, el proceso de celebración de los tratados regulado en la Constitución, conviene tener presente dicho proceso y las consecuencias que derivan de la no satisfacción del mismo.

Nuestra Constitución regula el proceso de celebración de los tratados en los artículos 15, 76, fracción I, 89, fracción X, 133, y 117. Los requisitos formales se centran en la celebración personal

del tratado por el Presidente de la República y su aprobación por el Senado (artículos 76, fracción I, y 89, fracción X) y en relación con el contenido material, el artículo 133 exige que los tratados estén de acuerdo con la Constitución, de conformidad con el principio de supremacía constitucional y el artículo 15, que no restrinjan garantías individuales, ni autoricen la extradición de reos políticos.

De esta forma, para que se apliquen los tratados en México por las autoridades federales, locales y municipales, así como por jueces federales o locales, el artículo 133 constitucional exige que estén de acuerdo con la Constitución. A pesar de ello, son muchos los tratados que no satisfacen los requisitos formales o materiales que dispone nuestra Carta Magna, ocasionando con ello que no se apliquen internamente y abriendo la puerta a una posible reclamación internacional por el incumplimiento del tratado por su no aplicación interna. La siguiente tesis jurisprudencial expresa claramente esta situación:

TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 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.<sup>1</sup>

### 1. Tratados no firmados por el Presidente de la República en materia de celebración de los tratados

El artículo 89, fracción X, establece que la facultad y responsabilidad de celebrar los tratados corresponde al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. El haber optado por un sistema

de gobierno presidencialista necesariamente llevó a depositar esa función en el Presidente. En el régimen actual la facultad de que goza el Presidente es indelegable mediante ley, decreto, acuerdo, orden o poder. Sin embargo, si la facultad de celebrar tratados es indelegable, ello no impide que puedan negociar los tratados, con vista a la fracción X del artículo 89, el ministro de Relaciones Exteriores o embajadores plenipotenciarios.

Una revisión de los tratados celebrados por México evidencia el hecho de que la mayoría de los tratados no son firmados por el Presidente de la República, lo cual es causa suficiente para que autoridades nacionales bien sea jueces o autoridades administrativas no se encuentren obligadas a aplicarlos, por cuanto no constituyen ley suprema de la toda la Unión, y al no aplicarse se origina responsabilidad internacional para México por la falta de aplicación del instrumento.

### 2. La falta de aprobación de los tratados por el Senado de la República

El Senado, como órgano colegiado, carece de la función de asesoría que le reconoce el sistema norteamericano, su papel en nuestro sistema jurídico se limita a aprobar o reprobar los tratados una vez que ellos han sido negociados por el Ejecutivo (artículo 76).

En nuestro sistema jurídico la norma que exige la ratificación de los ministros, embajadores y cónsules generales, fue tomada del sistema norteamericano y tiene una razón de ser: sus autores no confiaron, para materias tan delicadas, en la sola prudencia del Presidente de la República, dieron pie a la intervención del Senado con vista a neutralizar una voluntad que en determinadas circunstancias pudiera estar preocupada en ayudar a amigos o con el fin de suplir eventuales descuidos en el manejo de las relaciones exteriores;<sup>2</sup> la intervención adicional buscaba dar cobertura, serenidad, gravedad y mayor información en los nombramientos, así lo sostuvieron los autores de *El Federalista*: "¿con qué finalidad se requiere la cooperación del Senado? Respondo que la necesidad de su colaboración tendrá un efecto considerable, aunque en general poco visible. Constituirá un excelente freno sobre posible favoritismo presidencial y tenderá

<sup>1</sup> Tesis Aislada, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis P. LXXVLL/99, p. 46.

<sup>2</sup> Cfr. Arteaga Nava, Elizur, *Derecho constitucional*, t. III, México, UNAM, 1994, p. 89.

marcadamente a impedir la designación de personas poco adecuadas, debido a prejuicios locales, a relaciones familiares o con miras de popularidad. Por añadidura, sería un factor eficaz de estabilidad en la administración".<sup>3</sup>

Una revisión de los decretos de promulgación de los tratados evidencia que el Senado en pocas ocasiones ha formulado alguna observación o ha rechazado algún tratado por no reunir los requisitos constitucionales para su incorporación a nuestro sistema jurídico, a pesar de la función que tiene asignada constitucionalmente y son varios los tratados celebrados que no sólo se oponen a las leyes federales y locales, sino a la misma Constitución. Además, el Senado no aprueba los acuerdos interinstitucionales, instrumentos cuya naturaleza material corresponde a la de un tratado y que no por denominar a los mismos de diversa manera se modifica su naturaleza jurídica.

### 3. Los acuerdos interinstitucionales

El artículo 1o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados de 1994, alude a los acuerdos interinstitucionales de la siguiente forma:

Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.<sup>4</sup>

En el ámbito internacional, la facultad de celebrar tratados, acuerdos, o convenios, se entiende reservada, en el supuesto de Estados compuestos o federados a las autoridades federales, salvo que la propia Constitución les conceda dicha facultad a las entidades federativas, sujeta a los límites que establece el orden jurídico interno y el reconocimiento de terceros Estados de la comunidad internacional.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, prólogo y versión directa de Gustavo R. Velasco, Apéndice V, Constitución de los Estados Unidos de América, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, cap. LXXVI, p. 324.

<sup>4</sup> Ley sobre la Celebración de los Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de enero de 1992.

<sup>5</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo, *El derecho internacional en el derecho constitucional comparado de América*, XV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Washington, D. C., 1989, p. 91.

En nuestro sistema jurídico, el artículo 117 constitucional prohíbe expresamente que las entidades federativas celebren tratados, alianzas y coaliciones con potencias extranjeras.

La Ley sobre Celebración de Tratados menciona las siguientes características de los acuerdos interinstitucionales:

1. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá limitarse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben.
2. Las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, estatal o municipal deberán mantener informada a la Secretaría de Relaciones Exteriores acerca de cualquier acuerdo interinstitucional que pretendan celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. La Secretaría deberá formular un dictamen correspondiente acerca de la procedencia de suscribirlo y, en su caso, lo inscribirá en el registro respectivo.
3. No establece, a diferencia de los tratados, que los acuerdos interinstitucionales deban publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*.
4. Pueden establecer mecanismos internacionales para la solución de controversias.

Los tratados, como cualquier otro instrumento jurídico internacional que tenga una denominación distinta, requieren de un acto de incorporación al sistema jurídico interno; en nuestro régimen, dicho acto se lleva a cabo mediante la celebración del tratado por el Presidente, la aprobación del Senado y que el instrumento no sea contrario a la Constitución.

Frente al anterior razonamiento, no puede esgrimirse el hecho de que los acuerdos interinstitucionales no producen efectos que afecten a particulares, ya que la misma Ley de Tratados establece, en su artículo 8o., que a través de los acuerdos interinstitucionales se podrán aceptar mecanismos de solución de controversias en los que sean parte personas físicas o morales mexicanas. Tampoco puede esgrimirse que la naturaleza de los acuerdos es otra diferente de la de los tratados, ya que, al estar regidos por el derecho internacional, su naturaleza

jurídica es la de un tratado, sin importar la denominación que se les otorgue (artículo 2o., Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969).<sup>6</sup>

Cabe hacer notar que ninguna autoridad, incluyendo las judiciales, está obligada de aplicar los Acuerdos Interinstitucionales, ya que de conformidad con el artículo 133 constitucional sólo los tratados celebrados de acuerdo con la Constitución son ley suprema de la Unión.<sup>7</sup>

#### 4. Acuerdos ejecutivos

Acaba de aprobar por unanimidad la Cámara de Senadores “el Proyecto de la Ley General Sobre Celebración y Aprobación de Tratados”,<sup>8</sup> en la que se agrega una figura jurídica inconstitucional más: “los Acuerdos Ejecutivos”.

Define el Proyecto de Ley a los Acuerdos Ejecutivos como los convenios regidos por el derecho internacional público, celebrados por escrito entre el gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios gobiernos de otros Estados nacionales cualquiera que sea su denominación, mediante el cual el gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos adquiere compromisos internacionales.

La naturaleza de los Acuerdos Ejecutivos, de conformidad con el derecho internacional, no es otra que la de tratados de conformidad con el artículo 2, fracción I, inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, instrumento ratificado por México y Ley Suprema de toda la Unión, de conformidad con el artículo 133 constitucional. Por tanto su incumplimiento genera responsabilidad internacional y su celebración es válida a nivel internacional aunque vulnere diversas disposiciones constitucionales.

Dichos instrumentos los celebra el gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos a través de sus dependencias o entidades, o en su

<sup>6</sup> Cabe señalar que en este caso las entidades federativas estarían actuando como representantes del Estado, con fundamento en la representación implícita contemplada en el artículo 7o. de la Convención citada, en razón de la autorización que para celebrar dichos instrumentos otorga la Ley sobre la Celebración de los Tratados.

<sup>7</sup> Arteaga Nava, Elizur, *Derecho constitucional*, t. I, México, UNAM, 1994, pp. 13 y ss.

<sup>8</sup> Proyecto de la Ley general Sobre Celebración y Aprobación de Tratados de 13 de abril de 2010.

caso, de la Procuraduría General de la República, previo dictamen sobre su procedencia de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Salta a la vista que el objetivo de los llamados Acuerdos Ejecutivos no es otro que el de la celebración de tratados internacionales, sin la aprobación del Senado de la República, disposición a todas luces contraria a los artículos 76, fracción I, 89, fracción X y 133 constitucionales, entre otras. Los únicos límites que se establecen en razón de su contenido son:

1. Constituir materia reservada a los estados, municipios o al Distrito Federal.
2. Generar obligaciones financieras que comprometan el crédito de la nación.
3. Atentar contra la soberanía o seguridad nacional.

De tal suerte, que de conformidad con los artículos 31, 32, 33 y 34 de la PLGECAT, el Ejecutivo Federal puede enviar a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para su celebración mediante la figura jurídica de los Acuerdos Ejecutivos, tratados comerciales vinculados con la exploración y explotación de los hidrocarburos, la energía eléctrica, los recursos naturales, fiscales, propiedad intelectual, telecomunicaciones, servicios y obra pública, etcétera, y sólo requerirían para su celebración de un dictamen favorable de la Secretaría de Relaciones Exteriores. La SRE los registraría y notificaría su celebración al Senado.

Cabe hacer notar el cambio de palabra de aprobar por notificar. De conformidad con la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, aprobar significa asentimiento, aquiescencia, calificación positiva de algo o de alguien, aceptación o beneplácito.<sup>9</sup> En cambio notificar significa advertencia, comunicación de una noticia o comunicación a un interesado de una resolución judicial o administrativa. La notificación puede revestir diversas formas, desde una simple comunicación oral, hasta la de una comunicación escrita formal, que debe reunir ciertos requisitos.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VIII-I, México, 2005, pp. 279 y ss.

<sup>10</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., nota 2, p. 1344.

Llama la atención que el Proyecto de LGACT no contenga una definición de notificar, por la trascendencia del acto jurídico en el proceso de celebración de los Acuerdos Ejecutivos. Al carecer de una acepción particular el vocablo en la ley específica, debemos recurrir, para determinar el significado de dicho término, a su acepción jurídica general, para concluir que el acto de notificación que realizaría la Secretaría de Relaciones Exteriores al Senado de la República de la celebración de Acuerdos Ejecutivos con base en el Proyecto de LGCAT consistiría en un simple aviso de la celebración de un tratado internacional al Senado.

Ninguna autoridad, incluyendo las judiciales, estarían obligadas de aplicar los Acuerdos Ejecutivos, ya que, de conformidad con el artículo 133 constitucional, sólo son Ley Suprema de toda la Unión los tratados celebrados de acuerdo con la Constitución, con la agravante de que tanto los Acuerdos Interinstitucionales como los Ejecutivos pueden vulnerar los derechos de personas físicas y morales mexicanas, de conformidad con los artículos 35, 36 37 y 38 del Proyecto de LGCAT y al carecer dichos instrumentos de la naturaleza de ley suprema de toda la unión, como efecto colateral se les puede privar a dichas personas del derecho de recurrir al amparo.

La importancia del acto de aprobación de los tratados por el Senado de la República de los tratados internacionales, sin importar la denominación que se les dé a dichos instrumentos, fue enfatizada en el Constituyente de 1856, al debatirse el artículo 64, fracción 8, que corresponde al actual artículo 76, fracción I, con la aclaración de que entonces se aludía a la aprobación del Congreso por cuanto existía un sistema unicamaral. Al discutirse dicha disposición, Francisco Zarco expresó lo siguiente:

aprobando la idea de que todo tratado con potencia extranjera quede sujeto a la revisión de los representantes del pueblo, cree que el artículo deja un vacío que se presta a un pernicioso abuso. Con el nombre de convenciones los gobiernos constitucionales han celebrado pactos que son verdaderos tratados en que han interesado la fe pública de la nación, disponiendo de sus rentas e imponiéndole onerosos compromisos. Y estos pactos se han escapado de la revisión del Congreso de una manera abusiva y sólo porque la Constitución no empleaba el término convenciones... Propone pues, para evitar este abuso, que en el artículo se incluya la palabra convenciones, y

cree que así, aunque haya mucha condescendencia por parte de nuestros gobiernos, no volverá a comprometerse la república porque las potencias extranjeras sabrán que nada vale cualquier arreglo mientras no esté aprobado por el Congreso.<sup>11</sup>

Aunque el párrafo anterior ha sido interpretado en alguna ocasión para pretender defender que los términos tratado y convención tienen significado diverso, de la transcripción resulta que ello carece de fundamento, pues el mismo Francisco Zarco hace notar que tales convenciones eran tratados, y que la práctica a que aludía era abusiva. Lo anterior queda claro si se toma en consideración lo dicho por Guillermo Prieto en la misma sesión:

Siento mucho tener que contrariar las opiniones de persona tan ilustrada como el Sr. Ruiz, cree que basta el artículo con la enmienda del Sr. Zarco para tranquilizar a los más celosos defensores de los intereses nacionales. Si bien admitida la enmienda parece que hay redundancia en el artículo, esto es indispensable para evitar todo abuso, pues es cierto que de un abuso nació la Convención española.<sup>12</sup>

## 5. Tratados que alteren garantías individuales

Las limitaciones constitucionales en razón del contenido o materia de los tratados las ubicamos en los artículos 15 y 133 constitucionales. Por tanto, los tratados no deben alterar las garantías individuales, permitir la extradición de reos políticos y para incorporarse a nuestro sistema jurídico en virtud del principio de supremacía constitucional deben ser acordes con la Constitución.

Elizur Arteaga Nava sigue un criterio de interpretación constitucional muy rígido al precisar que cualquier cambio del régimen de una garantía individual mediante un tratado impide su incorporación.<sup>13</sup> Afortunadamente, Fernando Alejandro Vázquez Pando<sup>14</sup> puntualiza:

<sup>11</sup> Zarco Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*, t. II, Ignacio Cumplido, México, 1857.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Arteaga Nava Elizur, *op. cit.* (nota 2), p. 102.

<sup>14</sup> *Cf.* Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que

Se dijo que las garantías individuales son consideradas como derechos subjetivos públicos que toda autoridad está obligada a respetar; son un "mínimo" que no debe ser disminuido por la autoridad, la cual sí puede acrecentarlo. Lo anterior permite armonizar los tratados con la Constitución en materia de educación, en tanto las disposiciones de los primeros se presentan como una ampliación de la libertad reconocida en un pequeño ámbito por la segunda.<sup>15</sup>

Los Tribunales Colegiados de Circuito sostienen que de la misma manera que se amplían garantías individuales mediante ley, éstas pueden ampliarse mediante tratado.

#### TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES.

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 la aprobación del Senado, serán 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.<sup>16</sup>

#### PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

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 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 siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la

México es Parte", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 11, México, Escuela Libre de Derecho, 1987, pp. 525 y ss.

<sup>15</sup> Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *op. cit.* (nota 14), pp. 542 y ss.

<sup>16</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. Registro 180431, Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, septiembre de 2004, p. 1896, Tesis: 1.4º.A.440 A.

Ley Suprema de la Unión, conforme el artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.<sup>17</sup>

Hay algunas zonas grises, en que puede dudarse de la contradicción entre la Constitución y el tratado en materia de derechos humanos, por ejemplo, en lo relativo a la expulsión de extranjeros, el fuero militar y la indemnización por error judicial, casos en los cuales, por no aplicar el tratado, se puede originar una grave responsabilidad internacional para el Estado mexicano, como en el reciente Caso de Radilla Pacheco, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige la adecuación de la Constitución y leyes a la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>18</sup>

## II. FACTORES QUE IMPIDEN UNA DEBIDA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS, A PESAR DE QUE REÚNEN LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA SU CELEBRACIÓN

### 1. Tratados en materia de derecho común y su aplicación en las entidades federativas

Los tratados versan sobre las más variadas materias: civil, penal, derechos de autor, cooperación internacional, monetaria etc. Algunas de las materias inciden en materias reservadas a las entidades federativas, de conformidad con lo señalado en el artículo 124 constitucional.

Cabe tener presente que si bien es cierto que la facultad de celebrar los tratados corresponde a dos órganos federales: Presidencia de la República y Senado, la facultad para emitir la legislación necesaria para aplicarlos o reformar las leyes corresponde a los congresos locales, de acuerdo con el artículo 124 constitucional.

Desgraciadamente hay varios tratados en materia de derecho común que no pueden aplicarse debido a que requieren reformas a leyes locales y éstas no se han realizado. Un ejemplo en ese sentido

<sup>17</sup> Sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, tomo XX, Tesis 1.4º.A.441, octubre de 2004, p. 2385.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

lo ubicamos en la adopción internacional de menores, caso en el cual se requeriría la reforma de los 32 códigos civiles para ajustarse a lo establecido por la Convención Interamericana de Adopción Internacional de Menores.

Aunque nuestra Constitución no prevea la participación formal de las entidades federativas en el proceso de celebración de los tratados en materia local, debería realizarse una consulta previa a la celebración del tratado, para asegurar la debida aplicación del instrumento.

## 2. Entrada en vigor de los tratados y su aplicación

La manifestación del consentimiento de los Estados no constituye el punto final del proceso de celebración de un tratado. Tal momento final es realmente el de la entrada en vigor, a partir de la cual el tratado comienza a obligar a los Estados Parte. El artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: "Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha en que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores en obligarse por el tratado".

En México, desgraciadamente las autoridades y los jueces locales y federales desconocen esta norma de la Convención de Viena y aplican la misma norma que se utiliza con las leyes, es decir, que los tratados entran en vigor cuando son publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, lo cual puede ocasionar serias distorsiones como pretender que se apliquen cuando no han entrado en vigor o exigir responsabilidad internacional por la no aplicación de un tratado que ya fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, pero que no ha entrado en vigor.<sup>19</sup>

El ámbito de validez temporal del tratado está determinado por una norma internacional, de otra forma tendría el tratado tantas fechas de entrada en vigor, como publicaciones del texto en los diversos Estados Parte. Una cosa es la fecha de entrada en vigor del tratado y

otra cosa es la fecha a partir de la cual el instrumento internacional es obligatorio para cada uno de los Estados Parte.

La Constitución de España distingue el ámbito de validez temporal de los tratados y reconoce que se encuentra regulado por el derecho internacional, al señalar en su artículo 96: "1. Los tratados internacionales. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional".<sup>20</sup>

## 3. Las reservas de los tratados

El régimen de las reservas se encuentra regulado en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986. El tratado puede determinar las reservas permitidas y las prohibidas. En el caso de que el tratado no contemple un régimen específico para la admisión de las reservas, los Estados Parte pueden formularlas siempre y cuando no sean contrarias al objeto y fin del tratado. La determinación de la conformidad de la reserva con el objeto y fin del tratado la realizan los propios Estados Parte mediante el mecanismo de aceptación y objeción de la reserva. En el caso de objetar una reserva un Estado Parte puede declarar su deseo de que el tratado en su conjunto no entre en vigor entre él y el Estado que formuló la reserva.

El complicado proceso de aceptación y objeción de las reservas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ha sido cuestionado en relación con los tratados en materia de derechos humanos por resultar inadecuado para evaluar la admisibilidad de las reservas a los tratados de derechos humanos. En ese sentido, Carlos López Hurtado precisa que la masiva adhesión de países a los tratados en materia de derechos humanos ha hecho realidad en cierta medida, la aspiración de universalismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que los Estados, al momento de adherirse a los tratados de derechos humanos, han recurrido a la formulación de reservas que muchas veces limitan de manera importante el campo de aplicación

<sup>19</sup> Lozano Alarcón, Gerardo, "Reflexiones en torno al abanderamiento en México de buques extranjeros al amparo de un convenio internacional no vigente", México, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 28, 2004, pp. 825 y ss.

<sup>20</sup> López Guerra, Luis Aguiar, *Las constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1998, p. 518.

y la efectividad del tratado y, por tanto, limitan también el efecto jurídico y político de tal universalidad.<sup>21</sup>

Cabe preguntarse con base en la práctica general en materia de reservas, si el régimen de éstas no varía en función de la naturaleza de los tratados, cuando no dispongan nada al respecto los mismos. Yassen, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, señaló: “La cuestión de las reservas debe regirse por las disposiciones del tratado mismo”, lo que se refiere “no sólo a las disposiciones expresas sino también a la intención tácita de las partes y al objeto y naturaleza del mismo”.<sup>22</sup>

Visscher precisa “que es verdaderamente nefasto tolerar la formulación de reservas a los convenios internacionales colectivos cuando las reservas afectaban en realidad normas que estaban ya consagradas en costumbre”.<sup>23</sup> De manera más clara Roberto Ago puntualiza “que no era conveniente que se pusiera en tela de juicio la existencia de ninguna norma consuetudinaria mediante reservas a la misma en su nueva forma convencional”. Otros autores como Baxter parten de la imposibilidad de formular reservas a una norma de derecho internacional general.<sup>24</sup>

La práctica internacional en materia de admisibilidad de las reservas ha demostrado que la aplicación de la norma de compatibilidad con el objeto y fin del tratado, se caracteriza por su ambigüedad e imprecisión, razón por la cual, en materia de derechos humanos, al estar en juego la aplicación de normas de *ius cogens*, los órganos de control y jurisdicción en el ámbito de los derechos humanos han determinado, vía práctica y jurisprudencia, criterios específicos sobre dicha cuestión.

Tanto las reservas de los tratados de derechos humanos como las reservas al resto de los tratados y las objeciones formuladas a las mismas, modifican radicalmente las obligaciones del Estado que las formula y de quien las objeta. De tal suerte, que el tratado se convierte en un acuerdo marco, del cual dependen un sinnúmero de acuerdos diversos entre los Estados Partes en razón de las reservas y

<sup>21</sup> López Hurtado, Carlos, “¿Un régimen especial para los tratados?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, UNAM, México, 2001, p. 252.

<sup>22</sup> Díaz Barrado, Cástor M., *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 42.

<sup>23</sup> Díaz Barrado, Cástor M., *op. cit.*, p. 44.

<sup>24</sup> Díaz Barrado, Cástor M., *op. cit.*, pp. 45 y 46.

de las objeciones formuladas y aceptadas o no. Por tal motivo, resulta indispensable para aplicar los tratados que sean publicados dichos instrumentos con las reservas formuladas por México y las objeciones hechas a las mismas, además de que autoridades federales y locales conozcan el régimen aplicable a las reservas de conformidad con la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, y en el caso de tratados vinculados con los derechos humanos, la jurisprudencia de los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados en dicha materia.

Un ejemplo de falta de conocimiento del régimen de las reservas lo ubicamos en la Sentencia al Recurso de Apelación núm. 1/2004-PS, que atrajo la Suprema Corte y que promovió el agente del Ministerio Público de la Federación, Comisionado de la Oficina del Fiscal Especial para la Atención de “Hechos Probablemente Constitutivos de Delitos Federales Cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos en Contra de Personas Vinculadas con Movimientos, Sociales y Políticos del Pasado”.<sup>25</sup> La Suprema Corte de Justicia resolvió que el genocidio prescribe desconociendo el carácter de norma de *ius cogens* de la norma que prohíbe el genocidio y el ámbito de validez temporal de la Convención de Genocidio de 1949, con base en una declaración interpretativa formulada por México contraria al objeto y fin del tratado e inoperante, como lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México.<sup>26</sup>

#### 4. Desconocimiento por autoridades y jueces de quienes son los Estados Parte

Una vez que el tratado entra en vigor, es obligatorio y susceptible de ser aplicado, en los términos previstos por sus disposiciones, entre los

<sup>25</sup> Recurso de Apelación núm. 1/2004-Ps. Derivado de la facultad de Atracción 8/2004-PS. el agente del Ministerio Público de la Federación Comisionado de la Oficina del Fiscal Especial para la Atención de “Hechos Probablemente Constitutivos de Delitos Federales Cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos en Contra de Personas Vinculadas con Movimientos, Sociales y Políticos del Pasado y del Agente del Ministerio Público de la Federación Adscrito al Juzgado Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal”.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 81, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Estados contratantes, a los que a partir de ese momento también cabe llamar Estados Parte. La regla general es que los tratados sólo surten efectos obligatorios entre las Partes. Podrán imponerse obligaciones a terceros Estados no Partes, cuando éstos acepten expresamente dicha obligación, o bien, se pueden convertir en beneficiarios de derechos, terceros Estados no parte, cuando esa sea la intención de los Estados Parte en el tratado y acepte el tercer Estado beneficiario.

La importancia de conocer quiénes son los Estados Parte de un tratado se puede ejemplificar de mil maneras. La Convención Interamericana Sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, resulta aplicable únicamente cuando un Estado Parte solicita a otro Estado Parte, mediante una carta rogatoria, la recepción de una prueba necesaria en un juicio que se ventila ante los tribunales del primero. Análogamente, la relativa a Exhortos y Cartas Rogatorias es aplicable únicamente cuando la carta rogatoria proviene de un Tribunal de un Estado Parte y es dirigida a los Tribunales de otro Estado Parte. En ambos casos, se trata de la solicitud de un Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales o autoridades centrales, dirigida a otro Estado Parte. Por lo mismo, tales tratados no son aplicables cuando la carta rogatoria no proviene de un Estado Parte, ni cuando los tribunales a quienes se dirige la rogatoria son de un Estado que no sea Parte del tratado.

En el caso de las Convenciones Sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el derecho internacional privado y la Convención Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, los tratados respectivos sólo son aplicables con respecto a las personas morales constituidas en algún Estado Parte. Por lo mismo, sólo los Estados Parte tienen la obligación de reconocer la personalidad de las sociedades a que se refieren tales tratados, cuando las mismas estén constituidas en otro Estado Parte. En consecuencia, un Estado Parte no está obligado a reconocer la personalidad jurídica de sociedades que no estén constituidas en otro Estado Parte, y análogamente, las sociedades constituidas en otro Estado Parte no pueden pretender que su personalidad sea reconocida con base en tales tratados en un Estado que no sea Parte de los mismos.

Desgraciadamente las autoridades y jueces desconocen el ámbito de validez personal de un tratado, razón por la cual aplican incorrectamente el tratado. Frente a esta situación, la única solución viable es

la publicación de los tratados en el *Diario Oficial de la Federación* especificando quiénes son los Estados Parte.

### 5. La publicación de los tratados en los idiomas auténticos

Normalmente los tratados son autenticados en varios idiomas. La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969, señala en su artículo 33:

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las Partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto, será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las Partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1o., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

De conformidad con el artículo 33 de la Convención de Viena los jueces y autoridades encargados de la aplicación de un tratado autenticado en varios idiomas, requieren para realizar su labor de los textos auténticos del mismo, ya que, de otra forma no podrá realizarse la interpretación del tratado, en caso de diversidad de los términos en los textos auténticos.

Un ejemplo de esta cuestión se encuentra en las Convenciones de Derecho Internacional Privado de La Haya, las cuales requieren ser publicadas en francés e inglés por los Estados Parte, ya que son los únicos textos auténticos, lo cual no impide una publicación en español, aunque a ésta no pueda recurrirse a efectos de solucionar

los problemas de interpretación. Cabe aclarar que la aplicación de los tratados en la mayoría de los casos exige una interpretación del texto y si esta labor se realiza en un texto que no es auténtico, la Parte afectada podrá reclamar la incorrecta aplicación del tratado por este hecho.

Por lo tanto, los tratados autenticados en varios idiomas, sólo podrán interpretarse en los idiomas en que se autenticaron. Así, se requiere publicar dichos instrumentos en el *Diario Oficial de la Federación* en el idioma en que fueron autenticados, a fin de que los órganos encargados de su interpretación y aplicación tengan acceso a los mismos.

#### **6. La falta de promulgación de leyes o reglamentos federales o locales que permitan la aplicación del tratado**

Los sistemas de recepción o incorporación de los tratados a los sistemas jurídicos internos pueden clasificarse en dos grandes grupos: los de incorporación automática y los de recepción especial.

La recepción especial requiere una transformación del tratado, mediante un acto de producción normativo interno (ley, decreto, orden). Siguen ese sistema Estados tan distintos como el Reino Unido, Venezuela o Israel.

Por otro lado, la recepción automática no requiere de ningún acto normativo especial para la incorporación; una vez que el tratado es obligatorio internacionalmente y exigiendo eventualmente la publicación del mismo, éste se incorpora al sistema jurídico interno. Este sistema es seguido por la mayoría de los países de Europa Occidental y de América.

Basados en la anterior diferenciación puede decirse que el sistema utilizado por nuestro sistema jurídico es el de incorporación automática. De esta forma, una vez que se publica el decreto aprobatorio del Senado se realiza la ratificación internacional y la publicación del tratado en el *Diario Oficial de la Federación*, el tratado se incorpora a nuestro sistema jurídico.

Debe precisarse que una vez incorporados los tratados, al no haber un acto de transformación especial, no cabe confundirlos con las leyes del Congreso de la Unión o leyes de carácter nacional, a pesar

de que el ámbito de aplicación territorial de los tratados se extienda a todo el territorio nacional.

El artículo 133 constitucional claramente diferencia entre leyes y tratados, por lo que no cabe pretender que éstos sean confundibles con aquéllas. Los tratados internacionales tienen su naturaleza definida por el propio derecho internacional, lo cual significa, entre otras cosas, que en su interpretación y aplicación el Estado mexicano está sujeto a la normativa internacional, so pena de que no hacerlo así, generará responsabilidad internacional, pues el Estado no puede invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado válidamente celebrado. Cabe citar como ejemplos de la anterior afirmación las sentencias de los casos Castañeda, Campo Algodonero y José Rosendo Radilla de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez incorporado el tratado a nuestro sistema jurídico, se plantea el problema de su aplicación. Habrá normas que por su misma naturaleza pueden ser aplicadas inmediatamente sin que se requiera de una ley o reglamento posterior, en cambio otras requerirán de un desarrollo legislativo posterior.

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (*self executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o exigibilidad. Se habla así de una auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, es que una norma es ejecutable por sí misma (*self executing*) "toda vez que opere por sí, sin ayuda de una disposición legislativa".

Eduardo Jiménez de Aréchega, ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, menciona dos condiciones para que una norma sea ejecutable por sí misma:

...primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante un juez o el administrador solicitando aplicación; en segundo lugar; la regla debe

ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.<sup>27</sup>

Así, una disposición es ejecutable por sí misma, cuando los Estados Parte han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible a favor del individuo que solicita ante el juez la aplicación de esa norma a su favor. Continúa Eduardo Jiménez de Aréchega señalando que existe una presunción en favor del carácter ejecutable de una disposición convencional, pues se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma "a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de tratados a los que no se puede por su propia naturaleza dar efecto como derecho propio *ex-proprio vigore*".<sup>28</sup>

De esta forma, no todas las normas de un tratado son ejecutables por sí mismas, hay a menudo disposiciones programáticas que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado. Debido a la naturaleza o a la fraseología del tratado, dichas normas carecen de una exigibilidad inmediata y requieren para ser aplicadas de normas internas o de otras medidas complementarias del Estado. Estas normas convencionales se denominan no ejecutables (*non self-executing*). En este caso se requiere que una vez incorporados los tratados a nuestro sistema jurídico para no incurrir en responsabilidad internacional, se promulguen las leyes o reglamentos federales o locales según sea el caso para cumplir con el tratado internacional y permitir que internamente se aplique el instrumento. Cabe señalar que la no promulgación de la legislación necesaria genera el incumplimiento del tratado y con ello responsabilidad internacional.

Ejemplo muy claro de la necesidad de ajustar nuestra legislación al tratado internacional para darle cumplimiento al mismo, lo ubicamos nuevamente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte donde se reformaron varias leyes o se promulgaron nuevas entre otras la Ley de Inversiones Extranjeras, la Ley Federal de Competencia Económica y la Ley de Instituciones de Crédito. Al lado de este caso,

<sup>27</sup> Jiménez de Aréchega, Eduardo, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno*, Montevideo, Ed. Fondo de Cultura Universitaria, 1988, p. 34.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 35.

en muchos otros, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, donde existe la obligación de ajustar también nuestra legislación para hacer efectivos los derechos humanos regulados en dichos instrumentos, no se han llevado a cabo las reformas constitucionales y legales necesarias, para que las autoridades den cumplimiento a los tratados, a pesar de que algunos de estos instrumentos los ratificó México hace más de 28 años. Por esta razón, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la responsabilidad del Estado mexicano por incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los casos Castañeda, Campo Algodonero y José Rosendo Radilla.

En el Caso Castañeda de 6 de julio de 2009, la Corte aludió a la naturaleza de las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y a la falta de cumplimiento de México de las mismas, al carecer el ordenamiento jurídico de México de un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales, apunta la Corte en relación con la naturaleza de las obligaciones:

Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.<sup>29</sup>

En relación con el incumplimiento de México de sus obligaciones precisa la Sentencia:

El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria

<sup>29</sup> Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos de 6 de julio de 2009, en <http://www.corteidh.org.cr/docs/>. Cfr. Caso Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C núm. 54, Párr. 37; Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú, *supra* nota 1, considerando sexto, y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíquez vs. Ecuador, *supra* nota 1, considerando sexto.

y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.<sup>30</sup>

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, ha puntualizado:

Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. El Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que el Estado incumplió con su deber de investigar –y con ello su deber de garantizar– los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal. Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de los familiares de las tres víctimas identificados.<sup>31</sup>

De manera mucho más clara y precisa en el Caso Radilla Pacheco vs. México, en relación con el juicio de amparo la Corte señala:

<sup>30</sup> Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos de 6 de julio de 2009, en <http://www.corteidh.org.cr/docs/>.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de derechos Humanos, caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 100 en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Respecto, de los hechos del presente caso se desprende que una vez que el Juzgado Segundo de Distrito decidió declinar su competencia a favor de la jurisdicción militar, la señora Tita Radilla Pacheco interpuso un juicio de amparo para revocar esta resolución. Sin embargo, esta demanda fue desechada en primera instancia (*supra* párr. 262) ya que con base en el artículo 10 de la Ley de Amparo “[e]l ofendido o víctima del delito, sólo puede intentar el juicio de garantías cuando se trate de algún acto relacionado directa e inmediatamente con la reparación del daño”.

La señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de dicha decisión. El Tribunal observa que, por “razón de turno”, correspondió al mismo Primer Tribunal Colegiado que resolvió la cuestión relativa al conflicto competencial (*supra* párr. 265) conocer del recurso de revisión. De la decisión de 24 de noviembre de 2005, solicitada por este Tribunal como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 12) se desprende que el Primer Tribunal Colegiado estableció que no serían “motivo de estudio ni la resolución impugnada ni los agravios propuestos por la [señora Tita Radilla Martínez]”, debido a que lo reclamado guardaba relación con el conflicto competencial ya resuelto. En tal sentido, dicho Tribunal Colegiado señaló que había “sobrevenido” una causal diversa a la invocada por el Juzgado Segundo de Distrito (*supra* párr. 292) para desechar el amparo y que, en consecuencia, era aplicable lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo, según el cual, éste es improcedente “cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado”. Por tanto, en razón de que previamente ya había resuelto la competencia en favor del fuero militar en el mismo asunto, el Primer Tribunal Colegiado confirmó el desechamiento de la demanda de amparo promovida por la señora Tita Radilla Martínez.

De la decisión anterior, claramente puede concluirse que se privó a la señora Tita Radilla Martínez de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario.

Al respecto, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos

fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas.<sup>32</sup>

### 7. Desconocimiento de las normas de interpretación por jueces locales y federales al aplicar los tratados

En lo atinente a la interpretación de los tratados, los jueces federales y locales deben aplicar las normas de interpretación contenidas en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El inciso primero del artículo 31 dispone que “todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Por su parte, el artículo 31.2 recalca, entre otras cosas, que el Preámbulo es considerado parte del texto de un tratado, teniendo por lo tanto relevancia para la interpretación integral de ese instrumento. El artículo 31.3 (b) dispone que “[...] se tomará en cuenta, de acuerdo con el contexto [...] cualquier práctica posterior en la aplicación del tratado”. El artículo 32, relativo a los medios complementarios de interpretación dispone: “Se puede recurrir a medios suplementarios de interpretación incluyendo los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su adopción, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación es dada en conformidad con el artículo 31”.

La Convención de Viena señala que no es necesario ni conveniente recurrir a la interpretación subjetiva, en particular a los trabajos preparatorios, a menos que la interpretación literal y teleológica no sea suficiente para aclarar el significado de una determinada disposición.

Cabe precisar que en el caso de los tratados de derechos humanos, a diferencia del resto de los tratados, se asigna mayor peso a una interpretación teleológica. Así, en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana se ha subrayado que “los tratados modernos de derechos humanos, en general, y en particular la Convención Ameri-

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 81, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

cana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional. Su objetivo y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...]”.<sup>33</sup> Pedro Nikken afirma que estamos en presencia de la evolución de un verdadero método humanitario de interpretación de los tratados sobre derechos humanos, cuya regla principal describe así:

En esa perspectiva, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos además que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados Partes sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las dos disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.<sup>34</sup>

Las interpretaciones teleológicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen sustento no sólo en el artículo 31 de la Convención de Viena sino también en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos titulado “Normas de Interpretación”, que establece cuatro reglas destinadas a excluir interpretaciones del contenido de la Convención.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

<sup>34</sup> Pedro Nikken, “Base de la Progresividad en el Régimen Internacional de Protección a los Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos en las Américas*, OAS, Washington, 1985, p. 32.

<sup>35</sup> “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.
- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.
- Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

La consecuencia de no aplicar las normas de interpretación señaladas origina la responsabilidad internacional del Estado, de ahí la importancia del conocimiento de estas normas por las autoridades que están llamadas a aplicar los tratados. La Suprema Corte de Justicia sólo ha emitido una tesis sobre esta temática:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.

Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para con-

firmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.

Clave: 2a., núm. CLXXI/2002.

Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

### **8. No difusión y capacitación de las autoridades o jueces federales y locales que permitan la correcta aplicación del tratado**

En muchas ocasiones, a pesar de que México ratificó un tratado, el desconocimiento del instrumento internacional, de los Estados Parte, las reservas u objeciones y la falta de seguimiento por parte de una autoridad federal de la implementación de los tratados convierten en nugatorio el esfuerzo de su negociación o celebración.

Normalmente no se capacita a las autoridades locales o federales para lograr una debida aplicación de los tratados internacionales, un ejemplo lo ubicamos en materia de seguridad nacional. México ratificó en 2003 la Convención de Viena sobre Crimen Transnacional Organizado, hasta la fecha no se ha capacitado debidamente a los ministerios públicos, policía y demás autoridades para lograr una debida aplicación del instrumento internacional y con ello obtener la cooperación judicial que se requiere en esta clase crímenes.

### **III. CONCLUSIONES**

1. Los tratados inconstitucionales, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no son Ley Suprema de toda la Unión, por tanto, no están obligados a aplicarlos autoridades federales o locales.
2. Los acuerdos inter-institucionales y acuerdos ejecutivos materialmente son tratados. Su naturaleza no es otra. De conformidad con la Ley de Celebración de Tratados y la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, responsabilizan al Estado mexicano, aunque no se incorporan a nuestro sistema

jurídico porque no reúnen los requisitos constitucionales para su celebración.

3. Los tratados que otorguen un tratado más benéfico que el establecido en la Constitución para las personas, no deben considerarse contrarios al artículo 15 constitucional, por tanto, debe aplicarse el criterio ya aceptado por los Tribunales Colegiados de que las garantías individuales constituyen un mínimo que las autoridades deben garantizar y que nada impide que se amplíen las garantías individuales mediante tratado.
4. Un tratado no es una ley, por tanto, no se deben aplicar los criterios de interpretación de las leyes a los tratados.
5. La falta de conocimiento de los ámbitos de validez temporal y personal de los tratados impide su correcta aplicación en nuestro sistema jurídico.
6. Los tratados no entran en vigor cuando son publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, sino en la forma que determina el artículo 24 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.
7. La falta de conocimiento de las reservas y objeciones de los tratados como del ámbito de validez personal, impiden su correcta aplicación.
8. Varios tratados no se aplican porque no se da seguimiento a su ejecución y aplicación. En algunos casos no se designa la autoridad responsable, en otros no se instrumenta su conocimiento y aplicación por las autoridades administrativas y judiciales.

## PRIMER AÑO DE TRABAJOS DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN E INFORMÁTICA JURÍDICA

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

SUMARIO: I. *Cien años de investigación*, II. *Un nuevo Centro de Investigaciones*. III. *Los resultados del primer año*. IV. *Anexo único. Síntesis de resultados y proyectos (julio 2010-julio 2011)*.

### I. CIEN AÑOS DE INVESTIGACIÓN

La investigación jurídica siempre ha ocupado un lugar central en la vida de la Escuela Libre de Derecho, como parte de su vocación fundacional por la enseñanza y difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, así como de su característico sello de formación teórico-práctica y técnico-humanística de abogados-juristas.<sup>1</sup>

Desde la exigencia permanente de la tesis profesional, la publicación de sus primeras revistas científicas en 1914 y en 1940,<sup>2</sup> y la con-

<sup>1</sup> Sobre la rica tradición de investigación en nuestra Escuela, pueden verse mis ensayos: “La renovación de la investigación jurídica en la Escuela Libre de Derecho: el Centro de Investigación e Informática Jurídica “Manuel Herrera y Lasso”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 34, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, y “Tradición y renovación de la investigación jurídica en la Escuela Libre de Derecho. Presentación del nuevo Centro de Investigaciones”, en *Temas de Derecho IV*, México, Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 2011. Puede verse también 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.

<sup>2</sup> Me refiero en primer lugar a la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, que tuvo como directores a Carlos Pichardo, Manuel Herrera y Lasso y Carlos Rovalo; escribían en ella juristas de la talla de Jacinto Pallares, Demetrio Sodi, Agustín Rodríguez, Miguel S. Macedo y Pedro Lascuráin. Dentro de la misma se publicaron —entre otros meritorios

formación de una de las mejores bibliotecas jurídicas de México desde 1920,<sup>3</sup> pasando por la apertura de los seminarios de investigación,<sup>4</sup> la edición ininterrumpida de su *Revista de Investigaciones Jurídicas* durante los últimos treinta y cinco años<sup>5</sup> y sus múltiples fondos editoriales, hasta llegar a la fundación, en 1973, de su Instituto de Investigaciones Jurídicas,<sup>6</sup> cuyos trabajos han sido retomados por el nuevo Centro de Investigaciones, la Libre ha prestado una contribución significativa a la investigación jurídica de nuestro país.

## II. UN NUEVO CENTRO DE INVESTIGACIONES

No obstante la anterior reseña de nuestra rica tradición académica, el Instituto acabó desarticulándose y ya desde el año de 1984 la investigación se había circunscrito a la Secretaría Académica y a algunos pocos trabajos institucionales, quedando relegada a los esfuerzos más bien personales de los egresados de la Escuela.

trabajos— la importante 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. La segunda revista fue el *Boletín Jurídico Bibliográfico de la Escuela Libre de Derecho*, fundado bajo el rectorado de Germán Fernández del Castillo, alcanzando una gran difusión en México, en toda América e inclusive en Europa, habiendo sido dirigido por Felipe Gómez Mont y colaborando dentro del mismo, entre otros, David Casares, Fernando Sodi Pallares, José Becerra Bautista y Víctor Manuel Ortega.

<sup>3</sup> Nuestra Biblioteca, creada gracias a la iniciativa del entonces alumno Noé Graham Gurriá, actualmente cuenta con más de 130 000 ejemplares, entre los cuales se encuentra la valiosa colección de su Fondo Reservado, que reúne varios ejemplares de los siglos XVI a XVIII, así como la más importante colección de derecho del siglo XIX, incluyendo un acervo, realmente único en el país, de folletería jurídica.

<sup>4</sup> Cabe destacar que 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 confiada a Jorge Adame Goddard. Sobre los planes de estudio históricos de la Escuela puede verse mi ensayo, "Breves notas sobre el nuevo plan de estudios de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 33, México, Escuela Libre de Derecho, 2009.

<sup>5</sup> Sus índices completos pueden encontrarse en las revistas núms. 11, 21 y 31.

<sup>6</sup> En el Instituto creado en 1973 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. También prestó su asesoría al Instituto Fernando A. Vázquez Pando.

Las distintas iniciativas que se habían venido realizando durante los últimos veinte años indudablemente requerían una mejor organización, una articulación más adecuada y un apoyo institucional más eficiente.

Fue así como se fundó, por acuerdo de la Junta Directiva del 6 de julio de 2010, el nuevo Centro de Investigación e Informática Jurídica, gracias a los impulsos del vocal Pascual Orozco y al apoyo del rector Fauzi Hamdan Amad, aprobándose también sus *Lineamientos de Operación* y la designación de su titular.

Actualmente el Centro tiene entre sus principales funciones la realización de los siguientes trabajos: a) impulsar proyectos de investigación teórica en todas las ramas del derecho y sus ciencias auxiliares, así como publicar las revistas, monografías y libros que recojan dichos trabajos de investigación y organizar todo tipo de seminarios y congresos de investigación; b) coordinar los proyectos de investigación aplicada a través de los cuales la Escuela pueda colaborar con los sectores público, privado y social, en proyectos de beneficio para el país contra el cobro de "cuotas de recuperación", así como participar en diversos medios de comunicación masiva para contribuir a la formación de una opinión pública jurídicamente informada; c) desarrollar diversos proyectos especiales, como el programa de tutorías para alumnos de licenciatura y posgrado y el programa cultural de cursos libres tendientes al fomento de actividades culturales y humanísticas en beneficio de nuestra comunidad escolar; y d) realizar proyectos de informática jurídica que permitan organizar mejor los sistemas de la Escuela, renovar su imagen en Internet, establecer bases de datos informáticas y sistemas de gestión de información, así como digitalizar distintos acervos útiles para la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas.

Para la realización de las anteriores actividades y proyectos ha sido contratado un compacto equipo de investigadores y funcionarios académicos y administrativos,<sup>7</sup> que están sujetos a los *Lineamientos*

<sup>7</sup> Actualmente colaboran en el Centro, prestando diversos apoyos académicos y administrativos, además de desarrollar sus propias actividades de investigación: Manuel Munive Páez, Óscar Servín, Armando Trigo, Arturo Damián y Claudia Hernández, y sirven como investigadores contratados, Francisco Villalón Ezquerro, Pablo Hernández-Romo Valencia y Roberto Ochoa. Además, están adscritos como investigadores postulados al Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt: Loretta Ortiz Ahlf y Ricardo Sepúlveda Iguíniz.

del Centro, que prevén obligaciones específicas y evaluaciones continuas a las que deberán someterse anualmente.

Además, todas las actividades del Centro, así como la coordinación y asignación de sus recursos, están sujetas a una normatividad estricta y al control y supervisión de las autoridades de la Escuela. En ese sentido, el gobierno del Centro está confiado en primer lugar al Rector y a la Junta Directiva, quienes para tales efectos se auxilian por el director del Centro, quien coordina los trabajos de investigación, por acuerdo con los mismos. Igualmente, el director del Centro cuenta con la asesoría y apoyo de un Consejo de Investigación e Informática.<sup>8</sup> Finalmente, cabe destacar que la distribución de funciones se encuentra pensada a partir de un régimen colaborativo de división de funciones, reserva de autorizaciones, control, publicidad de la información y evaluación, tendientes a garantizar la mayor productividad, eficiencia y economía del Centro.

### III. LOS RESULTADOS DEL PRIMER AÑO

Ahora bien, lo fundamental a destacar aquí es que en apenas un año de existencia el Centro ha cobrado vida y ha empezado a definir su propio perfil.<sup>9</sup>

Se ha establecido su Consejo de Investigación, que ha sesionado en casi diez ocasiones y ha aprobado importantes proyectos; se ha procedido a la incorporación de más de 90 investigadores honorarios, que de manera gratuita, están colaborando en múltiples iniciativas científicas; se han establecido y operan diversos programas para Alumnos Asistentes de Investigación (Becarios, Servicio Social y Pro Bono), que rebasan el número de 60 estudiantes, más allá de las tutorías individuales que se ofrecen a todos alumnos de la Escuela; se ha procedido a la contratación del personal académico, administrativo y de investigación, así como a la remodelación y acondicio-

<sup>8</sup> Actualmente integran el Consejo las siguientes personas: Rector, Fauzi Hamdan Amad; Vocal Delegado por la Junta Directiva, Pascual Orozco Garibay; Secretaria Académica, Gisela Oscós Said; investigador, Pablo Hernández-Romo Valencia; Francisco de Icaza Du-four y director del Centro y secretario *ex officio* del Consejo, Juan Pablo Pampillo Baliño.

<sup>9</sup> Cfr. mi ensayo, "Renovando una tradición investigativa: el nuevo Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista Lex. Difusión y Análisis*, México, mayo-junio de 2011.

namiento de nuevas oficinas; se está trabajando una importante obra colectiva en varios volúmenes en homenaje al próximo Centenario de la Escuela que comprenderá prácticamente todas las ramas del derecho y sus disciplinas auxiliares y en la que están participando 75 coordinadores y más de 450 articulistas; se han publicado y se están editando más de 15 libros; se han logrado importantes acuerdos internacionales con la Universidad Complutense de Madrid, con la que publicaremos próximamente sendas revistas de investigación, y con casi 20 instituciones de reconocido prestigio en Estados Unidos, España y América Latina, tendientes a dar a conocer los frutos de la investigación producidos dentro de la Libre; los investigadores del Centro han participado ya en ocho congresos internacionales en Europa y América Latina; se han aprobado unos *Criterios editoriales y lineamientos metodológicos*, que constituirán el parámetro para las publicaciones de la Escuela y que servirán de punto de partida para una iniciativa que busca homologar los criterios científicos para las publicaciones jurídicas en México; se ha construido una nueva página Web y se está iniciando un ambicioso proceso de digitalización informática de diversos fondos y acervos; se ha desarrollado un Programa de Difusión, que le permite a nuestros investigadores escribir en varias revistas científicas de México y del extranjero, así como en diversos medios masivos de comunicación, incluyendo prensa diaria, revistas de divulgación, radio y televisión, entre otras.

En fin, los resultados tangibles y los proyectos concretos actualmente en curso, son verdaderamente sorprendentes, sobre todo si se tiene en cuenta el poco tiempo que lleva operando el Centro y si se considera que se encuentra todavía en una primera fase de establecimiento y consolidación.

La materialización de los anteriores logros, cuantitativa y cualitativamente sobresalientes, no ha sido desde luego producto —al menos no exclusivamente— de la buena fortuna, sino principalmente el resultado de la convergencia de las siguientes circunstancias y razones: a) una larga y sólida tradición investigativa, b) el sello de la mística y vocación de excelencia que nuestra institución ha impreso en su comunidad de alumnos, profesores y egresados, c) la propia coyuntura del C Aniversario de nuestra Escuela, que ha creado un ambiente de renovación y un sentido de urgencia para la concretización de proyectos, d) el sentido de misión y la dedicación de personal

académico-administrativo contratado, que labora interiorizado de la importancia de sus trabajos en la formación de juristas y personas, y que percibe como parte de su desarrollo individual, profesional y académico, el éxito de los proyectos del Centro, colaborando en un ambiente de armonía fraterna, e) la incorporación, a través de un esquema de gratuidad, de un numeroso grupo de investigadores honorarios y la colaboración entusiasta de un amplio número de alumnos asistentes de investigación, y f) la apertura a la colaboración con todo tipo de instituciones, con las más prestigiosas para aprender, con las más recientes para apoyar y con todas para colaborar.

Así pues, hundiéndose sus raíces en la rica savia de la tradición de la Escuela Libre de Derecho y proyectado hacia su segunda centuria de vida, el nuevo Centro de Investigaciones busca servir a México en la formación de juristas, en la reflexión sobre las ciencias jurídicas y sus auxiliares, y en la elaboración de los instrumentos que nuestro derecho necesita para establecer y consolidar la justicia, la paz y la solidaridad que tanto necesita nuestro país y el mundo. Esperemos que con el apoyo de nuestra comunidad así sea.

#### IV. ANEXO ÚNICO. SÍNTESIS DE RESULTADOS Y PROYECTOS (JULIO 2010-JULIO 2011)

Centro de Investigación e Informática Jurídica  
Escuela Libre de Derecho

Área de investigación teórica

*Programa editorial 2010-2011*

Libros:

a) Ocho libros publicados al mes de agosto.

Del Granado, Juan Javier, *Oeconomia Iuris. Un libro del siglo XVI refundido para el siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.

Félix Cárdenas, Rodolfo, *Caso Chihuahua*, México, ELD, UBIIUS, México, 2011.

Hamdan Amad, Fauzi, *Derecho concursal mexicano*, México, Oxford University Press.

Hernández Romo, Pablo, *El fraude procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Hernández Romo, Pablo, *Los delitos previstos en la ley de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Hernández-Romo, Pablo y Roberto Ochoa, *Fundamentos de derecho penal mexicano II*, México, Porrúa, 2011.

Pampillo Baliño, Juan Pablo, *El primer constitucionalista de México*, México, Porrúa, 2010.

Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2011.

b) 10 Libros en proceso editorial, que serán publicados entre septiembre y octubre de 2011.

Arteaga Nava, Elisur, *Diálogos entre Maquiavelo (en el cielo) y Tomás de Aquino (en el infierno)*. El maquiavelismo en el cristianismo, México, Porrúa.

Arteaga Nava, Elisur, *Edipo, una víctima del destino*, México.

Betanzos, Eber, *Introducción a la ética*, México, Porrúa.

Betanzos, Eber, *La hispanofobia en los primeros años del México Independiente*, Porrúa, INHERM.

Hernández González, David y Luis Fernando Jiménez Aguayo, *Manual de derecho del deporte*, México, Porrúa.

Hernández González, David y Sadara Montenegro (coords.), *Temas selectos de derecho del deporte*, México, Porrúa.

Martínez García de León, Fernando, *El Remate. Su naturaleza jurídica y consecuencias legales*, México, Porrúa.

Orozco, Pascual, *Derecho constitucional mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa.

Said, Alberto, *Enrique Martínez Sobral y Beteta, profesor de la Escuela Libre de Derecho. Antología de un hombre polifacético*, México, Porrúa.

Varios, *Primer Seminario Internacional de Derecho de la Seguridad Nacional (Memorias) 2010*, Secretaría de Gobernación y ELD.

c) Doce libros en elaboración por investigadores, a publicarse en la primavera de 2012.

Gabriel Larrea 1, José Antonio López Padilla 2, Salomón Vargas 1, Salomón Vargas, Fernando Martínez y Edgar González Peredo 1, Carlos Sánchez Mejorada 1, Ricardo Sepúlveda 2, Federico Kunz 1, Manuel Munive 1, Juan Pablo Pampillo 2.

*Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela en su primer centenario*

- a) 44 áreas temáticas y listas proyectadas de temas y autores.
- b) 76 coordinadores.
- c) Más de 460 ensayistas confirmados; más de 25 ensayos entregados hasta el mes de agosto.
- d) Publicación y presentación de los volúmenes, durante 2012.

*Nuevas revistas internacionales de investigación, arbitradas e indizadas*

- a) Investigación sobre arbitraje e indización de revistas en los principales índices nacionales, internacionales y extranjeros, definición del estándar máximo para las nuestras, desarrollo de manuales, criterios y procedimientos.
- b) Revista Internacional de Filosofía Política y Jurídica, en colaboración con la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad del Externado de Colombia. Revista electrónica y física, con tiraje de 1 000 ejemplares. Convocatoria: septiembre de 2011; publicación: abril de 2012. Responsable de la edición: Escuela Libre de Derecho; se proyecta financiamiento del Conacyt.
- c) Revista Internacional de Derecho del Ciberespacio, en colaboración con la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad del Externado de Colombia. Revista electrónica y física con tiraje de 1 000 ejemplares. Convocatoria y publicación en 2012. Responsable de la edición: Universidad del Externado de Colombia.
- d) Revista Internacional de Globalización Jurídica, Derecho Supranacional e Integración Americana, en colaboración con

la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad del Externado de Colombia. Revista electrónica y física con tiraje con tiraje de 1 000 ejemplares. Convocatoria y publicación en 2012. Responsable de la edición: Escuela Libre de Derecho; se proyecta financiamiento del Conacyt.

*Relaciones editoriales*

- a) Editorial Porrúa. Consolidación de relación a través de diversas publicaciones y compromiso publicar la Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho.
- b) Oxford University Press México. Celebración de convenio; organización de talleres de elaboración de textos jurídicos, publicaciones.
- c) Tirant lo Blanch. Celebración de Convenio, acceso a su biblioteca digital, publicación de libros.
- d) Cengage Learning. Colaboración para la eventual traducción de nuestras publicaciones al inglés.
- e) Orden Jurídico Nacional. Colaboración para digitalizar y poner a disposición en nuestra página Web bases de datos de normatividad.
- f) Editorial La Ley, Argentina. Posibilidad de publicar en sus diferentes formatos (diario, suplementos, revistas y libros).

*Publicaciones en revistas científicas*

Se han publicado varios artículos en diversas revistas jurídicas nacionales e internacionales, como *Foro*, de la Universidad Complutense de Madrid; *Revista Ambiente Jurídico*, de la Universidad de Manizales Colombia; *Directo*, de la Universidad Sao Caetano do Sul, Brasil; *Forum Historiae Iuris*, del Instituto Max Planck, Alemania; *Revista de Investigaciones Jurídicas*, de la Escuela Libre de Derecho; *Revista Iuris Tantum*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, etcétera.

*Programa de colaboración interinstitucional*

- a) Universidad Complutense de Madrid (publicaciones y apertura a organización de posgrados conjuntos).

- b) Universidad de Buenos Aires, Argentina (publicaciones, seminarios de investigación, apertura a posgrados).
- c) Universidad del Externado de Colombia (publicaciones, congresos, coedición revistas).
- d) Florida International University (publicaciones, investigación honoraria, congresos).
- e) Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina (publicaciones, seminarios, congresos, apertura a posgrados).
- f) Asociación Colombiana de Facultades de Derecho (Acofade), que reúne a las 53 facultades más importantes del país (publicaciones, congresos).
- g) Convenio con 14 universidades de EUA, UE y AL (traducción y publicación de textos jurídicos para su publicación con Marcial-Pons).
- h) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (publicaciones).
- i) Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina (publicaciones y apertura a posgrados).
- j) Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de México (publicaciones e investigación aplicada).
- k) Escuela Judicial del Tribunal Superior de Justicia del D.F (publicaciones e investigación aplicada).

#### *Programa de congresos*

Los investigadores de la Escuela han participado en 10 congresos internacionales.

- a) Italia, Historia del Derecho Eclesiástico, Dr. Pampillo, 2010 (sin costo para la Escuela).
- b) Guatemala, Derecho Penal, Dr. Ochoa y Dr. Hernández-Romo, 2011.
- c) Brasil, Integración Americana, Dr. Pampillo, 2011 (sin costo para la Escuela).
- d) Colombia, Historia Derecho Constitucional, Dr. Pampillo, 2011 (sin costo para la Escuela).
- e) Colombia, Investigación Jurídica, Mtro. Munive, 2011 (sin costo para la Escuela).

- f) Argentina, Historia del Derecho, Dr. Pampillo, 2011 (sin costo para la Escuela).
- g) Colombia, Derecho Constitucional, Mtro. Orozco, 2011 (sin costo para la Escuela).
- h) Colombia, Teoría del Derecho, Dr. Pampillo, 2011 (sin costo para la Escuela).
- i) México, Teoría y Ética del Proceso, Mtro. Damián, 2011 (sin costo para la Escuela).
- j) Brasil, Derecho Informático, Mtro. Servín, 2011.

El CIIJ se encuentra organizando tres congresos.

- a) II Jornadas de Derecho Procesal, coordinadas por Mauricio Cárdenas (noviembre, 2011).
- b) Congreso de Aportaciones de la Escuela Libre de Derecho a la enseñanza a la teoría y a la práctica del derecho (abril, 2012).
- c) Congreso de Globalización Jurídica, Derecho Supranacional e Integración Americana (noviembre, 2012).

Congresos a celebrarse en la Escuela por invitación del CIIJ.

- a) XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (octubre, 2012).
- b) IV Convención Internacional de Derecho Informático (pendiente de confirmar fechas para 2012).

#### *Programa de tutorías*

Apoyo a estudiantes de la ELD, tanto de licenciatura como de posgrado, para:

- a) Orientación general sobre la Escuela para alumnos de nuevo ingreso.
- b) Dudas de clase.
- c) Referencias bibliohemerográficas.
- d) Preparación de trabajos y de tesis.
- e) Presentación de exámenes ordinarios.

*Programa de investigadores honorarios*

- Diseño del programa, convocatoria y respuesta para su integración al CIIJ de más de 95 investigadores.
- Segundo lugar en cantidad de investigadores a nivel nacional, después del IJ, UNAM.

*Programa de alumnos asistentes de investigación*

- Diseño del programa, convocatoria y respuesta de becarios, servicio social y alumnos pro-bono.
- Total de asistentes de investigación durante el ciclo 2010-2012: 65 alumnos.

## ÁREA DE INVESTIGACIÓN APLICADA

*Programa de difusión a través de medios*

## Televisión (28 entrevistas)

- Televisa.
- TV Azteca.
- Proyecto Canal 40.
- Efeko TV.

## Radio (cinco entrevistas)

- Formato 21.
- Noticiero Sabatino Radio Acir.
- Huellas de la Historia Radio Centro.
- Derecho al Día, en Radio Universidad de Buenos Aires.

## Prensa escrita y revistas de divulgación (22 entrevistas, artículos y reseñas)

- Periódico *Reforma*.
- Diario *El Peruano*.
- Revista *Mundo del Abogado*.
- Revista *Lex. Difusión y Análisis*.
- Revista *Abogado Corporativo Jurídica*.

*Proyectos de investigación aplicada*

- Proyectos con Conacyt. Renovación de Registro (Reniecyt). Firma de Convenio. En proceso la solicitud de apoyos específicos para financiar los diversos proyectos del CIIJ.
- Proyecto para Consorcio Educativo "Plenus". Asesorar a dicho consorcio educativo para el dictamen de la currícula académica sobre la carrera de derecho de las tres instituciones de educación superior que lo componen; hacer la remodelación curricular correspondiente y dictaminar los libros de texto del propio Consorcio.
- Proyectos sobre Derecho del Deporte. Una vez publicados los libros *Manual de derecho del deporte* y *Temas selectos de derecho del deporte*, se impartirán cursos sobre derecho del deporte para capacitación, como punto de partida para proponer modificaciones legislativas a gobiernos e institutos del deporte de las entidades federativas del país, así como Centroamérica y el Caribe.

## ÁREA DE INFORMÁTICA JURÍDICA

- *Proyecto nueva página Web de la Escuela*: Rediseño e implementación de la nueva página Web de la Escuela, con nuevos contenidos, video entrevistas y micrositos. Incremento de la afluencia a 1 300 visitas diarias, lo que supone un aumento del 170% en seis meses. La página se encuentra todavía en proceso de actualización.
- *Proyecto presencia de la Escuela en redes sociales*. Twitter 588; Facebook 731; Youtube 200. En cinco meses, la ELD está posicionada como líder en redes sociales de las facultades de derecho de México. Sus campañas de información llegan, al menos, a 1 000 personas.
- *Proyecto de digitalización de fondos, acervos y archivos*. Análisis, presentación de proyecto y aprobación de plan de acción para 2012.
- *Proyecto de renovación de infraestructura tecnológica de la Escuela*. Análisis y dictamen de sistemas para biblioteca, correo electrónico y SICE. Implementación pendiente.

1. *Proyecto de creación de redes de informática jurídica*. Diversos acercamientos a Canieti, Orden Jurídico Nacional, Internet 2.0, etcétera.
2. *Desarrollo de bases de datos y aplicaciones de diversos proyectos de investigación aplicada y para uso institucional*.
3. *Proyecto de capacitación*. Para profesores, alumnos y funcionarios de la Escuela.

#### OTROS PROYECTOS Y APORTACIONES DEL CIIJ

##### *Diseño y aprobación de normatividad objetiva y clara*

- Aprobación por la Junta Directiva de los *Lineamientos de Operación del CIIJ*.
- Aprobación por la dirección del CIIJ de un *Manual de Operaciones*, que incluye un Código de Conducta y un Plan General de Trabajo.
- Definición de criterios editoriales y lineamientos para publicaciones de la Escuela.

##### *Apoyos a otros proyectos académicos de la Escuela*

- Preparación de *Proyecto de Lineamientos para la Selección de Profesores* (aprobado por la Junta Directiva).
- Preparación de *Proyecto de Reglamento de Biblioteca* (aprobado por la Junta Directiva).
- Proyecto de *Currículum Académico para el Nuevo Plan de Estudios* de Licenciatura con contenidos y bibliografía para todas las materias.
- Análisis de los requisitos (jurídicos, académicos y humanos) para el establecimiento de un doctorado en derecho por nuestra Escuela y negociación de un primer acuerdo para la apertura de un doctorado internacional conjunto con la Universidad Complutense de Madrid.

##### *Programa cultural del CIIJ: "La Libre es más que derecho"*

- Preparación de exposiciones y conciertos para la presentación de los tomos de la Obra Enciclopédica en Homenaje al Centenario de la ELD.
- Ciclo de *Cine y Derecho* entre la ELD y la SCJN.
- Diseño y gestión de un Anteproyecto de *programa musical* para la ELD, que posteriormente será definido e instrumentado por el Mtro. Sergio Vela Martínez.

## DERECHOS SOCIALES

Ana Francisca VELASCO SODI

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *La justicia social: una visión filosófica y una visión económica*. III. *El Estado constitucional moderno y los derechos sociales*. IV. *Los derechos sociales en el derecho positivo mexicano*. V. *Los derechos sociales como obligación compartida*. VI. *Conclusiones*.

### I. PREÁMBULO

Uno de los temas que resultaron de mayor interés en el módulo impartido por el doctor Juan Manuel Acuña, lo fue el tema de los derechos sociales y su desarrollo inacabado a partir de finales del siglo XIX con el nacimiento del Estado de Bienestar social en Alemania.

Si bien es cierto que la ciencia del derecho ha sido capaz de explicar el nacimiento de los derechos sociales y, recientemente, a través de la teoría neoconstitucional, sus contenidos, paradigmas y principales obstáculos para garantizar su eficacia, también lo es que los regímenes jurídicos no han podido encontrar la fórmula para dotar a estos derechos sociales de una plena eficacia y vigencia, que los hagan trascender de normas meramente programáticas a normas vinculantes para la autoridad y los erijan como verdaderos derechos humanos.

A lo largo de la maestría de Derecho procesal constitucional, todos los catedráticos han coincidido en que las garantías constitucionales nacen con la vocación de proteger y asegurar la eficacia a los derechos previstos en la Constitución, entre otros, los derechos humanos, y se advierte que en esta área aún queda una diversidad de problemas que resolver.

El presente ensayo únicamente tiene por objeto exponer algunas de las teorías que desde el punto de vista filosófico, económico y jurídico existen en torno a la justicia social y a los derechos sociales, para después pasar a precisar su regulación en el régimen jurídico mexicano y la importancia que debe darse al derecho internacional en el desarrollo y dotación de contenido de los mismos. El último apartado del trabajo me obliga a anticipar una conclusión, en el sentido de que el desarrollo y protección de los derechos sociales es una función predominantemente del Estado, pero que no se agota en la función de ninguno de sus poderes, sino que es corresponsabilidad de los tres. Así las cosas, veremos algunos ejemplos de cómo el Estado asume esa responsabilidad, haciendo hincapié en un caso paradigmático que tuvo el gran acierto de abrir en sede judicial el debate sobre justiciabilidad de los derechos sociales y que fue analizado en clase.

## II. LA JUSTICIA SOCIAL: UNA VISIÓN FILOSÓFICA Y UNA VISIÓN ECONÓMICA

Precede al reconocimiento y elaboración de los derechos sociales el tema de la justicia social que podemos estudiar desde muy diversas disciplinas. En el caso, y dada la trascendencia de la teoría desarrollada por John Rawls,<sup>1</sup> se estima oportuno hacer una breve exposición de la misma, para complementarla después con las ideas del economista contemporáneo Amartya Sen y su *desarrollo como libertad*.

Para John Rawls es la justicia una virtud en tanto que es una práctica mediante la cual las personas hacen valer sus derechos; así, la justicia social debe también ser una virtud, un hábito operativo, que se logra momento a momento y será la virtud por excelencia de los Estados constitucionalizados.

A grandes rasgos, la teoría de Rawls puede situarse dentro de la categorización de los contratos sociales, puesto que supone un acuerdo mutuo entre los individuos de una comunidad bajo condiciones equitativas. Defiende la idea de la justicia en términos de igualdad, de tal suerte que se identifica como una justicia distributiva en la que los individuos, de común acuerdo, eligen un sistema en el que sus acciones estén orientadas bajo valores políticos. La teoría se sostiene

<sup>1</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia / Theory of justice*, Fondo de Cultura Económica, 2006.

en dos principios que resultan sumamente ilustrativos para la comprensión del contenido de los derechos sociales:

“Primero: Cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales, compatible con un esquema similar de libertades para otros.

Segundo: Las desigualdades sociales deben ser resueltas de tal modo que:

1. Resulten en mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.
2. Los cargos y puestos deben estar abiertos para todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades”.<sup>2</sup>

Estos principios protegen libertades básicas, como las políticas: derecho a votar, postularse y tener acceso a cargos de elección; de expresión, de pensamiento, manifestación y reunión. El segundo principio, de la diferencia, puede entenderse como la única justificación de que existan diferencias o desigualdades en este escenario colectivo equitativo al que se someten de común acuerdo los individuos. Las diferencias, según Rawls, sólo existirán en la medida en que contribuyan a dotar de las mismas oportunidades básicas –en términos de valores políticos– a los menos aventajados.

Por su parte, el economista indio Amartya Sen, en una de sus obras más célebres, *Desarrollo como libertad (Development as freedom)*,<sup>3</sup> hace una crítica de los objetivos y finalidades de los sistemas económicos contemporáneos. Argumenta que, en la búsqueda del desarrollo real, los indicadores económicos habituales no capturan la situación integral de la población.

De este modo, el problema de distribución de bienestar no puede ser medido únicamente a través de indicadores económicos (PIB, ingreso per cápita, tasa inflacionaria). El problema de bienestar tiene que ver más con el desarrollo de ciertas libertades (educación, vivienda, salud) que componen el escenario justo donde los individuos interactúan en forma equitativas, entendido como el acceso a las mismas oportunidades, desde las más básicas –salud, alimentación, vivienda, educación– hasta las más elaboradas –elección de gobernantes, acceso a puestos de elección popular, expresión y

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>3</sup> Sen, Amartya, *Development as freedom*, Anchor, 2005 (versión en inglés).

manifestación—, que son independientes de las primeras. La justicia es, entonces, para Amartya Sen, la capacidad del individuo de no ser privado de estas libertades. En este tenor, la justicia distributiva es alcanzada al procurar, no una tasa de crecimiento económico estable para una nación, sino al procurar a sus habitantes el aseguramiento de las mismas libertades.

Hasta aquí, algunas de las ópticas bajo las cuales se ha tratado de definir y dar contenido a la justicia social, cómo conseguirla, cómo asegurar las mismas libertades a los individuos dentro de un Estado, cómo procurar que los mismos tengan las mismas oportunidades, que bajo un principio de igualdad que lleva implícito, el de no discriminación, les permita desarrollar sus potencialidades en actos. Esta ha sido principal preocupación del Estado, no en su origen sino en su evolución, consagrando los derechos sociales como derechos fundamentales con las notas características de universalidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, que se predicán de los mismos.

### III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO Y LOS DERECHOS SOCIALES

Habiendo hecho una breve referencia a las teorías, que desde una óptica filosófica y económica pretenden explicar el contenido de los derechos sociales, resulta fundamental hacer lo propio desde el ámbito del derecho y por tanto desde la doctrina jurídica, para lo cual resulta indispensable acudir brevemente a Luigi Ferrajoli, uno de los máximos exponentes del neoconstitucionalismo.

Este autor, en su obra, *Razón y derecho*, plantea la diferencia esencial que encontramos entre el Estado liberal y el Estado social, y nos explica que el Estado liberal que encuentra una de sus cartas de nacimiento en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, surge de las principales ideas que también inspiraron la Revolución francesa: “dejar hacer y dejar pasar”. En este sentido, al Estado le son impuestos una serie de límites infranqueables, que se traducen en obligaciones de no hacer y que en consecuencia lo ubican en un papel eminentemente pasivo. Por otro lado, se ubica el Estado social, caracterizado por constituciones que reconocen una serie de derechos que para ser satisfechos precisan de una correlativa obligación. Estos derechos: a la vivienda, a la educación,

a la salud, etc., aun cuando se encuentren reconocidos en la norma fundamental de un Estado, no pueden ser plenamente efectivos si no existe un ente pasivo obligado a cumplir con la prestación relativa.

A partir de la diferencia apuntada, define las garantías liberales o negativas y las garantías sociales o positivas, y en este ámbito ubica uno de los grandes problemas que la ciencia jurídica no ha logrado resolver; sobre el particular manifiesta:

“El enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de *garantías sociales* o positivas adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad”.<sup>4</sup>

Siguiendo con su análisis, el autor establece que si bien es cierto que el *Welfare State*, se desarrolla y toma su carta de naturalización precisamente en la pretensión de garantizar la eficacia de estos derechos, lo hace exclusivamente desde el ámbito de la administración pública y a través de actos netamente discrecionales, lo cual de nuevo hace nugatoria la garantía, que para ser tal, se debe desarrollar como instrumento de tutela del derecho y como garantía indisponible de que la prestación u obligación a cargo del Estado se seguirá prestando independientemente de la ideología, agenda política o partido en el poder.

Es tal la importancia que este autor otorga al tema que la anuncia como una de las “vías posibles y deseables del paradigma constitucional”, con una especial misión de “desarrollar un sistema de garantías para lo que se ha llamado el *constitucionalismo de la igualdad*”.<sup>5</sup> Así, gran parte de su estudio se avoca a determinar cuál debe ser el contenido de esos derechos sociales para poder después construir el andamiaje para garantizarlo.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2a. ed., España, p. 863.

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en Luigi Ferrajoli”, en *Galantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2a. ed., 2009, p. 171.

#### IV. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Aun cuando los derechos sociales se empiezan a reconocer en las constituciones y leyes fundamentales de muchos países desde finales del siglo XIX, éstos han quedado plasmados como meros enunciados programáticos o mandatos de optimización, lo cual es entendible plenamente, si partimos de que las leyes y sobre todo la norma constitucional, deben tener esta característica de generalidad que permita a los distintos operadores jurídicos dotarlos de contenido, que necesariamente deberá modificarse y evolucionar de acuerdo con las circunstancias culturales, sociales y la evolución del propio Estado.

En este sentido, estimamos que en materia de derechos sociales las necesidades del individuo en sociedad van en incremento, la igualdad de oportunidades siempre será un fin inacabado que persiga el Estado. Hace cien años la igualdad de oportunidades en materia educativa implicaba que todos los individuos de un Estado contaran con educación básica, el día de hoy, además, implica que tengan acceso a tecnologías más avanzadas e incluso llegar hasta niveles de educación superior; lo anterior indica que las herramientas de que precisa un individuo para desarrollarse en sociedad serán mucho mayores, por el simple hecho que las sociedades evolucionan y las necesidades de sus individuos también. De igual forma en materia de salud, hace años las políticas sanitarias buscaban dar al individuo medicinas para padecimientos comunes, hoy se discute el acceso universal a los medicamentos huérfanos, es decir, aquellos destinados a curar enfermedades de última generación que por su novedad y poco estudio resultan muy costosas y encarecen el sistema. En este sentido, consideramos que el contenido de los derechos sociales es un contenido inacabado.

En derecho positivo mexicano, los derechos sociales se encuentran consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

- Derecho a la educación, art. 3o.
- Derecho a la vivienda, art. 4o.
- Derecho a un medio ambiente adecuado, art. 4o.
- Derecho a la protección de la salud, art. 4o.

- Derecho de los menores de edad, art. 4o.
- Derecho de los consumidores, art. 28.
- Derecho de los trabajadores, art. 123.

Christian Courtis, al abordar los derechos sociales en perspectiva, nos indica que el asidero y principal fundamento de éstos se encuentra en la Constitución, lo cual implica en sí mismo una primera garantía, en tanto los dota de un *contenido mínimo esencial* que no podrá ser violentado por las autoridades, y por el *principio de reserva de ley* las obliga a dotar de contenido formal a las mismas a través de ordenamientos secundarios que desarrollen su objeto, contenido, sujetos obligados, alcance, garantías, etcétera.

A reserva de analizar más adelante el papel fundamental que tiene el poder legislativo para asegurar la eficacia plena de los derechos sociales, referiremos brevemente la gran utilidad de los ordenamientos internacionales en materia de derechos humanos, que por mandato expreso constitucional<sup>6</sup> deben ser observados. En efecto, en términos de la reforma constitucional recientemente publicada, los instrumentos internacionales suscritos por México y las interpretaciones que los tribunales internacionales hagan sobre los mismos, resultan obligatorios para todos los órganos internos de un país. Este llamado control difuso de convencionalidad posiciona al instrumento internacional como parte del derecho interno y establece un mecanismo para que el mismo permee en todas las áreas del quehacer del Estado, por lo que necesariamente debe impregnar el andamiaje, construcción y desarrollo de los derechos sociales, que en México es todavía incipiente.

En esta vertiente, que Luigi Ferrajoli anuncia como uno de los ejes de evolución del paradigma constitucional, marcado por la necesidad de abandonar la concepción clásica territorial e impulsar un constitucionalismo global, necesariamente se habrán de tener en cuenta los instrumentos internacionales, del sistema interamericano y del sistema universal, que en materia de derechos humanos han fijado parámetros mínimos para la elaboración e interpretación de los derechos sociales.

<sup>6</sup> Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

En el sistema interamericano, ubicamos los siguientes instrumentos que consagran derechos sociales: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Carta de la OEA y el Protocolo de la San Salvador.

En el sistema universal resulta relevante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elaborado por el Comité que lleva el mismo nombre y busca dar contenido a los derechos de educación, vivienda y salud presentes en todas las constituciones modernas, pero carentes de un contenido que los dote de eficacia.

Independientemente del desarrollo que por cada uno de estos temas contiene el Pacto —derechos mínimos en materia laboral, de seguridad social, alimentación, vestido y vivienda—, así como de las observaciones, que como interpretaciones de un organismo internacional pudieran resultar obligatorias a los países miembros, el pacto establece un parámetro que desde mi punto de vista resulta fundamental, al enmarcar la obligación y responsabilidad del Estado.

En lo que toca a la responsabilidad del Estado el Pacto en su artículo 2, establece:

“Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos...”<sup>7</sup>

Así, a partir de los ordenamientos internacionales, que siempre han marcado la pauta en materia de derechos humanos, el Estado encuentra un marco de actuación y los individuos un mínimo de garantías exigibles. La pauta antes referida obligará al Estado a justificar y a acreditar:

- La adopción de medidas económicas y técnicas que permitan a los individuos gozar de trabajo, seguridad social, vivienda,

<sup>7</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consultado en la página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

vestido y educación, entre otros. En este sentido el Estado deberá destinar recursos económicos, pero además poner al alcance de los individuos recursos efectivos para hacer valer estos derechos.

- Destinar hasta el máximo de los recursos que disponga, lo cual se convierte en una obligación principalmente del ejecutivo, compartida con el legislativo, a través de la facultad presupuestaria.
- Adoptar medidas, incluso, de carácter legislativo para garantizar la eficacia de los derechos. En este rubro asume un papel estelar el papel legislativo que, como anunciábamos, deberá dotar de contenido específico a través de leyes secundarias.

#### V. LOS DERECHOS SOCIALES COMO OBLIGACIÓN COMPARTIDA

La tarea es compleja y no es privativa de ninguno de los poderes del Estado, sino que, para ser exitosa debe ser compartida y articulada. Así el ejecutivo, el legislativo y el judicial tienen una función específica, para lograr la plena eficacia de los derechos sociales y alcanzar un constitucionalismo de igualdad, como condición necesaria para el desarrollo óptimo de las sociedades y abatir la pobreza que, además de la injusticia social que conlleva, impide el desarrollo integral de un país, al estancar la productividad, el crecimiento del empleo y amenazar constantemente a la seguridad y paz pública.

En esta tarea compartida, el Poder Legislativo, en cumplimiento del principio de reserva de ley asume la principal tarea de desarrollar en un sentido formal el contenido de los derechos sociales, con el objeto de obligar a quien posteriormente diseñará e implementará la política pública, que lo es el ejecutivo, a constituir servicios que aseguren permanencia, accesibilidad y eficacia. Del otro lado de la moneda, el legislativo también juega un papel fundamental para poner a la mano de los individuos recursos expeditos y eficaces que le permitan exigir al Estado el cumplimiento de estos derechos sociales. Sobre el particular estimamos que las recientes reformas a la Constitución en materia de amparo,<sup>8</sup> constituyen un avance al ampliar la

<sup>8</sup> Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

esfera de entes legitimados para la interposición del juicio de amparo y trascender del concepto de interés personal y directo, al de interés legítimo, que en cierta forma permitirá el desarrollo de los amparos colectivos. De igual forma anuncia el fin de la fórmula y presagia un efecto expansivo de la justicia, que pudiera ser benéfica para el desarrollo de los derechos sociales y sus garantías.

La reforma obedece al desenvolvimiento y desarrollo progresivo que han tenido los sistemas constitucionales en el mundo, siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli: "La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras Declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo XIX, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del último siglo, hasta los nuevos derechos a la paz, al medioambiente, a la información..."<sup>9</sup> podremos afirmar que la historia del derecho procesal constitucional también va de la creación de instrumentos de tutela para los derechos fundamentales más básicos, pasando después por la tutela de los derechos sociales, y en el futuro de aquellos que la sociedad reivindique como prerrogativa propia y límite al poder, "el garantismo en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo".<sup>10</sup>

El avance comentado no permite cerrar los ojos a la dificultad que tendrán los jueces en el dictado de las sentencias que corresponden y a las nuevas obligaciones que podrán derivar a cargo del Estado. Sin duda el legislador secundario, en la nueva Ley de Amparo, y posteriormente los jueces, en su papel de intérpretes, tienen un largo trabajo por delante.

El Poder Ejecutivo, por su parte, deberá crear servicios públicos de calidad y programas sociales efectivos, que tengan como centro al individuo. En este rubro resultará fundamental acotar las facultades discrecionales que hasta la fecha caracterizan a esta función de la administración pública. El desarrollo de esta obligación en leyes secundarias, reglamentos, y permeada por los principios que se han sentado en tratados de naturaleza internacional de los que México forman parte, debieran ser el marco normativo que obligue al ejecu-

tivo a encauzar su función bajo parámetros determinados, que a su vez aseguren la idoneidad, permanencia y eficacia de los programas sociales.

Pareciera que en México el compromiso por parte del ejecutivo no ha sido cumplido. La falta de continuidad en los programas sociales ha llevado a la falta de consolidación de la construcción de las bases del estado de bienestar social. Sexenio tras sexenio, se actualiza el riesgo que avisa Christian Curtis al hablar de la perspectiva de los derechos sociales, se presenta "un mar de pequeños programas que no están vinculados entre sí, y que le conceden a una administración gestionada de acuerdo con criterios partidistas la discrecionalidad de otorgar o quitar prestaciones según su arbitrio. En consecuencia, así no tenemos derechos, sino planes o programas sin mecanismos de fiscalización alguno, destinados a cubrir discrecionalmente ciertas necesidades".<sup>11</sup>

Hemos observado diversidad de programas, y para ejemplo basta un botón. En el sexenio de Carlos Salinas, el programa Solidaridad apostó al fortalecimiento de las relaciones comerciales, pero dejó a un lado los mecanismos que debían impulsar la justa repartición distributiva del ingreso. Este programa, ampliamente conocido por todos los mexicanos de nuestra generación y difundido por todo el país, se vio afectado por la corrupción, el clientelismo y la falta de actores políticos realmente comprometidos con la justicia social. Fracásó por carecer de lineamientos y objetivos claros, fue en gran medida unilateral y sin duda, implementado para fortalecer el partido en el poder, el cual había visto amenazada su hegemonía en las elecciones anteriores. Esto no fue privativo del partido que nos gobernó por más de 70 años, en realidad la alternancia no significó su concepto en materia de derechos sociales, en las administraciones panistas se han implementado programas similares: Oportunidades, Arranque parejo en la vida y otros más.

Esta prerrogativa que ha tenido el poder ejecutivo de otorgar o negar derechos a discreción, necesariamente deberá irse reduciendo y aquí surge la nueva lucha social, ahora para garantizar que los derechos que se encuentran consagrados en la Constitución sean vinculantes

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 73.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>11</sup> Curtis, Christian, "Los derechos sociales en perspectiva", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 200.

para el Estado. En esta nueva conquista el poder judicial toma un papel protagónico.

En efecto, el Poder Judicial, a través de las crecientes facultades que le han sido conferidas desde el año de 1996, debe asumir a cabalidad su función como principal garante de los derechos humanos, entre ellos de los derechos sociales, para lo cual necesita progresar en sus ideas, en sus conceptos, dejar de lado términos y formulismos que en muchas de las ocasiones son utilizados como pretexto para soslayar al debate de fondo. Deberá perder el miedo a que sus sentencias incidan en la formulación o modificación de políticas públicas y entender la división de poderes como un concepto renovado, pues, como sostiene Bruce Ackerman, cuando la separación de poderes es llevada al extremo, la democracia desaparece y el sistema político, encerrado en sí mismo, se divorcia de la sociedad civil.<sup>12</sup>

En este aspecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá seguir el activismo de otras cortes de América Latina, como la de Colombia, que en varias ocasiones ha llegado a establecer directrices al ejecutivo que inciden directamente en la formulación de políticas públicas; no obstante que los derechos sociales no están protegidos por la acción de tutela, a través de mecanismos indirectos ha dictado sentencias novedosas y emblemáticas, algunas de ellas analizadas en clase.<sup>13</sup>

No se pasan por alto las principales críticas que se han hecho a la justiciabilidad de los derechos sociales, claramente expuestas y rebatidas por el maestro Juan Manuel Acuña,<sup>14</sup> y que se sintetizan en:

- La falta de idoneidad técnica de los jueces.
- La falta de pensamiento comprensivo de los jueces.
- El carácter antidemocrático del activismo judicial de los jueces en materia de derechos sociales.

Todas estas críticas caen por el suelo si tenemos al ser humano y al individuo como sujeto principal del orden jurídico y si entendemos

<sup>12</sup> Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia-177/99 y Sentencia 884/03.

<sup>14</sup> Acuña, Juan Manuel, "La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales como vía para el control de la racionalidad de las políticas públicas" (material de trabajo de clase).

el activismo del poder judicial como una "respuesta al planteamiento de personas, grupos o sectores sociales insatisfechos por la inacción de otros poderes o, en otros casos, por los retrocesos que las políticas regresivas imponen".<sup>15</sup>

Sobre el particular, resulta fundamental comentar brevemente uno de los casos emblemáticos en México que tuvo la gran virtud de abrir en sede judicial el debate de los derechos sociales y en el que observamos la garantía del derecho a la salud desplegándose en la realidad y asegurando la efectividad del derecho a la comunidad de Mininuma en Guerrero.

El caso sometido a jurisdicción federal, tiene que ver con una realidad que podemos encontrar en todos los estados de la República y que como siempre afecta a aquellos que se encuentran en un situación de desventaja y desprotección, a aquellas comunidades que viven lejos de los centros de población y se han visto orillados a subsistir en condiciones, en ocasiones infrahumanas. La comunidad de Mininuma, como muchas otras comunidades indígenas, se ha visto privada de una clínica de salud que cuente con los servicios básicos, lo que impide a sus miembros tener acceso a este tipo de servicio, obligándolos a viajar por horas al centro de salud más cercano. A pesar de las diversas solicitudes que la comunidad hizo al gobierno para que los dotara de este servicio básico, el gobierno lo niega, pretendiendo fundar su resolución en los lineamientos establecidos en el programa Midas.

Tales resoluciones llevaron a la comunidad a organizarse e interponer un juicio de amparo, que en forma principal hacía valer violaciones a la garantía de igualdad por actualización de un caso de discriminación.

El amparo fue concedido por el juez séptimo de distrito en el estado de Guerrero, que resolvió conceder el amparo a la comunidad de Mininuma.

El juez consideró que el derecho a la salud y el principio de no discriminación se encuentran plenamente vinculados y que los decesos que han sufrido personas de la comunidad son una evidencia fehaciente de la violación al derecho a la salud previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El juez se aventuró a ir más allá, con el objeto de hacer efectiva la sentencia de amparo y

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 7.

restablecer la garantía violada, obligó a las autoridades responsables a: i) acondicionar, amueblar y dotar de equipo y medicamentos adecuados el espacio físico que la comunidad había predestinado para la casa de salud, ii) cumplir con la cartera de servicios que corresponden con base en el plan Midas, iii) sustituir los vagones que hacían las veces de "casa de salud" por un verdadero centro de salud, con las condiciones mínimas que contempla el plan Midas. Todo lo anterior, sin que las autoridades puedan alegar falta de presupuesto.

Como se puede observar, este caso es una clara incidencia, válida y eficaz, del poder judicial en las decisiones de la administración pública, que busca eliminar espacios de discrecionalidad en la distribución de los servicios públicos.

"El caso Mininuma es relevante en la búsqueda de la transformación del paradigma imperante en materia de derechos sociales fundamentales. Aun sabiendo que el derecho suele ser un instrumento de legitimación del poder político, que contribuye a construir sociedades tan desiguales como la nuestra, con tan profundas contradicciones sociales; en las que la discriminación, la pobreza y la exclusión predominan y el acceso a los derechos en muchos casos es un privilegio, la comunidad decidió apostar por este instrumento valorando su potencialidad transformadora a favor de mejores condiciones de vida para la población y poniendo en práctica una de las ideas de Wolkmer quien considera que las complejas exigencias del presente momento imponen la necesidad de la búsqueda de nuevos caminos y directrices para el derecho".<sup>16</sup>

Por último, y a manera de conclusión, es importante resaltar que esta construcción de una sociedad más justa e igualitaria, tampoco se agota en la función del Estado, trasciende a éste y se vuelve corresponsabilidad de todos, no entendiendo la función de los individuos como una función meramente asistencial, sino como una obligación de encaminar los actos de la autoridad a través de una participación y una articulación de la ciudadanía. De nuevo el artículo analizado sobre el caso Mininuma refiere como se precisó de la integración de varios factores que desde la sociedad civil dieron eco y fuerza a la voz disminuida por la pobreza de esta comunidad indígena.

<sup>16</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, "El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México", biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 95.

## VI. CONCLUSIONES

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé una serie de derechos que al estar previstos en la parte dogmática se vuelven indisponibles, inalienables y universales; no obstante, todo quedará en el plano discursivo hasta en tanto dichos derechos no son dotados de un contenido preciso y, sobre todo, obligatorio para la autoridad.

En la determinación del contenido de los derechos sociales, atendiendo al control difuso de convencionalidad recientemente reconocido en el texto constitucional, los instrumentos de derecho internacional y las interpretaciones que sobre los mismos hacen los órganos internacionales jugarán un papel estelar, al ir delimitando el rumbo que deberán tomar las autoridades de un Estado para tutelar en forma efectiva este tipo de derechos.

La tarea para dotar de contenido y hacer eficaces los derechos sociales no se agota en el poder ejecutivo, sino corresponde principalmente al poder legislativo y al poder judicial, que a través de la ley ordinaria y de las resoluciones judiciales ayudarán a acotar las facultades discrecionales que hasta la fecha existen en materia de prestación de servicios públicos y así traducirán los programas sociales en verdaderas bases sólidas de un estado de bienestar caracterizado por la permanencia y la eficacia.

DISCURSO  
DEL LIC. FAUZI HAMDAN AMAD,  
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,  
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN  
DE CURSOS 2011-2012

Muy buenos días señoras y señores,  
Distinguidos miembros de este presidium,  
Queridos maestras y maestros:

Saludo con especial afecto a todos los estudiantes de nuestra institución y particularmente les doy la bienvenida a quienes integran la centésima generación de esta Escuela, que traen auestas los mitos y el aura de la “Libre” y ahora cargan también con la responsabilidad de ser la centésima generación.

Desde el descubrimiento del cero por los mayas, creemos que el pasado se divide en décadas; y de ahí, los cincuentenarios y centenarios son relevantes. Cíclicamente, en todas las culturas, se celebra, se revisa, se homenajea con eventos la conmemoración de un centenario. Hoy toca hacerlo respecto a nuestra institución.

Este día iniciamos formalmente la celebración, que continuará durante todo el resto del año lectivo con eventos y actividades en homenaje al Centenario de nuestra Escuela. La “Libre” está cargada de una madurez histórica que es fruto del esfuerzo, no sólo de los fundadores, sino de todas y cada una de las generaciones que nos han precedido en esta entrañable institución. Comparado con el proceso de maduración de un árbol, la educación viene siendo la raíz del árbol, la cultura jurídica es la flor de ese árbol, y el fruto la sabiduría.

Entre todos estos eventos y festejos, destaca uno en particular. Teniendo ya la “Libre” la categoría de un “árbol maduro”, nos hemos

dado a la tarea de producir una obra magna de todas las disciplinas jurídicas de derecho público y derecho privado, incluyendo las ciencias auxiliares del derecho. Así, en esta tarea, ya comenzada, están comprometidos más de 460 juristas, entre maestros, egresados y distinguidísimos abogados de otras instituciones, nacionales y extranjeras de gran prestigio en la vida académica, de manera que este trabajo que nos hemos empeñado en realizar, viene a hacer un justo reconocimiento a los fundadores y a las generaciones que nos han antecedido. El árbol está tan maduro, que por primera vez en México, se produce una obra de esta magnitud, que llamo enciclopédica, no por abarcar todas las ciencias del conocimiento universal, sino por abarcar el conocimiento de toda la ciencia jurídica.

Hace unos momentos se hizo la develación de la Misión de la Escuela con motivo del Centenario, que no es nada más el reconocimiento a nuestros fundadores, sino una refundación de sus principios y valores constituyentes, que hacia el futuro, más que nunca, se hacen patentes, evidentes y necesarios.

La crisis que dio lugar a la Escuela, en 1912, hizo que nuestros fundadores se enmarcaran en ese proceso revolucionario —en el buen sentido de la palabra—; los llevó a adoptar los valores y principios que habían quedado sepultados por el oficialismo. Por ello, nuestros fundadores tuvieron que enaltecer esos valores al fundar la “Libre” como no sujeta a los poderes públicos, ni a credo religioso o político, defendiendo la libertad de cátedra.

En su Estatuto fundatorio, estos valores no se destacaban de manera sobresaliente, porque el estatus de vida era fundamentalmente diferente al que estamos viviendo ahora, casi 100 años después. Nadie está ajeno a lo que estamos viviendo en nuestro país, una crisis política, social y, sobre todo, de valores. Así, hoy resulta natural que esos valores queden explícitamente insertos en esa Misión, que reúne lo que hoy debemos revitalizar. Nuestra Misión reza: “Con honor, disciplina y excelencia académica, forjamos juristas consagrados a luchar por la justicia y la libertad”.

Pensadores, filósofos, ministros, legisladores, académicos, maestros y alumnos, hinchán sus voces con las palabras grandes que nos fascinan a los pueblos: honor, excelencia académica, justicia, libertad, democracia, seguridad, orden, avanzar, interés público, bien público, etcétera. Palabras que se expresan con elementos abstractos y

signos, pero que transmiten una fuerte carga afectiva universal. Los conceptos de: paz, libertad, justicia, honor, dignidad, se convierten aquí en referentes globales del lenguaje ético, del deber ser; así como las palabras: amor, añoranza, horizonte, Dios supremo, Hacedor y un larguísimo etcétera, en un lenguaje también poético y etéreo. Son palabras grandes, pues todos los seres humanos pueden identificarse e intuitivamente tener una idea general de tales conceptos, que difícilmente se pueden expresar o describir si no es usando metáforas o parábolas. Los seres humanos las aplican a esos grandes cajones semánticos, sus grandes experiencias o sus propios ideales particulares reduciéndolas, de un enunciado general, a uno más sencillo y asequible, menos rimbombante; por ejemplo, democracia, sí, pero ¿qué democracia? Justicia, sí, pero ¿qué justicia? Libertad, sí, pero ¿qué libertad?

Excelencia académica, desde luego, no significa perfección, pero sí un propósito de mejora dentro de los estándares de calidad, lo cual se aplica al binomio maestros-alumnos, pues los primeros, tienen el privilegio y la enorme responsabilidad de ser maestros; dirigen los pasos y ahorran algo de la fatiga a los alumnos; enmiendan sus errores, al haber conocido antes que sus alumnos el camino de la vida y del conocimiento, que es continuo y permanente. Siembran inquietud a los alumnos, que a su vez, tienen la obligación de estudiar el derecho. El derecho se aprende estudiando y se ejerce pensando.

Un claro ejemplo individualizado de los valores que he señalado en la Misión o lema de nuestra escuela, se encuentra narrado en la célebre novela de la gran novelista Harper Lee, *Matar un ruiseñor* —que estoy seguro que muchos han leído—. Ahí, la autora narra un pasaje de la vida de su padre, un abogado limpio, valiente, honesto y digno, en un pueblo sureño estadounidense. Al asumir la defensa de quien estaba perdido de antemano por razones de prejuicio racial, económico y social, asumió también un pleito de resultados predeciblemente adversos, pero el abogado se atuvo a su valentía, a su sabiduría y a aquello en lo que creía por encima de todo: la justicia. Recuerda la autora, que al concluir la audiencia de sentencia, su padre permaneció solitario y silencioso varios minutos en la mesa de la defensa; ya en ausencia del juez, la fiscalía, el sentenciado y el deleznable jurado, solamente la galería continuaba llena del público asistente, que permaneció en silencio y de pie. La autora, una niña

entonces, estuvo sentada mientras su padre decidió retirarse de la sala: se levantó, tomó su inicua derrota con indiscutible majestad y empezó a caminar hacia la salida de la sala. Entonces una persona del público se acercó a la niña y le susurró de manera acomedida y dulce: “Señorita, póngase de pie que va a pasar su ilustre padre”. El público de pie empezó a aplaudir, reconociendo la gallardía y valentía de ese abogado.

La lucha por el derecho y la justicia ha existido desde que el hombre vive en sociedad y será permanente siempre, pues el derecho requiere de esa lucha para aplicarse. El derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza, ejercida hoy por los poderes públicos. He ahí por qué las manifestaciones plásticas de la justicia la representan teniendo en una mano la balanza donde se pesa al derecho; y en la otra, sosteniendo la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, violenta. La balanza sin la fuerza es el derecho en su total y absoluta impotencia.

El derecho es una alegoría de Saturno: devorando a sus hijos, no le es posible su renovación sino rompiendo con el pasado. El derecho es un mudar y un cambio permanente. Parafraseando a Heráclito, es: *el cambio, el mudar constante*.

No quisiera terminar sin parafrasear al Quijote: “*Por la libertad y la justicia hasta la vida misma se debe dar*”.

Me honro en declarar inaugurados los cursos relativos al año lectivo 2011-2012, e inaugurados también los festejos, eventos y actividades con motivo de los primeros 100 años de nuestra ilustre institución, “La Libre”, como amorosamente la conocemos todos. ¡Felicidades!

DISCURSO  
DEL ALUMNO EMILIO GARCÍA DIEGO,  
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS  
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,  
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN  
DE CURSOS 2011-2012

Hoy nuestra Escuela Libre de Derecho vive un nuevo amanecer en el que se engrandece su historia con la presencia de todos ustedes. Hoy nuestra escuela –“la Libre”, como cariñosa pero significativamente la llamamos– observa los primeros pasos de una nueva generación que la marcará con su andar. Hoy los nombres de todos ustedes apenas se encuentran en una lista. Sin embargo, el camino que hoy inician dentro de este edificio, colocará sus nombres en las páginas centenarias, en las paredes o en las placas que adornan esta, nuestra casa.

A lo largo de casi cien años, la Escuela Libre de Derecho ha creado para sí misma una historia que se escribe todos los días, en especial en días como estos. Hoy ustedes viven un día como el que antes vivieron los hombres que nutrieron de gloria y prestigio a este lugar, y a partir de hoy, esa responsabilidad recae en ustedes. Hoy se encuentran en una ceremonia memorable, tanto para ustedes como para la escuela, ya que es a partir de hoy que su sello quedará tatuado en el actuar de todos ustedes, y su nombre significará una parte de su identidad.

Hoy me dirijo a condiscípulos un poco menores, pero que a la vez son futuros abogados, futuros juristas. Hoy se sientan frente a mí futuros servidores públicos, ministros de la Suprema Corte, notarios, postulantes, empresarios, intelectuales, académicos y profesores que regresarán a este preciso lugar.

Recuerden siempre que ésta, su escuela, tiene inscrito en su mismo nombre un homenaje a la libertad. Esa libertad plena y verdadera de la

que goza esta institución es la que ha permitido que sus enseñanzas, su sistema y su historia sean únicas.

Esa libertad, conseguida a través de una admirable rebelión estudiantil y docente, protegida desde el momento de nuestra fundación, ahora está en sus manos. Encuentren en esa libertad el camino que decidieron seguir, y usen a su favor el breve momento de sus vidas que pasarán aquí, pues si malgastamos el tiempo, el tiempo nos malgastará a nosotros.

Nadie lo dijo mejor que Miguel de Cervantes, a través de Don Quijote de la Mancha: "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida".

Vivan esta libertad con responsabilidad y disciplina, vivan esa libertad sabiendo que su límite se encuentra en la libertad de los demás y que su fin es lograr un beneficio colectivo, pues, como lo dijo Cicerón: "Para ser libres hay que ser esclavos de la ley".

Mi experiencia en esta institución comenzó hace cinco años en un día como hoy, y es por ello que me permito compartir con ustedes las siguientes recomendaciones, ahora son mis compañeros.

Si un maestro les exige y los presiona, absorban la enseñanza y depuren la presión.

No compitan entre ustedes, pues esto los aislará; únanse, y en su cohesión generen un conocimiento para todos.

Agradezcan las noches de estudio y sin sueño, pues sólo sufriendo el aprendizaje perdura.

Forjen todas las amistades que puedan, pues los amigos que hagan hoy serán sus compañeros y socios mañana.

Vivan las tradiciones de nuestra escuela, pues su espíritu y prestigio yacen precisamente en ellas.

Respeten y aprendan de sus maestros, pero no por miedo sino por convicción.

Estudien cada materia como si se quisieran dedicar a ella, pero estudien el doble para las materias que no les gusten.

Cuando aprueben exitosamente cada uno de sus exámenes, sepan que fue un logro suyo y de nadie más, pero agradezcan a sus padres, que estarán al pie del teléfono esperando sus buenas noticias.

Sean conscientes que en esta escuela muchas veces una derrota transitoria puede ser el origen de enormes triunfos futuros.

Pero, más importante aún, pisen firmes y serenos el suelo de esta escuela, viertan en ella su ímpetu y sus esfuerzos, sus noches y su piel, y haciendo eso encontrarán el amor a nuestra escuela, "la Libre de Derecho", que en su nombre integra las mejores enseñanzas que nos puede dar para vivir: que hay que saber ser "libres" y que hay que caminar "derecho".

El texto comienza con un saludo cordial a los presentes, expresando el honor de estar en la Escuela Libre de Derecho y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para celebrar este convenio de colaboración. Menciona que el convenio es un hito importante en la historia de la institución y que representa un compromiso serio y responsable con la sociedad y el Estado.

**DISCURSO DEL MAGISTRADO  
JUAN MANUEL JIMÉNEZ ILLESCAS, PRESIDENTE  
DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL  
Y ADMINISTRATIVA, CON MOTIVO DE LA FIRMA  
DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN  
ENTRE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
Y EL PROPIO TRIBUNAL, EL 19 DE OCTUBRE DE 2011**

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho, licenciado Fauzi Hamdan Amad.  
Estimados colegas profesores e investigadores de la Escuela Libre de Derecho:  
Señores magistrados presidentes de la Primera y Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal.  
Queridos compañeros magistrados.  
Distinguidos representantes de los medios de comunicación.  
Señoras y señores:  
Buenos días a todos.

Entre los siquiатras es muy común hablar de una enfermedad que llaman "trastorno de identidad disociativo", que en buen castellano no es otra cosa que la "personalidad múltiple": la existencia de dos o más identidades en un solo individuo.

Pero nosotros, los abogados, tenemos términos más amables para eso que en psiquiatría se considera como una enfermedad. Por eso, utilizamos conceptos como la "teoría de la doble personalidad del Estado" en derecho constitucional, el "velo corporativo" en derecho societario, el "auto-contrato" en derecho civil y, cuando hablamos de servidores públicos, distinguimos entre la persona física y la función que desempeña.

Y si me permiten, quisiera manifestar mi inclinación hacia los conceptos jurídicos, por encima de los psiquiátricos, porque hoy me encuentro en un problema de identidad:

- Por un lado, estoy reunido con ustedes esta mañana, con mi calidad de servidor público, integrante del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- Pero por el otro, me encuentro aquí, como un egresado y como un profesor más de la Escuela Libre de Derecho, que se suma a los colegas aquí presentes.

Así que les doy la bienvenida a todos ustedes, compañeros maestros e investigadores, con la seguridad de que esta doble personalidad de la que “padezco” en este momento hace que mis palabras sean especialmente sinceras.

Señoras y señores: el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es su casa.

Para el Tribunal es un honor firmar un convenio de colaboración con una institución educativa de la talla de la Escuela Libre de Derecho, que se encuentra ya en la antesala de su Centenario y que ha mantenido –a lo largo de toda su historia– los más altos niveles de exigencia para los educandos.

Al inicio de la década de los treinta<sup>1</sup> se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reconocimiento de validez oficial de los estudios impartidos en la Libre. Desde entonces, esta escuela se ha perfilado como una de las instituciones educativas de mayor trascendencia para nuestro país.

Y unos pocos años después de aquel decreto de reconocimiento, se publicó, también en el *Diario Oficial*, la Ley de Justicia Fiscal, que dio legal existencia al Tribunal Fiscal de la Federación, antecedente del actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.<sup>2</sup>

Tanto el Tribunal como la Libre tienen puntos de coincidencia en su pasado y lo tendrán en el futuro gracias al convenio que firmamos y que nos permitirá establecer mecanismos de colaboración entre ambas instituciones.

<sup>1</sup> 29 de enero de 1930.

<sup>2</sup> 24 de agosto de 1936.

Nuestro propósito es que tanto la Libre como el Tribunal aprovechen al máximo el indiscutible talento de quienes enseñan en las aulas de Vértiz 12 y de quienes imparten justicia desde el Pleno, en las secciones y en cada una de las 45 salas regionales con las que cuenta el Tribunal al día de hoy.

Es un convenio de colaboración que no podía haberse firmado en un momento más oportuno.

Recordarán todos ustedes que en agosto pasado, ante el Presidente de la República, inició formalmente sus operaciones el Juicio en Línea. Como saben, se trata de sustanciar el procedimiento contencioso administrativo, en todas sus fases, a través de los medios electrónicos, prescindiendo casi en su totalidad del uso del papel y reduciendo la duración del juicio, al mínimo que la ley procesal nos permite.

Cuando un juicio se cursa por la vía tradicional, se utiliza tiempo muy valioso en la integración y en el manejo del expediente en papel. Además, tanto el litigante como el actuario del Tribunal, tienen que trasladarse para hacer una notificación o para consultar las constancias.

El Juicio en Línea se concibió para eliminar todas estas tareas que, sin estar contempladas en la ley adjetiva, son necesarias, pero dilatan el procedimiento, en perjuicio de las partes. Al seguir el juicio a través de los medios electrónicos, lo desembarazamos del manejo del expediente en papel.

Con ello, el Tribunal está haciendo una contribución para dar un nuevo sentido al artículo 17 constitucional, que nos obliga a impartir justicia de la manera más rápida posible pero, al mismo tiempo, exhaustiva y completa.

Este derecho, consagrado en nuestra Constitución, tiene una función social y económica muy importante: la seguridad jurídica, que es uno de los fundamentos del orden y del progreso de la sociedad, y que aumenta en la medida en que se definen las situaciones jurídicas dudosas.

Por poner un ejemplo: al día de hoy, el Tribunal cuenta con un inventario global de poco más de 92 mil asuntos en trámite.<sup>3</sup> El 65%

<sup>3</sup> 92 449, al 30 de septiembre de 2011.

de todos ellos, suma un monto total controvertido que está por encima de los 224 mil millones de pesos.<sup>4</sup>

Mientras todo ese dinero está en litigio, deja de aprovecharse por aquél a quien le corresponde (sea el particular demandante o la autoridad demandada). Por eso, debe declararse lo más pronto posible a quién corresponden todos esos recursos, fijando el derecho en nuestras sentencias.

Por eso, he dicho en otras ocasiones que un juicio largo es un mal negocio para México.

Ese fue el propósito del Juicio en Línea, y ése fue también el objetivo de otras reformas a las leyes que nos regulan.

Me refiero especialmente a la del Juicio en Vía Sumaria, creado para resolver asuntos cuyo importe no exceda de cinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, elevado al año.

Tanto el Juicio en Línea como la Vía Sumaria entraron en vigor el mismo día, el 7 de agosto pasado, con el propósito de que las ventajas de uno y otra se conjugaran para hacer más rápido el proceso contencioso administrativo federal.

Nuestra meta era que el Juicio en la Vía Sumaria se sustanciara hasta su total solución en un lapso de 70 días hábiles desde la presentación de la demanda.

Y hoy quiero compartir con todos ustedes —estimados profesores, investigadores y personal de la Escuela Libre de Derecho; queridos compañeros del Tribunal; distinguidos miembros de los medios de comunicación— que nuestro propósito se ha cumplido, porque mañana, jueves 20 de octubre, la Sala Especializada en Juicios en Línea emitirá la primera sentencia a través de Internet, a tan sólo mes y medio de que entró en vigor el Juicio en Línea.

Se trata de una sentencia que resuelve un procedimiento contencioso administrativo tramitado en la Vía Sumaria, en contra de una multa impuesta por la Profeco. El juicio inició el 5 de septiembre y fue sustanciado en todas y cada una de sus etapas a través de Internet.

En tan sólo 31 días hábiles se admitió la demanda, se le dio contestación, se rindieron pruebas y se desahogaron, se oyeron alegatos y se dictó sentencia. Todo ello, sin afectar el estudio del asunto y sin reducir la calidad de nuestros fallos.

<sup>4</sup> \$ 24 029 400 000.00, al 30 de septiembre de 2011.

La demanda se presentó el 5 de septiembre, ese mismo día se dictó el acuerdo admisorio, el aviso de notificación se envió por correo electrónico a las partes el 6 de septiembre, la actora entró al Sistema de Justicia en Línea el propio día 6 y se notificó, y la autoridad lo hizo el 9 de septiembre. Esto es: en tan sólo cuatro días hábiles se emplazó a las partes, lo que en un juicio tradicional —en papel— habría tardado de uno a dos meses.

Un dato que creo que es importante mencionar es que la parte actora en este juicio tiene su domicilio fuera del Distrito Federal, pero por razón de competencia tenía que sustanciarse su juicio aquí, en la capital. Pero gracias al uso de la tecnología, la actora no tuvo que trasladarse al área metropolitana para litigar.

Mañana, el Tribunal emitirá la primera sentencia que se dicta a través de medios electrónicos, no sólo en el Tribunal ni en nuestro país, sino en todo el mundo. Se trata de una sentencia que tendrá un valor histórico incuestionable, porque gracias a ella, México se consolidará como un pionero en el uso de la tecnología aplicada a la impartición de justicia.

Además, esto demuestra que el tiempo de resolución de los asuntos puede reducirse de tres años y nueve meses —que es lo que se tardaba el Tribunal, en promedio, hasta antes del Juicio en Línea y de la Vía Sumaria— a tan sólo dos meses, en promedio.

Como toda reforma legislativa y como todo producto de la tecnología, tanto el Juicio en Línea como la Vía Sumaria son perfectibles, pero era necesario que se echaran a andar para identificar todo aquello en lo que podemos mejorarlos.

Ahora que ya está funcionando el Juicio en Línea, acabamos de implementar un “Plan de Acción de Estabilización y Mejora del Juicio en Línea”, para resolver los inconvenientes técnico-informáticos que el sistema naturalmente ha presentado como parte de su operación. Por lo pronto, ya dimos los primeros pasos y los resultados son palpables.

A la fecha, se han presentado 137 demandas en línea, que suman poco más de 500 millones de pesos de monto controvertido.

Desde el 7 de agosto hasta hoy, se han dictado, en línea, 180 acuerdos, se han practicado 170 notificaciones por correo electrónico y se emitieron ya 10 sentencias interlocutorias (que son, en palabras llanas, aquellas que no resuelven el fondo del asunto, pero que son impor-

tantes, porque han beneficiado a los particulares con la suspensión del acto que reclaman, en nueve de esos 10 casos).

Es decir: a tan sólo dos meses y medio de que entró en vigor el Juicio en Línea, se ha justificado –y por mucho– este proyecto.

Desde luego, la opinión acertada y conocedora de los académicos, es un aliado invaluable en esta tarea. Por eso es tan importante el convenio de colaboración que suscriben la Libre y el Tribunal. Por eso, nuestra casa de estudios “construida sobre roca” hace cien años y el Tribunal deben mantenerse cerca el uno con el otro.

Y hay un aspecto adicional en el que creo que es posible aprovechar las ventajas de este convenio.

Cuando nació el Tribunal en 1937, tenía una competencia esencialmente fiscal. Pero conforme fue pasando el tiempo se amplió esa competencia hasta conocer prácticamente todas las aristas de la materia administrativa.

Este crecimiento nos ha permitido contar con salas especializadas en materias específicas. En enero de 2009 inició funciones la Sala Especializada en materia de Propiedad Intelectual, que al día de hoy también ha justificado cabalmente su existencia.

En diciembre de este año iniciará operaciones una sala especializada en las resoluciones que emiten los órganos reguladores del Estado, tales como la Cofemer, Cofepris, Cofeco y Cofetel, por mencionar algunas.

A lo largo de 2010, el Tribunal recibió más de dos mil demandas sobre esta materia, con una cuantía que se acerca a los 2 mil 500 millones de pesos. Y en 2011 van poco más de mil trescientas demandas recibidas.

Por eso, el Tribunal debe contar con un órgano jurisdiccional especializado en resoluciones emitidas por los órganos reguladores del Estado mexicano, que resuelva con un conocimiento profundo y especializado esta materia, que es de tanta trascendencia para el derecho administrativo. Ya está por publicarse, en estos días, el acuerdo respectivo.

Estimado maestro Fauzi Hamdan: deseo aprovechar este momento y este foro para hacer un reconocimiento a las aportaciones que usted ha hecho al derecho administrativo, tan importante rama jurídica encargada de regular la actividad del Estado y que interesa a todos

los estudiosos del derecho, independientemente del área a la que se dediquen.

La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la “Ley Fauzi” –como ya se le conoce entre los doctrinarios– marcó el inicio de una nueva etapa del procedimiento contencioso-administrativo en México y ha sido fundamental en la evolución de nuestro Tribunal.

El 60% de los asuntos que lleva actualmente el Tribunal es de índole tributaria; el 40% restante es de materia administrativa. Por eso, nuestra intención es que tengamos magistrados expertos en cada materia, para que el tiempo de estudio de cada asunto se invierta en los aspectos fácticos y no en la teoría jurídica. El Tribunal camina hacia la especialización por materias.

Amigos todos:

Desde su nacimiento –prácticamente hace 100 años– la Escuela Libre de Derecho ha procurado la enseñanza y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares.<sup>5</sup>

Gracias a este convenio de colaboración, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Escuela Libre de Derecho serán un respaldo mutuo de conocimiento y experiencia en la meta que cada uno se ha fijado.

La investigación jurídica y la enseñanza del derecho permiten generar mejores abogados, con un sentido humano y ético, que participe en el mejoramiento de nuestras normas.

La actividad académica y la práctica jurídica se nutren recíprocamente y se complementan, para hacer del derecho una herramienta dinámica de convivencia. Por eso es importante que la academia y los tribunales se mantengan siempre cerca.

Como juzgadores, hacemos nuestra contribución con ética y con la conciencia de que, para ser un buen juzgador, es necesario ser una buena persona. Nuestra meta es que la bondad personal se vea reflejada en las sentencias que emitimos y que le den legitimidad a su contenido, porque el soporte de una sentencia se encuentra en el conocimiento técnico-jurídico del que la dicta, pero también en la confianza que la ciudadanía deposita en él y en su calidad humana.

<sup>5</sup> Estatuto de la Escuela Libre de Derecho. Base cuarta.

Para lograr este cometido, el Tribunal cuenta con una herramienta inmejorable: la ética jurisdiccional, que trae consigo a la independencia, la imparcialidad, la objetividad y el profesionalismo, de quienes resolvemos un conflicto.

Pero para que la ética jurisdiccional dé resultado, es necesario el compromiso de los académicos, de los litigantes y de las autoridades que intervienen en el juicio contencioso administrativo; porque la ética –y lo he dicho así en otros foros– es un proceso de doble vía:

- Por un lado, es endógeno, interno, que se nutre de la conducta de todos los que integramos este órgano de impartición de justicia.
- Pero por otro lado, es exógeno, externo, conformado por una conducta moral de quienes acuden al Tribunal en demanda de justicia, e incluso, de las autoridades demandadas.

En ello, instituciones como nuestra querida Escuela Libre de Derecho, son un importante aliado. Lo que para nosotros es la ética jurisdiccional, en la Libre se le llama “el orden y la disciplina”. Se trata de valores que aparentemente son distintos, pero que persiguen un mismo fin: tanto la ética jurisdiccional como el orden y la disciplina están encaminados a orientar la conducta de quienes participamos en la vida jurídica de nuestro país.

Conscientes de todo esto, hace unos días el Pleno de este Tribunal aprobó el Nuevo Código de Ética del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Se trata de un instrumento normativo de gran importancia, porque con él, el Tribunal se posiciona como una de las primeras instancias de justicia en México que cuentan con un Código de Ética *ad hoc* a sus propias características.

En breve, este nuevo Código será publicado en el *Diario Oficial de la Federación* y sus disposiciones transitorias prevén que entre en vigor al día siguiente, como cualquier otra norma general y de observancia obligatoria.

En él se prevé la existencia de una Junta de Honor, formada por tres miembros retirados del Tribunal, de gran prestigio y trayectoria, que cumplirán una función consultiva, y prevé también la creación de una Comisión de Ética, integrada por magistrados en activo.

Estas dos nuevas instancias se sumarán a las atribuciones que ya tiene la Junta de Gobierno y la Contraloría Interna del Tribunal en materia de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Además, cada uno de los juzgadores del Tribunal nos comprometemos por escrito a guiar nuestras acciones por las normas prescritas en este nuevo Código.

De esta forma, con la ética jurisdiccional del Tribunal –por un lado– y con el orden y la disciplina de la Libre –por el otro– contribuimos a la formación de buenos abogados, de estudiosos del derecho, y de juzgadores y especialistas en la materia fiscal y administrativa que lleven el conocimiento de lo jurídico a todos los sectores de la sociedad.

Enhorabuena por la firma de este convenio de colaboración.

*Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm 35 editada por el Fondo para la Difusión del Derecho de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2011, en los talleres de Impresos Chávez de la Cruz, Tel. 5539-5108, Fax 5672-0119 Valdivia 31, Col. María del Carmen, Delegación Benito Juárez, México, D. F., imprechavez@yahoo.com.

La edición consta de 1000 ejemplares.