

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

REVISTA
DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 38

MÉXICO, 2014

NÚMERO 38

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Fauzi Hamdan Amad, Rector
Lic. Francisco Simón Conejos, vocal
Lic. Luis M. Díaz Mirón A., vocal
Lic. Pascual Orozco Garibay, vocal
Lic. José Ángel Villalobos Magaña, vocal
Lic. Rafael Anzures Uribe, vocal

Secretarios:

Lic. José Manuel Villalpando César
Secretario Académico

Lic. Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2014. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México, D. F., C.P. 06720

Certificado de licitud del título núm. 6861. Certificado de licitud de contenido núm. 7357.
Comisión calificadora de publicaciones y revistas ilustradas. Secretaría de Gobernación.
Reserva de Derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de sus autores.

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

Mario I. ÁLVAREZ LEDESMA Acceso a la justicia.....	11
Juan Pablo ARANDA VARGAS Legitimidad y legalidad <i>eb crisis</i> : un análisis basado en el poder	41
Luis Norberto CACHO PÉREZ La doble nacionalidad y la designación del Director General una entidad paraestatal. Una ampliación de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos del 2011	51
Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA La actitud barroca de los pueblos indios mexicanos en su lucha por la tierra.....	63
Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL La convención revolucionaria de Aguascalientes, como Asamblea Preconstituyente	117
Gonzalo FARRERA BRAVO / Melissa BENÍTEZ BENÍTEZ Auto-gobierno y Constitución: La experiencia del autogobierno indígena en Cherán y el autogobierno en el Derecho Comparado	141
F. Jorge GAXIOLA MORAILA Notas en torno a la enseñanza jurídica en México.....	181
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO Lo lúdico del orden público	209

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA / Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ Los Derechos Humanos y la competencia para su tutela.....	259
Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN Senado consulto tertuliano.....	301
Luis GUTIÉRREZ APODACA Anulación de reformas constitucionales.....	323
Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS Estudio sistemático, analítico y pragmático del recurso de queja en la Nueva Ley de Amparo.....	351
Juan Pablo PAMPILLO BADIÑO Reflexiones sobre la enseñanza de la historia general del Derecho en la Escuela Libre de Derecho.....	393
Humberto PINEDA ACEVEDO La doble personalidad histórica de la Nueva España en la fase de su Independencia.....	427
Francisco Rubén QUIÑONES HUÍZAR Conflictos normativos.....	443
Alma de los Ángeles RÍOS RUIZ Resoluciones de arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias.....	463
Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ Pluralismo jurídico y filosofía de la liberación.....	489
Juan Pablo SALAZAR ANDREU/José Luis BAUTISTA GONZÁLEZ/ Erick Alan BECERRA RODRÍGUEZ/Teresa FUENTES OCAMPO/ Gerardo LUNA SÁNCHEZ/Jaqueline ROSAS BARRADAS La actividad jurídica del Estado de Puebla en el sitio de 1863	521
David SANCHEZ RUBIO Crítica a una cultura estática y anestesiadas de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos.....	543

Patrick STRASSBURGER WEIDMANN Algunos aspectos jurídicos sobre el otorgamiento de créditos..	579 577
Mario A. TÉLLEZ G. Algunas notas sobre José María Luis Mora entre 1794 y 1824.	603 601
DISCURSOS	
Discurso del Lic. FAUZI HAMDAN AMAD, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2014-2015	633 631
Rodolfo GÓMEZ ALCALÁ Discurso de Inauguración	635 633
Diana NAVA MUCIÑO Inauguración del ciclo escolar 2014-2015.....	639 - 641

120745

ACCESO A LA JUSTICIA¹Mario I. ÁLVAREZ LEDESMA²

SUMARIO: *Introducción. 1. Consideraciones previas. 2. Justicia y Doble Estándar Valorativo del Derecho. 3. El acceso a la justicia y las dificultades extrínsecas (fácticas o extrasistémicas) de su realización. 4. El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas (sistémicas) de su realización. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto proponer, desde una óptica basada principalmente en la teoría de la justicia, un *esquema* o *modelo metodológico* para el análisis del problema de aquello que la dogmática y la doctrina jurídicas han dado en llamar *acceso a la justicia*. Este esquema de naturaleza formal permite, en mi criterio, auxiliar en la comprensión acerca de lo que es la justicia, cómo y cuándo se produce en un sistema u ordenamiento jurídico.

Por supuesto no ignora dicho esquema o modelo metodológico el debate respecto de los valores o principios que, se supone, constituyen o debieran constituir el contenido de la justicia, simplemente explica cómo estos valores o principios se comunican con la legalidad y de qué forma

¹ La primera versión de este ensayo apareció publicada en la serie **Cuadernos de Justicia** del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México en el año 2007. Posteriormente, una segunda versión, fue escrita en italiano para ser publicada en los *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Antonio Palazzo* y editada por la Universidad de Perugia en el 2009. Una cuarta versión que aquí se publica fue ampliada y corregida especialmente para su edición en la Revista *Urbe et Ius* del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Finalmente, esta quinta versión, también actualizada y corregida durante el año 2014, se preparó para aparecer en las páginas de la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho* de México.

² Profesor de Posgrado e Investigador honorario de la Escuela Libre de Derecho. Profesor investigador del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México y Director de su Doctorado en Derecho de la Sociedad del Conocimiento.

operan en los ordenamientos jurídicos. Por ende, dicho modelo es aplicable a cualquier clase de valores o principios que determinen el predicado de la justicia, puesto que su propósito es explicar el modo y manera en que estos se comportan en relación con la legalidad, y cómo es que se erigen en un elemento paradigmático de validez material para dotar de sentido a esa legalidad, esto es, a la totalidad de las normas que conforman un ordenamiento jurídico.

Empero, el problema del **acceso a la justicia**, para ser cabalmente comprendido, debe ser estudiado concibiendo al Derecho como un fenómeno que se desenvuelve en un contexto social, cultural, histórico y político que afecta y hasta condiciona su realización. En efecto, el Derecho no es un fenómeno que se verifique en un ámbito atemporal, y jamás se presenta solo o aislado.

Siendo así, nuestro análisis se propone de manera genérica plantear cuáles son los factores ya intrínsecos al Derecho, ya extrínsecos a él que impiden la realización de la justicia. Es un hecho, según puede suponerse, que los sistemas jurídicos se hallan, las más de las veces, afectados por ambos factores. En tal virtud, si no somos capaces de discriminar con la mayor precisión posible dónde y por qué se dan unos y otros, cómo se generan y caracterizan, resultará prácticamente imposible determinar, y en su momento implementar, las medidas preventivas y correctivas adecuadas para combatirlos. Cuestión esta que, por cierto, viene a ser muy común cuando se emprenden programas de reforma o transformación cuya pretensión es mejorar los sistemas de justicia en los Estados. Estos programas suelen ser casi siempre parciales, y por ende hartamente insuficientes, como prueba evidente del desconocimiento del carácter complejo y la naturaleza variada de los factores que afectan el **acceso a la justicia**.

En atención a lo que precede los incisos que a continuación se presentan abordan el problema del **acceso a la justicia** de la siguiente manera:

1. Para empezar, se llevarán a cabo algunas *consideraciones previas* que son necesarias para la mejor comprensión del enfoque metodológico, objetivos y alcances concretos de los temas tratados. Posteriormente se explicará, desde un esquema eminentemente formal, *cómo es que se produce la justicia*; al efecto emplearé mi teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV).

2. Con base en esta teoría *se diseñará un esquema formal de la justicia y de los factores extrínsecos e intrínsecos que la afectan y que, consecuentemente, explican los diversos óbices que impiden el acceso a la misma*.

Sobre esos factores, en particular los extrínsecos, debe decirse que se han elegido y agrupado algunos de ellos, empleado criterios muy genéricos que permiten mostrar, inicialmente, cómo algunos problemas sociales, de cuya existencia existe consenso, afectan el desarrollo de la justicia o el acceso a la misma. Así por ejemplo, se ponen a prueba al Derecho y su funcionamiento enfrentándolos con los desafortunadamente insoslayables problemas de corrupción existentes en toda sociedad humana, y que se manifiestan —en mayor o menor medida— ya en el sistema político en su conjunto, ya en el poder judicial en lo particular. De igual manera, se plantean cuestiones recurrentes y hasta endémicas producto de falta de desarrollo económico y social que están presentes —también en mayor o menor medida— en cualquier país. Problemas de desarrollo que se manifiestan con especial crudeza en aquellos sectores de la población que se encuentran en la llamada línea o umbral de pobreza, respecto de los cuales resulta evidente que si dichos sectores enfrentan enormes dificultades para acceder a niveles dignos de sustento, vivienda, salud y trabajo, mayores dificultades enfrentarán aún para tener acceso, si ello llega a ser posible, a la justicia.

Huelga decir que estos factores pueden plasmarse de un modo más preciso, ofreciendo al efecto datos empíricos corroborables, mismos que delatarán con mayor puntualidad cuánto y de qué manera es que efectivamente impactan el **acceso a la justicia**. En consecuencia, si resulta posible lograr un acercamiento de sentido común, un especie de *approach* general respecto de cómo esos factores afectan inicialmente el **acceso a la justicia** aplicándose el esquema metodológico propuesto, esta metodología arrojará conclusiones todavía más precisas si se trabaja con datos duros relativos al efectivo nivel de corrupción imperante en un sistema político, de administración e impartición de justicia o, en su caso, el grado de subdesarrollo y pobreza que campean en un país. Este ejercicio es, en efecto, sólo una cuestión de profundidad en el acercamiento.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tema del **acceso a la justicia** —y la problemática que conlleva— pueden ser conceptuados, entendidos y estudiados, al menos, desde una tercia de puntos de vista provenientes de otras tantas disciplinas.

El primero podría ser desde la *dogmática jurídica* en general o el *Derecho positivo de los derechos humanos* en particular. Es decir, concibiendo el **acceso a la justicia** como *un tipo de derecho humano fundamental recogido por las Constituciones políticas de los Estados y las convenciones o tratados internacionales*. En este sentido podría ser definido como **un tipo o clase de derecho humano**, a saber: *aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva y en condiciones de igualdad, al sistema de medios alternos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional*.

Esta definición busca establecer los alcances del *derecho de acceso a la justicia* como uno de *carácter complejo y cuya satisfacción queda a cargo del Estado*. Es en este entendido que requiere de acciones u omisiones que den satisfacción a sus varios componentes.

Para empezar se trata de un derecho que se consagra en una *garantía* en tanto estatuto técnico instrumental; es decir, adquiere una forma jurídica específica. Su alcance, por tanto, es mayor que el de un derecho humano, en sentido estricto, plasmado en figuras tales como el derecho subjetivo público o los derechos de la personalidad, pues *el derecho de acceso a la justicia ampara a todo tipo de personas jurídicas existentes en un Estado y no sólo a las personas físicas o individuales*. Además, puede ser ejercido en forma individual o colectiva, como es el caso de la llamada *class action*, en el Derecho sajón, o las acciones colectivas, precisamente por ello así llamadas, en los sistemas de impronta *iusromanista*.

El **acceso a la justicia** es un derecho que concretaría la posibilidad real de emplear medios jurídicos de muy diverso tipo —alternativos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales— que hagan efectiva la legalidad y, por ende, la *seguridad jurídica*. Más aún, podría decirse que el **acceso a la justicia** es condición *sine qua non* de dicha seguridad jurídica, pues sin los medios para hacerla efectiva ésta carece de garantías de realización.

Por cierto, la definición propuesta no alude exclusivamente a los medios de defensa, dicho así en plural, sino al *sistema de medios* y, de tal guisa, a un conjunto ordenado y articulado de formas de promoción, prevención y protección de distinto tipo, jerarquía y alcance sin los cuales no puede concretarse un efectivo **acceso a la justicia**.

Esta concepción del **acceso a la justicia** pugnaría con la idea de que un solo medio o varios medios asistemáticos sean, precisa y respectivamente, por su carácter singular o por su falta de articulación, una forma adecuada de cumplimiento del derecho de **acceso a la justicia**. Es decir, que medios de defensa jurídica instrumentados de forma aislada, no jerarquizados —y por tanto no organizados sistemáticamente— que impidan al gobernado prevenir y/o defender por distintas vías una vulneración a sus derechos, no constituyen una garantía eficaz. Dicho de una manera más explícita: un sistema u ordenamiento jurídico cuyo derecho de **acceso a la justicia** no puede, efectivamente, según sea el caso, prever y por tanto evitar la vulneración; resarcir y por lo tanto compensar el daño; sancionar y por lo tanto disuadir a cualquier potencial violador. Por ello el **acceso a la justicia**, cabalmente entendido, permitirá atender los indicios o efectos de actos u omisiones potencial o realmente vulneratorios de derechos fundamentales, o de las garantías otorgadas en favor de todo gobernado.

Cuando se afirma, pues, al carácter complejo del **derecho de acceso a la justicia** quiere significarse que su cumplimiento sería equivalente a plantear que un gobernado o un grupo de gobernados se hallan en condiciones de *diseñar*, en el ámbito de determinado Estado de Derecho, una *estrategia de defensa* que comprenda un *cuadro completo de acciones, ya individuales, ya colectivas, alternas, jurisdiccionales y/o no jurisdiccionales* con las cuales puede proteger la totalidad de la esfera jurídica con que queda amparada su vida, su patrimonio y su interacción social. Es, en tal virtud, que el **acceso a la justicia** puede ser considerado un *derecho que con un carácter integral permite prevenir o amparar, en los términos de la legalidad prevaleciente, las diversas dimensiones y esferas que comporta la personalidad jurídica de los gobernados*.

Asimismo, se trata de un derecho cuyo goce está especialmente *sujeto al principio de igualdad*. Las implicaciones de esta exigencia son múltiples y evidentemente no pueden ser todas tratadas en este espacio, por más que no debe dejar de subrayarse que *la violación al derecho de acceso a la justicia puede partir de formas muy variadas de discriminación* —según

veremos— social, política, racial, cultural y, por supuesto, económica. En tal virtud, *toda forma de discriminación tiene un efecto o consecuencia, directa o indirecta, en el ámbito del acceso a la justicia.*

Ahora bien, otro ángulo desde el cual podría enfocarse el **acceso a la justicia** sería el que se lleva a cabo, según hago aquí, *desde un enfoque de teoría de la justicia.* Tal consideración podría plantearse incluso de una forma más clara: todo análisis acerca de la problemática sobre **acceso a la justicia** es, de uno u otro modo, una reflexión vinculada con la teoría de la justicia.

Esta precisión resultará menos obvia y adquiere sentido pleno apostillando lo siguiente: la justicia, si bien es un asunto de juristas no es, sin embargo, un asunto de su exclusiva incumbencia y escapa a un análisis meramente dogmático. De entrada, éste, el de la justicia, *es un asunto que posee implicaciones morales de particular importancia* toda vez que tiene que ver o se relaciona con asuntos relativos a la dignidad de las personas, los fines y la misión del Estado, así como la determinación de aquello que se considera valioso para una sociedad, entre otros temas que, como se ve, exceden con mucho cualquier ambición meramente jurídico-dogmática y que pudieran inducir a la tentación de encasillar este tema en esa dimensión exclusivamente.

Los asuntos relativos al **acceso a la justicia** están indudablemente salpicados de consideraciones propias de los distintos órdenes a los que pertenecen las referencias previas; esto es, morales, axiológicas, de filosofía política, etcétera. Ello significa que desde el punto de vista de la teoría de la justicia será insoslayable un *análisis crítico* respecto de las políticas públicas que al efecto desarrolla el Estado, de los principios de justicia que postula y la manera en que pretende satisfacerlos. De tal suerte, el **acceso a la justicia** no es un tema que se agota en la legalidad y la pura transformación o el mero perfeccionamiento del ordenamiento jurídico; este sería sólo, según pretendo mostrar, una parte del problema y, al unísono, origen del que medra la visión reduccionista con que este tema suele tratarse.

Es de acuerdo con lo anterior que para los efectos de este análisis hago mía *la idea rawlsiana de que la justicia es un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad* y, por lo tanto, *no es la justicia un asunto de estricta moralidad sino más bien una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita el desempeño de las instituciones sociales.*

Esta consideración previa me permite coincidir, asimismo, con la afirmación y el argumento de que en el ámbito de la vida pública la justicia constituye, jerárquicamente hablando, *la primera virtud de las instituciones sociales.* De tal manera, éstas pueden y deben ser juzgadas en su funcionamiento por el paradigma de la justicia, en tanto medida o rasero que nos permitiría concluir —juzgar— acerca de su buena o mala marcha, instituciones que sirven a los intereses de la sociedad, y se supone, a ellos deben subordinarse.

Aceptar un concepto de justicia de este tipo implica conceder en su *naturaleza referencial o paradigmática*, esto es, que las conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales son justas o injustas porque cumplen o incumplen, según corresponda, con ‘algo’, es decir, *aquello que constituye el contenido de la justicia.* Y lo que constituye el contenido de la justicia para tener sentido como paradigma o guía de acciones o conductas de individuos e instituciones, debe ser considerado *valioso, útil, correcto o razonable*; esto es, *un criterio o argumento último para fundar decisiones sociales e institucionales, todavía y con mayor razón, en casos límite o aquellos de los llamados, en teoría de la argumentación, casos difíciles.*

Obviamente, es en el análisis de los elementos, valores, criterios de utilidad o razonabilidad donde el estudio de la justicia transita a la metaética, e implica determinar el estatus epistemológico y lógico de aquellos elementos. Empero, dado que el objetivo propuesto en estas páginas es otro, no penetro en el terreno de la metaética y me limito a señalar el esquema operativo de la justicia, no de los contenidos de lo que se aprecie o defina como justo. Sin embargo, *considero adecuados y razonables los contenidos de justicia del tipo derechos humanos* cuya asunción, en todo caso, en nada afectaría la validez metodológica del esquema de justicia propuesto (**Doble Estándar Valorativo**) el que, según creo, opera de la misma manera en todos los casos en que nos encontramos ante un sistema jurídico vigente y con capacidad institucional de hacer efectivas sus normas.

Finalmente, es conveniente aclarar que el tema de **acceso a la justicia** desde un tercer ángulo —en el que no profundizo, por más que tangencialmente menciono a lo largo de este análisis— podría ser visto desde la llamada *teoría de la democracia.* Esto es importante, insisto, en la medida que *una condición determinante para la conformación de un Estado de Derecho es, precisamente, el del acceso a la justicia en tanto principio, y*

ya no sólo como un derecho particular sino como criterio rector y definitorio de un Estado de Derecho que merezca o busque merecer tal epíteto. De manera tal que cuando se está ante la tesitura de calificar o no a un Estado como de Derecho, la eficacia del **acceso a la justicia** será determinante.

Pasemos ahora al análisis de la **teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV)** por vía de la cual creo es posible explicar cómo y cuándo se produce la justicia, y a qué obedece, según comúnmente sucede en la realidad, que existan normas jurídicas legales por más que injustas, sin que por ello dichas normas carezcan de validez jurídica; de esta suerte, formalmente válidas hasta en tanto no sean derogadas o decretadas inconstitucionales, lo que sería, en todo caso, otra forma de declararlas injustas, al menos, respecto de los valores o principios predicados paradigmáticamente por la Constitución en turno. Veamos.

2. JUSTICIA Y DOBLE ESTÁNDAR VALORATIVO DEL DERECHO

Partiremos del siguiente concepto de Derecho: *sistema de normas y principios (identificables por una forma de producción y la consecuencia pertenencia a un sistema que cuenta con la posibilidad de aplicarse por coacción institucionalizada) vigente en un espacio y tiempo determinados, que regula ciertas conductas sociales y la actuación de la autoridad misma*. El Derecho, en cuanto sistema de normas puede caracterizarse, para conocer y juzgar su funcionamiento, a través de la **teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV)**.

Esta tesis sostiene que el Derecho, en cuanto sistema normativo, *produce con su aplicación en la vida social una serie de valores que su misma naturaleza comporta*. Tales valores, típicamente jurídicos, serían el *orden, la seguridad y la igualdad*.

Los valores antes referidos se generan con la sola aplicación de un sistema de normas jurídicas. Es decir, que al implementarse una normatividad de las características del Derecho (heterónimo, coactivo, cuyas normas pertenecen al sistema por virtud de una norma fundamental, etcétera) se hace posible la *sistematización de conductas* —previstas en los supuestos de las normas—, lo que trae como consecuencia la producción de un cierto tipo de orden.

De igual forma, la prevención hipotética de conductas punibles y el establecimiento de lo que debe o no hacerse en la vida social, regulado por

las prescripciones normativas (leyes, reglamentos, entre otros), *permite un cierto grado de certidumbre o seguridad jurídica*. Esta certidumbre o seguridad pueden ser mínimas y hasta aberrantes si se quiere, dado el tipo de autorizaciones o certidumbres que ofrezcan. Piénsese, por ejemplo, en una forma específica de ser ejecutado —en el caso de una persona condenada a la pena capital— y no otra que arbitrariamente determinara la autoridad para hacer más severo un cierto castigo, lo que constituiría, a fin de cuentas, un tipo de garantía jurídica.

Así las cosas, parece claro que la seguridad jurídica otorgada por el Derecho permite saber, con razonable antelación y certeza, qué es lo que un gobernado puede hacer y qué es lo que, a su vez, la autoridad tiene permitido llevar a cabo.

Finalmente, cuando el Derecho dispensa *el mismo trato a quienes se encuentren en idéntico supuesto normativo —haciendo abstracción de la situación en que se hallen los destinatarios de la norma en la realidad— puede afirmarse que el Derecho propicia igualdad*. En efecto, la norma iguala a los sujetos normativos en lo que hace a las consecuencias jurídicas a que éstos resultan acreedores al encuadrarse, su conducta u omisión, en la hipótesis del caso. Efectivamente, la igualdad que produce la normatividad jurídica es meramente formal.

Estos tres valores —orden, seguridad e igualdad jurídicas— son *típicos de la legalidad (el conjunto de normas, que no solo las leyes de un ordenamiento jurídico)* y se producen por el solo hecho de que una normatividad coactiva de las características de la jurídica opere con mínima eficiencia en el ámbito de la vida social.

Cuando el Derecho (y esta consideración es de especial importancia) se aplica por vía de su legalidad —independientemente de cuales sean, para estos efectos, sus contenidos—, produce una cierta forma de orden; garantiza un mínimo de certidumbre respecto de las acciones u omisiones debidas jurídicamente —incluso respecto prohibiciones o castigos—; y otorga en relación con los supuestos de la norma, o sea formalmente, un trato igualitario.

La pregunta obvia es si cualquier orden jurídico puede ser aceptado; si se puede considerar seguridad jurídica el hecho de tener la certeza, verbigracia, de cómo se va a morir —de una forma precisa y no de otra fijada arbitrariamente, según se dijo—, y si se puede hablar razonablemente de igualdad respecto de formas de castigo o tratos que pudiéramos considerar, de entrada, inhumanos o degradantes.

En efecto, estas preguntas son insoslayables. La creación y aplicación de normas jurídicas no puede hacerse sin consideración alguna a valores o principios, estos son inseparables de un análisis acerca de qué es lo que se ordena o asegura, y respecto de qué se iguala. Lo anterior es, en mi criterio, el puente que conduce hacia las consideraciones morales o a principios que no pueden quedar desconectadas de la idea de legalidad y de los valores formales que produce el Derecho.

En efecto, la **legalidad** es sólo un **Primer Estándar Valorativo del Derecho (PEV)** y, por sí mismo, no asegura sino ciertos criterios formales que resultan inseparables de otras consideraciones valorativas. Es decir, *el orden, la seguridad y la igualdad se justifican y conciben respecto de algo y ese algo (valores, principios, aspiraciones sociales, paradigmas) constituyen lo que he denominado Segundo Estándar Valorativo del Derecho (SEV).*

La legalidad como **Primer Estándar Valorativo** está siempre en función del **Segundo Estándar Valorativo**. El contenido de la legalidad lo determinan fines o criterios valorativo-paradigmáticos que conforman lo que el Derecho con su presencia en sociedad pretende asegurar, respecto de los cuales procura sistematizar y ordenar conductas, y con relación a los cuales busca igualar la aplicación y los consecuentes efectos jurídicos a que dan pautas las normas. Estos principios, valores y/o paradigmas caminan paralelos al **Primer Estándar Valorativo** y constituyen la razón de ser de éste, lo explican y justifican.

Así, por ejemplo, supongamos una norma que prescribe: *“Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. Esta conducta queda prohibida y se sancionará con pena de 8 a 20 años de prisión”*. Tal norma está ordenando conductas, asegurando e igualando en función de un principio considerado valioso, a saber, la vida. De tal manera que parecería justificado que la norma impida o autorice ciertas acciones u omisiones en función de tal valor (*ordena*); ofrezca el mismo tratamiento a quienes por una parte priven de la vida a alguien, sancionándolos (*igual*); y establezca con claridad en qué supuestos (*asegura*) podrá válidamente actuarse de modo contrario (p. e. los casos de legítima defensa). Esto es, aquellos supuestos donde pudiera, legalmente, realizarse la conducta prohibida, que ahí como excepción, en tanto causa de justificación, deja de ser antijurídica.

Esta forma de funcionamiento del Derecho puede explicar varias cuestiones aparentemente complejas de manera relativamente sencilla:

Un sistema jurídico será justo si el PEV (legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (SEV). O sea, que la legalidad —vía su normatividad coactiva— sirve efectivamente para realizar los objetivos últimos para los cuales fue concebida. De tal modo que si el Derecho en cuanto instrumento normativo hace posible la realización de los valores o principios para los cuales fue creado, podrá afirmarse que ese Derecho es justo.

En cambio si la legalidad no ordena, ni asegura, ni iguala respecto de tales valores o principios, la norma o el sistema en cuestión será injusto; lo cual explica eficientemente el cuadro que se presenta, de manera ciertamente recurrente, cuando la ley —formalmente válida— asegura, iguala y ordena conductas contrarias al SEV: estaríamos, entonces, ante una ley válida jurídicamente por más que injusta.

Lo explicado en las líneas anteriores, puede plantearse de manera gráfica para su mejor comprensión en los esquemas **A** y **A.1**.

En el esquema **A** aparece un rectángulo que representa al Derecho como sistema u ordenamiento jurídico. Este rectángulo se divide en dos partes: la primera recibe el nombre de *legalidad* (y alude a todas las normas producidas por el sistema jurídico, leyes o no) o **Primer Estándar Valorativo (PEV)**. Esta legalidad o **PEV** hace posible, según se ha ya señalado, tres valores jurídicos por antonomasia, el orden, la seguridad y la igualdad. Tales valores, a su vez, están en función del denominado antes **Segundo Estándar Valorativo (SEV)**, que contiene las aspiraciones o valores superiores que determinan el contenido de la legalidad. El segundo cuadro del esquema **A** muestra el **SEV**.

El esquema **A.1** sirve para representar cómo es que teórica y formalmente se produce la justicia. Cabe, sin embargo, hacer hincapié en que este esquema *plasma al Derecho o sistema jurídico en forma estática o ideal*, es decir, sin ponerlo todavía en contacto con las condiciones sociales, políticas, históricas y culturales a las que estará sujeto. Por ello al esquema de referencia se le califica como *estáticamente justo*, o sea, sin entrar aún en acción o movimiento, sin quedar todavía sujeto a su realidad histórica, la cual habrá de regular.

Será precisamente en los apartados **3** y **4** donde habrá de someterse este esquema a las posibles dificultades extrínsecas e intrínsecas, respectivamente, a las que un sistema jurídico puede estar sujeto, a efecto de saber cómo afectan el **acceso a la justicia** y, consecuentemente, cuál es la causa efectiva de que ésta no pueda realizarse.

A. El Derecho en términos de la tesis del Doble Estándar Valorativo (DEV)

El Derecho como sistema jurídico

<p><i>Primer Estándar (PEV)</i> <i>Legalidad</i></p>
<p>—Valores formales e instrumentales— La Legalidad al realizarse produce:</p> <p style="margin-left: 40px;">Orden Seguridad Igualdad</p> <p>estos valores están en función del...</p>
<p>Segundo Estándar (SEV)</p>
<p>—Valores superiores—</p>
<p>Los establece cada grupo social o quien o quienes detenten el poder; o, en su caso, son creados y/o aceptados o determinados por un entorno dado (forma de vida).</p> <p style="margin-left: 40px;">VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, ETCÉTERA.</p> <p>—P. E. Derechos Humanos—</p>

A.1 La justicia bajo la tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV)

A.1 Un Derecho es justo (teóricamente) cuando el PEV (*Legalidad*) hace posible, cumple o realiza el SEV (*Valores Superiores del sistema, entre otros, por ejemplo, los Derechos Humanos*).

Se trata de un Derecho o Sistema Estáticamente Justo

<p>Primer Estándar <i>Legalidad</i></p>
<p>—Valores formales e instrumentales—</p> <p style="margin-left: 40px;">Orden Seguridad Igualdad</p> <p>Estos valores realizan al aplicar el Derecho (las normas jurídicas) el...</p>
<p>Segundo Estándar</p>
<p>—Valores superiores—</p> <p>De este modo, a través de la legalidad, se hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como...</p> <p style="margin-left: 40px;">VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros —Derechos Humanos—</p>

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS DIFICULTADES EXTRÍNSECAS (FÁCTICAS O EXTRASISTÉMICAS) DE SU REALIZACIÓN

De manera esquemática he establecido que la justicia se produce cuando la legalidad (PEV) coincide, realiza y/o concreta los paradigmas o valores superiores del ordenamiento jurídico (SEV). En el modelo A.1 esta circunstancia se presenta de modo estático, es decir, al margen de cualquier influencia externa.

Sin embargo, este modelo es sólo teóricamente posible puesto que en la realidad el Derecho no se presenta ni solo, ni aislado, sino en un contexto de influencias sociales, culturales, históricas y políticas que forzosamente impactan, para bien o para mal, su desempeño. *Lo cierto, es que todas las circunstancias a que pudieran dar lugar estos cuatro factores afectarán, necesariamente, el acceso a la justicia.*

Para efectos del presente modelo me propongo analizar sólo las variables más conocidas o recurrentes provenientes de factores de orden ya político, ya cultural, histórico o social que influyen dicho **acceso a la justicia**. La ventaja que, en mi criterio, posee esta forma de proceder, es que permite distinguir cuál es el origen de la variable, qué consecuencias produce y, sobre todo, nos podrá dar buena pauta del tipo de medidas con las que el problema puede ser ya paliado, administrado o solucionado.

Uno de los objetivos centrales de este esquema consiste en subrayar que los problemas del funcionamiento del Derecho en general, y por consecuencia los particulares referidos al **acceso a la justicia**, no necesariamente se resuelven, como erróneamente se piensa, modificando la legalidad (cambios constitucionales, derogación y expedición de nuevas y múltiples leyes, etc.). Recurrente vía que suele emplearse para enfrentar problemas de **acceso a la justicia** con resultados, como podrá suponerse, prácticamente nulos.

Es por lo tanto fundamental comenzar por discriminar aquellos óbices que tienen que ver con el funcionamiento del sistema jurídico mismo —es decir, con la legalidad (PEV)— de aquellos otros que son, de alguna manera, ajenos a ésta, esto es, que se vinculan o generan en relación con los cuatro factores previamente expuestos, alguno en particular o varios al mismo tiempo.

Consideraré, entonces, para efectos del presente análisis como **causas extrínsecas**: *aquella problemática que nada tiene que ver con la calidad jurídica del sistema u ordenamiento*, conceptuado éste, *como una totalidad ordenada y jerarquizada de normas compatibles y coherentes*. De tal guisa, tales causas son totalmente ajenas a los principios o exigencias de plenitud, compatibilidad y coherencia del ordenamiento jurídico mismo.

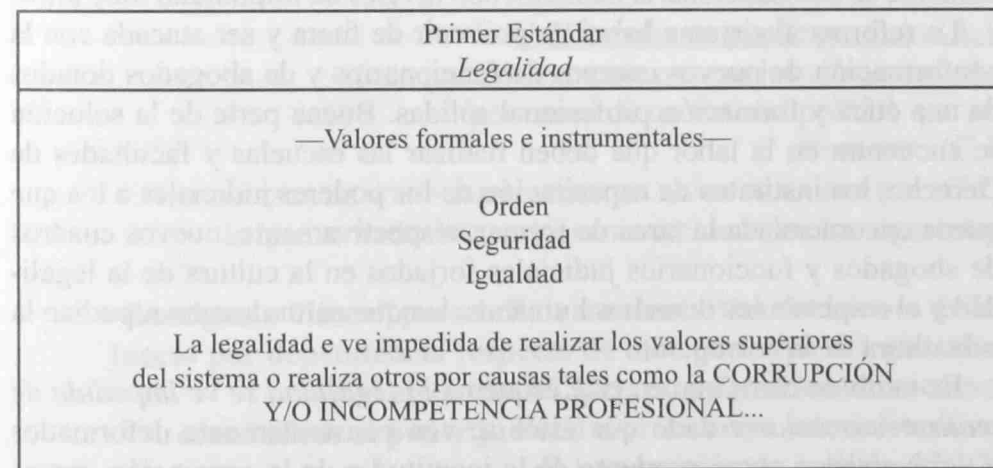
Al primer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaré modelo **B** y se enunciará de la siguiente manera:

3.1 *Un Derecho no puede ser justo, es decir, no cabe se verifique A.1, pues el acceso a la justicia se ve impedido por causa de:*

- B.1)** *Un sistema de administración de justicia (el sistema judicial) que padece un grado significativo de corrupción;*
- B.2)** *Un sistema de administración de justicia (el sistema judicial) que padece altos grados de incompetencia profesional por parte de sus titulares o dada la carencia de instrumentos eficaces de defensa (por ejemplo y entre otros múltiples supuestos, de una defensoría de oficio competente para los sectores más marginados de la sociedad o para casos de urgencia);*
- B.3)** *La incompetencia y/o corrupción por parte de los abogados postulantes (por ejemplo, falta de una colegiación obligatoria que asegure índices mínimos de competencia y ética profesionales);*
- B.4)** *Que operen los tres factores.*

Esquemáticamente el modelo antes descrito se podría representar de la siguiente manera:

B. Un Derecho no puede ser justo (A.1)
(aunque teóricamente existan los elementos -A-)
por causa de un sistema de administración de justicia o judicial
CORRUPTO (B.1);
INCOMPETENTE PROFESIONALMENTE (B.2);
CON INCOMPETENCIA Y/O FALTA DE ÉTICA DE
LOS ABOGADOS POSTULANTES (B.3).
TODOS ESTOS FACTORES (B.4).



Segundo Estándar
<p>—Valores superiores— O sea, hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como...</p> <p>VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros —Derechos Humanos—</p>
Excepcionalmente hay acceso a la justicia

De este esquema se derivan algunas conclusiones que parecen evidentes:

En ninguno de los cuatro supuestos (**B.1**, **B.2**, **B.3** y **B.4**) lidiamos con problemas vinculados con la legalidad. De tal guisa, cualquier modificación legislativa dirigida, supuestamente, a resolver problemas de corrupción o incompetencia profesional, resulta suficiente paliativo. Es por demás obvio que nos hallamos ante dificultades de *orden cultural, social y político que requieren un tratamiento de la misma naturaleza*, porque incluso una modificación para cambiar o incrementar las penalidades en contra de funcionarios y litigantes corruptos, sólo en casos aislados sería efectiva para castigarlos, dado que el sistema, en sí mismo corrupto, difícilmente se autosancionaría manteniendo niveles de impunidad muy altos.

La reforma al sistema habrá de provenir de fuera y ser atacada con la conformación de nuevos cuerpos de funcionarios y de abogados dotados de una ética y formación profesional sólidas. Buena parte de la solución se encuentra en la labor que deben realizar las escuelas y facultades de Derecho, los institutos de capacitación de los poderes judiciales a los que queda encomendada la tarea de formar, respectivamente, nuevos cuadros de abogados y funcionarios judiciales forjados en la cultura de la legalidad y el respeto a los derechos humanos, los que naturalmente repudian la subcultura de la corrupción.

Es también claro que en este esquema *la legalidad se ve impedida de realizar sus valores* dado que éstos se ven constantemente deformados o tergiversados como producto de la ineptitud o de la corrupción, cuyos

intereses alternativos se promoverían al margen o más allá de los valores que teóricamente debería realizar el sistema.

En este caso el **SEV** sólo se verificaría, como es natural, cuando excepcionalmente, quien tenga acceso a la justicia, se tope de modo circunstancial con jueces y abogados litigantes honestos y/o capaces.

El acceso a la justicia en este caso es pues, también, excepcional.

Un segundo modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaré modelo **C** y queda enunciado en estos términos:

3.2 *Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse (A.1), dado que, el acceso a la justicia se ve impedido porque:*

- C.1) *El sistema político, considerado en su conjunto, padece un significativo grado de corrupción;*
- C.2) *El sistema político, considerado en su conjunto, carece de voluntad política en favor de la justicia.*

En este esquema los factores anteriores darían lugar a una serie de acciones típicas de **C.1** y **C.2**, a saber:

Los jueces actúan bajo la consigna o “línea” del poder predominante, sea el legislativo, sea el ejecutivo; no se asignan al sistema de justicia (poder judicial) los recursos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, etcétera.

Este modelo puede, esquemáticamente, mostrarse así:

C. Un Derecho no puede ser justo (A.1)
(aunque teóricamente existan los elementos -A-)
por causa de un sistema político que sea
CORRUPTO (C.1)

Y/O CAREZCA DE VOLUNTAD POLÍTICA EN FAVOR DE LA JUSTICIA (C.2),
lo que se traduciría, entre otras acciones, en las siguientes:

Consigna o “línea” para influir u orientar las decisiones de los jueces por dependencia respecto de otro poder ya el legislativo, ya el ejecutivo (C.2.1); no asignación de recursos económicos al poder judicial u otras áreas administrativas de impartición de justicia (C.2.2).

La legalidad se ve impedida de realizar los valores superiores del sistema o realiza otros por causas de un sistema político que induce la CORRUPCIÓN del aparato de justicia o condiciona sus decisiones a intereses espurios (“políticos”)...
Primer Estándar <i>Legalidad</i>
—Valores formales e instrumentales— Orden Seguridad Igualdad
Segundo Estándar
—Valores superiores— De este modo, a través de la legalidad, se hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como... VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros —Derechos Humanos— Sólo excepcional o selectivamente se realizará el Acceso a la Justicia

Este modelo, al igual que el modelo **B**), *impide obviamente el acceso a la justicia por una deformación o manipulación de la legalidad misma*. O sea, que partiendo del supuesto de contar con un sistema jurídico técnicamente adecuado y que refleje los valores aceptados por la mayoría de los gobernados, tales valores se ven imposibilitados de concretarse puesto que la politización del sistema deforma tanto a la legalidad como al **SEV**. *El acceso a la justicia será, también en este caso, excepcional o fortuito*.

De este modelo resulta menester destacar, de igual manera, que *cualquiera modificación a la legalidad resultará completamente inútil para hacer posible la justicia*. Nos encontramos ante un modelo que podría implicar, para su solución, según la naturaleza del actor, ya la acción revo-

lucionaria para derrocar a quienes se asienta en el poder, ya una transición democrática con reforma del Estado que transforme la estructura misma de éste. Es evidente estamos frente a *un modelo en donde el problema es, fundamentalmente, de naturaleza político-histórica*.

A un tercer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaré modelo **D** y se enunciará así:

3.3 *Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1 dado que el acceso a la justicia se ve impedido por cuestiones culturales y/o socioeconómicas que darían lugar a los siguientes casos:*

- D.1)** *Que el Estado asuma como propia una religión y, en consecuencia, no sea capaz de distinguir entre exigencias religiosas y jurídicas, entre pecado y delito. Esta confusión sería propia de un Estado ético o perfeccionista, el cual se consideraría legitimado para prescribir legalmente la asunción de cierta moral religiosa tanto para la vida pública como privada de los miembros de la sociedad. Este supuesto se da en el caso de ciertos Estados -ahí está el ejemplo típico de lo sucedido en su momento en Afganistán, entre otros- con efectos negativos contundentes para el acceso a la justicia y los derechos humanos;*
- D.2)** *Que en amplios sectores de la población se padezcan grados de pobreza y marginación que impidan conocer o acceder a las vías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de justicia o, en su caso, contratar servicios jurídicos eficientes y honestos que puedan defender adecuadamente los derechos e intereses de tales sectores, sobre todo cuando el Estado no posee un sistema de defensores de oficio competentes (modelo **B.2**).*

En este esquema las razones que impiden el **acceso a la justicia** prácticamente nada tienen que ver con el Derecho; o sea, la génesis del problema es de orden cultural o socioeconómico.

Por lo que hace a las dificultades culturales, en mi criterio, los Estados éticos no han hecho sino positivizar cierto tipo de moral confundiendo, precisamente, el Derecho con ésta, lo cual da como resultado un sistema jurídico premoderno que confunde la justicia con la legalidad: si la norma

jurídica no prescribe lo señalado por la moral religiosa ni siquiera posee el estatus de norma jurídica.

En este tipo de Estados se producen circunstancias de injusticia especialmente graves para su población, puesto que sus gobiernos suelen ser groseramente intolerantes. Esta forma de objetivismo moral religioso acepta una fe única y en consecuencia un solo Derecho válido. No son de extrañar medidas discriminatorias contra grupos minoritarios, marginados o desfavorecidos (niños, mujeres, migrantes, extranjeros, seguidores de otras religiones, pobres, homosexuales, enfermos de SIDA, minusválidos, etcétera.), medidas que afectan la dignidad o la autonomía de estas personas (prohibición legal-religiosa respecto del consumo de bebidas alcohólicas, prácticas o preferencias sexuales, etcétera).

Por lo que hace a **D.2**, la génesis está en razones de orden socioeconómicas y el problema de acceso a la justicia nada tiene que ver ni con la legalidad en particular ni con el Derecho en general. Este es un problema que excede y antecede al Derecho, puesto que ciertos grados de subdesarrollo y marginación hacen del **acceso a la justicia** un lujo absolutamente inalcanzable para los sectores más desfavorecidos.

Este modelo de injusticia socioeconómica da lugar al surgimiento de modos de autocomposición ilegales o “alternativos” al sistema jurídico, toda vez que a éste no tienen acceso, por las razones expuestas, sectores de la población que resuelven sus cuitas y disputas personales al margen de la legalidad y hasta en contra de ella: ley del talión, ley del más fuerte, mafias, grupos de choque, pandillerismo, pistolización de la población, etcétera. Todas estas formas de descomposición social se reflejan afectando la calidad de vida del resto de la población.

En este esquema, por lo tanto, ni siquiera hay acceso a la legalidad y la justicia es, prácticamente, imposible. Dicho esquema se muestra así:

D. Un Derecho no puede ser justo (A.1)

(aunque teóricamente existan los elementos -A-) por causas culturales y/o socioeconómicas:

UN ESTADO ÉTICO O PERFECCIONISTA (D.1)

Y/O UNA POBLACIÓN O AMPLIOS SECTORES DE ELLA CARENTES DE RECURSOS ECONÓMICOS, O DE INFORMACIÓN PARA CONOCER O ACCEDER A LAS VÍAS LEGALES DE SOLUCIÓN A SU PROBLEMÁTICA LEGAL O PARA CONTRATAR SERVICIOS JURÍDICOS (D.2).

Ni siquiera hay acceso a la legalidad o sea, no puede darse el
Primer Estándar <i>Legalidad</i>
—Valores formales e instrumentales— Orden Seguridad Igualdad
Segundo Estándar
es de imposible realización en este esquema o supuesto —Valores superiores— Es sumamente difícil que en la vida social de amplios sectores de la población primen valores o paradigmas tales como...
VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, ETC... —Derechos Humanos—
La justicia es prácticamente imposible

4. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS DIFICULTADES INTRÍNSECAS (SISTÉMICAS) DE SU REALIZACIÓN

Toca ahora el turno a los problemas de **acceso a la justicia** provocados ya no por factores externos sino por aquellos que hallan su origen en el sistema u ordenamiento jurídico mismo. Es decir, que devienen de causas de naturaleza intrínseca imputables, en consecuencia, a distintos defectos propios del ordenamiento jurídico. Veamos.

Estamos ante un cuarto modelo de sistema jurídico afectado, en este caso, por causas sistémicas y al que denominaremos modelo **E**, mismo que puede ser planteado en los siguientes términos:

4.1 *Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1) en tanto que el acceso a la justicia se ve impedido porque el ordenamiento jurídico en cuestión es técnicamente defectuoso. Ello se reflejaría en los siguientes supuestos básicos:*

- E.1)** *El ordenamiento jurídico está plagado de antinomias o contradicciones; o sea, la incoherencia de sus normas afecta seriamente la legalidad al vulnerar dos de sus valores centrales, el orden y la seguridad jurídicas;*
- E.2)** *El ordenamiento jurídico incumple con el principio de plenitud; es decir, está plagado de “lagunas” y no ofrece soluciones de integración adecuadas. Una vez más se ven vulnerados los valores de orden y seguridad jurídicas;*
- E.3)** *El ordenamiento jurídico padece de un formalismo-legalismo excesivo y hace cumplir la ley a cualquier costo (la ley es la ley, cúmplase la ley aunque se caiga el cielo) sacrificando, en aras de una supuesta seguridad jurídica, los valores superiores del sistema;*
- E.4)** *El ordenamiento jurídico está compuesto de normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer el sentido de la ley o la voluntad del legislador; y dificultan una interpretación, incluso la meramente lógico-sistemática;*
- E.5)** *El ordenamiento jurídico no es expedito, contiene procedimientos tortuosos, alambicados, barrocos (kafkianos);*
- E.6)** *El ordenamiento jurídico es de enorme complejidad técnica, de acceso limitado incluso para los juristas e inaccesible para la población.*

En todos los supuestos anteriores es la legalidad la que se convierte en el principal obstáculo del **acceso a la justicia**. En tales supuestos resultarían menester emprender reformas o cambios a la normatividad misma, a efecto de que ésta sea capaz de cumplir con las exigencias técnicas que un ordenamiento jurídico necesita satisfacer. Esquemáticamente el modelo antes analizado se podría representar así:

E. Un Derecho no puede ser justo (A.1)
 porque el ordenamiento jurídico
 (el sistema jurídico) es técnicamente defectuoso:
 con antinomias o contradicciones (E.1);
 plagado de “lagunas” y sin ofrecer soluciones de integración
 adecuadas (E.2);
 formalista-legalista en exceso —“la ley es la ley”— (E.3);
 con normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer
 el sentido de la ley o la voluntad del legislador (E.4);
 con normas de difícil o imposible realización y procedimientos
 tortuosos (E.5);
 de enorme complejidad técnica (E.6).

Primer Estándar <i>Legalidad</i>
—Valores formales e instrumentales—
Orden Seguridad Igualdad
La legalidad se convierte en un obstáculo
Segundo Estándar
—Valores superiores—
Excepcional o circunstancialmente puede hacerse posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como...
VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, ETC... —Derechos Humanos—

Finalmente, procede analizar un quinto modelo de sistema jurídico afectado por causas intrínsecas, al cual le será asignada la letra **F** y se enunciará así:

Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1), toda vez que el acceso a la justicia se ve impedido porque los valores superiores o los principios de justicia del ordenamiento jurídico son vistos como incorrectos, éticamente irrelevantes o injustos por no reflejar la moralidad, las costumbres o creencias de la mayoría de la población, o por ser en sí mismos inválidos.

F.1) *El ordenamiento jurídico presentaría, básicamente, una serie de problemas que se conocen en la teoría como antinomias de valoración o principio.*

Aquí, el **acceso a la justicia** no está reñido con la legalidad, más bien la legalidad aparece como un medio para la realización de una serie de valores o principios que son vistos como inválidos o injustos. En este caso, dada la falta de aceptación y reconocimiento a las normas jurídicas por parte de sus destinatarios, resulta necesario que el sistema jurídico, para hacer efectivas sus decisiones, tenga que acudir de manera recurrente a la coacción.

En efecto, *el problema central que se deriva de este modelo es el de la obediencia al Derecho*, pues el cumplimiento de la ley se explicaría por razones prudenciales o por temor al castigo y, en consecuencia, los casos de desobediencia al derecho, de fraude a la ley, de desobediencia civil y hasta de objeción de conciencia resultarían más comunes.

En efecto, en este modelo los supuestos que impiden el **acceso a la justicia** pueden ser de dos tipos aunque, evidentemente, participan ambos de la misma naturaleza; en otras palabras, la diferencia entrambos es de grado, tiene que ver, principalmente, con el nivel de ilegitimidad que se impute al sistema jurídico.

En el primer supuesto, los destinatarios de las normas consideran que sólo un grupo de ellas o algunas de ellas en particular son injustas, con lo cual se aceptaría que en su conjunto el sistema jurídico es básicamente justo. Los problemas a que daría lugar este supuesto podrían solucionarse, por ejemplo, por vía de la implementación de medios de control de la constitucionalidad o el establecimiento del referéndum para la aprobación de ciertas leyes. De esta manera sería posible establecer instrumentos que permitieran rectificar las normas que ocasional y/o aisladamente traicio-

nen los valores o principios de justicia del sistema, o incorporar a él aquellas que efectivamente sean vistas como justas.

En el segundo supuesto, los destinatarios del Derecho consideran que la mayoría de las normas del sistema son injustas, en la medida que dichos destinatarios rechazan o cuestionan la validez material de los valores que comportan tales normas y que a través de ellas tratan de hacerse efectivos. En suma, el sistema jurídico es visto como injusto en su totalidad; la legalidad sólo podrá hacerse valer por vía de la coacción.

Nos encontramos, pues, ante un modelo de **acceso a la justicia** en el que encuadrarían los Estados totalitarios que sólo logran imponer sus decisiones por vía de la fuerza y la constante amenaza o represión.

En ambos supuestos el obstáculo que impide el acceso a la justicia se encuentra en uno o varios valores o principios del SEV; o, de plano, en todo el sistema. Por lo tanto, lo que se afecta directamente es la obediencia al Derecho.

En conclusión: este esquema nos permite identificar el lugar y el momento en el que convergen justicia y legitimidad, Derecho y política, ciencia jurídica con ciencia política.

Lo anteriormente expuesto puede plasmarse en el siguiente esquema:

F. Un Derecho no puede ser justo (A.1)
 porque el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es visto como injusto: con antinomias de principio y/o valoración (F.1)

Primer Estándar <i>Legalidad</i>
—Valores formales e instrumentales— Orden Seguridad Igualdad La legalidad se convierte en un obstáculo
Segundo Estándar

—Valores superiores—
Se rechazan uno, varios o todos los valores o principios del sistema EL SEGUNDO ESTANDAR VALORATIVO es obstáculo del acceso a la justicia
— Justicia y legitimidad política se encuentran —

CONCLUSIONES

1. El concepto de justicia y su realización son fenómenos de carácter complejo. El hecho de no comprender ni discriminar los distintos factores que afectan dicha realización impide o disminuye las posibilidades de combatirlos. Esta circunstancia tiene consecuencias directas en la praxis social y la vida cotidianas, no se trata, entonces, de una cuestión cuyos efectos puedan circunscribirse exclusivamente al orden teórico o metodológico. Una de las consecuencias más evidentes de la incompreensión de la naturaleza compleja de dichos fenómenos, es la de impedir que los programas de reforma, transformación o mejora de los sistemas de justicia suelen ser —dada la carencia de una visión global del problema—, parciales y normalmente insuficientes e ineficaces para alcanzar sus propósitos.

2. El **acceso a la justicia** es un tema de naturaleza multifactorial y, como la realización de la justicia misma, se ve necesariamente afectado por factores de orden jurídico y no jurídico o, dicho de otro modo, intrínsecos y extrínsecos al Derecho.

3. La problemática de naturaleza multifactorial que conlleva el acceso a la justicia puede ser entendida y estudiada, al menos, desde una tercia de puntos de vista metodológicos, a saber:

3.1) Desde la *dogmática jurídica* o, más precisamente, desde el *Derecho positivo de los derechos humanos*; 3.2) desde la *teoría de la justicia*; y, 3.3) desde la *teoría de la democracia*.

4. Desde la dogmática jurídica o el Derecho positivo de los derechos humanos, el **acceso a la justicia** puede ser concebido como un tipo de derecho humano fundamental, de carácter complejo al estar conformado

por un sistema de medios de protección, de cuya realización depende, en buena medida, la efectiva seguridad jurídica que debe propiciar un Estado de Derecho. Es en esa virtud que el **acceso a la justicia** puede ser definido como *aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva y en condiciones de igualdad, al sistema de medios alternos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional.*

5. El estudio del **acceso a la justicia** debe pasar, de modo insoslayable, por un análisis crítico de teoría de la justicia respecto de la acción del Estado, de los principios de justicia que postula y la manera en que pretende satisfacerlos.

6. El **acceso a la justicia** es también un tema que puede ser estudiado desde la teoría de la democracia, en la medida en que uno de los elementos básicos de aquélla es la existencia de un efectivo Estado de Derecho. Y dado que no hay Estado de Derecho sin **acceso a la justicia**, éste constituye por ende una condición necesaria e imprescindible de toda democracia. En suma, que no hay democracia ni Estado de Derecho sin un efectivo **acceso a la justicia**.

7. Un esquema teórico para estudiar y analizar el **acceso a la justicia** requiere de una concepción previa de lo que por aquélla se entiende. En tal virtud, la justicia viene a ser, en su sentido *rawlsiano*, un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad. Además, la justicia no ha de ser concebida como un asunto de estricta moralidad sino antes bien, una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilite el desempeño de las instituciones sociales.

8. La justicia, en tanto primera virtud de las instituciones sociales, cumple una función referencial o paradigmática para determinar la corrección o incorrección de conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales.

9. La Teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV) constituye un método para conceptualizar y establecer cómo y cuándo se produce la justicia. Dicha tesis parte del presupuesto de que todo sistema normativo denominado Derecho produce siempre, por su sola presencia en sociedad y a través de la legalidad, al menos una tercia de valores formales

e instrumentales: orden, seguridad e igualdad jurídicas. Estos constituyen el Primer Estándar Valorativo del Derecho (**PEV**). Los valores jurídicos adquieren sentido cuando sirven para realizar los valores o principios superiores que cada Derecho persigue y que constituyen su Segundo Estándar Valorativo (**SEV**).

10. Un sistema jurídico será justo si el **PEV** (legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (**SEV**). O sea, que la legalidad —vía su normatividad coactiva— sirve efectivamente para realizar los objetivos últimos para los cuales fue concebida. De tal modo que si el Derecho en cuanto instrumento hace posible la realización de los valores o principios para los cuales fue creado, podrá afirmarse que ese Derecho es justo. En cambio si la legalidad no ordena, ni asegura, ni iguala respecto de tales valores o principios, la norma o el sistema en cuestión será injusto; lo cual explica que cuando la ley —formalmente válida— asegura, iguala y ordena conductas contrarias al **SEV**, estaremos en presencia de una ley válida jurídicamente, por más que injusta.

11. El esquema de justicia presentado en la conclusión 10, representa al Derecho o sistema jurídico en forma estática o ideal, es decir, sin ponerlo todavía en contacto con las condiciones sociales, políticas, históricas y culturales a las que necesariamente habrá de quedar sujeto. Por lo tanto, estamos ante un esquema que alude a un Derecho estáticamente justo.

12. Con base en el esquema anterior el **acceso a la justicia** puede verse impedido por dificultades extrínsecas, fácticas o extrasistémicas. Es decir, ajenas al sistema jurídico. De igual manera, el **acceso a la justicia** puede verse influido por causas imputables al sistema jurídico mismo, o sea, sistémicas. En la realidad ambas causas aparecen confundidas aunque sea necesaria su discriminación e identificación para la adopción de las medidas que hagan posible dicho acceso a la justicia.

13. Las causas extrínsecas que impiden o dificultan el acceso a la justicia se pueden agrupar, por razones de método, en tres esquemas. Para los efectos de este ensayo tales causas y sus respectivos esquemas son: **B**. La existencia de un sistema de administración de justicia o judicial con servidores públicos y abogados postulantes corruptos y/o incompetentes profesionalmente; **C**. La existencia de un sistema político corrupto y/o que carezca de voluntad política en favor de la justicia; **D**. La existencia de un Estado ético o perfeccionista y/o las condiciones de miseria e ignoran-

cia en que se encuentran amplios sectores de la población. En todos estos esquemas la conclusión obvia es que la justicia se produce sólo excepcional y hasta accidentalmente. Es obvio, también, que las medidas para corregir los orígenes de estas causas nada tienen que ver, prácticamente, con el Derecho como sistema. Por lo tanto, la reforma o cambio de la legislación, sólo coadyuvaría tangencial y secundariamente a la solución de los problemas que impiden o hasta hacen nugatorio el **acceso a la justicia**.

14. Las causas intrínsecas o que tienen su origen en defectos del sistema jurídico mismo, se pueden agrupar, por razones de método, en dos esquemas. Para los efectos de este ensayo tales causas y sus respectivos esquemas son: **E**. La existencia de un ordenamiento jurídico, a nivel de su legalidad, técnicamente defectuoso; **F**. La existencia de un ordenamiento jurídico que es visto en algunas de sus normas o en su totalidad como injusto. En ambos casos, los errores del sistema jurídico son respectivamente de carácter formal y material y se dan, también respectivamente, en el primero y segundo estándares valorativos del Derecho. En cuanto a **E** la solución está en la técnica jurídica que mejore la calidad del ordenamiento jurídico. En cuanto a **F** la solución está en hacer efectiva la obediencia al Derecho buscando que justicia y legitimidad política coincidan en favor de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCESO A LA JUSTICIA Y EQUIDAD, “*Estudio en siete países de América Latina*”, (José Thompson, Coordinador Académico). San José de Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1a. Edición, 2000.
- ÁLVAREZ, Mario I., *Introducción al Derecho*, 2a. ed., México, McGraw-Hill, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, G. Giappichelli-Editore, 1960.
- ELSTER, John, *Justicia Local —De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias—* (Trad. Elena Alterman), Barcelona, Gedisa editorial, 1994.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, (Trad. Jorge M. Seña), Barcelona, Ed. Gedisa, 1992.

- ISONOMÍA, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Número 10, México, ITAM, abril de 1999.
- RODRIGO MUÑOZ, Serafin, "Acceso a la Justicia"; en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica* (Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani, Coordinadores), ISEG Roma-Perugia-México, 2013.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Derecho y moral", en *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. (Rodolfo Vázquez, compilador), Barcelona, Gedisa editorial, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- RABASA, Emilio, "La teoría de la consolidación democrática" en *Jurípolis. Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho*. Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, Diciembre, 2005,
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University, 1980.
- , *Liberalismo Político* (Trad. Sergio René Madero Báez), México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- TOMASINI, Alejandro, "Fe", en *Nuevos Ensayos de Filosofía de la Religión*. México, JHG Editores, 1999.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad* (Trad. Heriberto Rubio), México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD EN CRISIS: UN ANÁLISIS BASADO EN EL PODER

Juan Pablo ARANDA VARGAS

El artículo evalúa el argumento que presenta Giorgio Agamben en *El misterio del mal*, que considera la renuncia de Benedicto XVI como signo de una crisis de legitimidad no sólo en la esfera religiosa, sino política; una crisis que exige la restitución del misterio del mal (*mysterium inequitatis*) en su nivel escatológico, dotando de significatividad histórica y, en última instancia, sentido, a la acción política. Siguiendo a Claude Lefort se analiza la conceptualización de la democracia como régimen donde el lugar del poder está vacío, e interpreta dicha lectura como posible explicación de la crisis referida por Agamben.

Palabras clave: sentido, escatología, vacío, democracia, Iglesia.

Agamben y la recuperación de la conciencia escatológica.

El 10 de febrero, frente al colegio cardenalicio, el Papa Benedicto XVI anunciaba su renuncia al obispado de Roma, que presidía desde el 20 de abril de 2005: “*conscientia mea iterum atque iterum coram Deo explorata ad cognitionem certam perveni vires meas ingravescente aetate non iam aptas esse ad munus Petrinum aequae administrandum*”.¹ El Papa refirió un cuerpo cansado, sin el vigor suficiente para ejercer adecuadamente la titánica labor de conducir a una Iglesia sumergida en arduos debates sobre el lugar adecuado de la tradición y la innovación —dentro de los que la

¹ “Después de haber examinado ante Dios reiteradamente mi conciencia, he llegado a la certeza de que, por la edad avanzada, ya no tengo fuerzas para ejercer adecuadamente el ministerio petrino”. Traducción de María Teresa D’Meza en Agamben, G., *El misterio del mal. Benedicto XVI y el fin de los tiempos* (Argentina: Adriana Hidalgo, 2013), p. 61.

correcta interpretación del Vaticano II ocupa un lugar predominante—;² sobre la (posible) apertura eclesial al *ethos* democrático-pluralista y tolerante, al tiempo que vacío y *light*,³ en su versión posmoderna—; así como sobre los escándalos que se sucedieron uno tras otro, ya sobre pederastia,⁴ ya sobre el *lobbying* homosexual dentro del Vaticano, ya sobre el lavado de dinero a través de la institución bancaria vaticana.

Para algunos, la renuncia del teólogo alemán que, el 19 de abril de 2005, se presentaba como “un simple y humilde trabajador de la viña del Señor” alcanza, tras un análisis concienzudo, horizontes que se alejan del discurso de la debilidad del cuerpo. En particular, habría que preguntar: ¿Alcanza dicho discurso para explicar un evento que no sucedía desde la renuncia de Celestino V, cuando estaba por finalizar el siglo XIII? ¿Es la renuncia del pontífice una medida precautoria para evitar las voces que, en su tiempo, se levantaron contra un Juan Pablo II viejo y enfermo, recomendando su renuncia? ¿Es posible escudriñar hasta encontrar una idea *detrás* del discurso que hable de intensiones más auténticas, más urgentes pero, al mismo tiempo, impronunciadas, del pontífice?

En *El misterio del mal*, Giorgio Agamben elabora un argumento que intuye en la renuncia de Benedicto XVI una trascendencia mucho mayor que la que puede desprenderse de su comunicación oficial. La historia que teje el filósofo italiano encuentra su base en la figura de Ticonio, teólogo cercano al donatismo⁵ cuyo pensamiento el entonces cardenal Joseph Ratzinger había discutido en su artículo, *Observaciones sobre el concepto de Iglesia en el Liber Regularum de Ticonio*.

² Respecto del Concilio Vaticano II el entonces cardenal Ratzinger estimaba: “Respecto del rango del Vaticano II aún no puede pronunciarse un juicio definitivo, aun admitiendo que en sus textos hay muchos elementos válidos. Que, al final, haya de ser enumerado entre los faros luminosos de la historia de la Iglesia es algo que depende de los hombres que deben transformar la palabra en vida”, Ratzinger, J., *Teoría de los principios teológicos. Materiales para una teología fundamental* (Barcelona: Herder, 1985), p. 453.

³ Véase al respecto Lipovetsky, G., *La era del vacío* (Barcelona: Anagrama, 2012).

⁴ Para una excelente relatoría del estallido y desarrollo del escándalo de los sacerdotes pederastas, véase Meyer, J., *El celibato sacerdotal. Su historia en la Iglesia Católica* (México: Tusquets, 2009).

⁵ RATZINGER comenta, no obstante, que la ubicación ideológica de Ticonio oscila entre el catolicismo y el donatismo, sin que el teólogo laico hubiera terminado por abrazar uno u otro definitivamente: “El paso natural de retorno a la Iglesia católica, que parecían facilitarle sus opiniones catolizantes, no llegó a darlo, pero omitió al parecer igualmente reconciliarse con la comunidad donatista u así murió como *excommunicatus*, fuera de toda visible *communio ecclesiae*”, Ratzinger, J., “Observaciones sobre el concepto de Iglesia en el *Liber Regularum* de Ticonio”, en *El nuevo pueblo de Dios* (Barcelona: Herder, 1972), p. 16-17.

De la lectura del capítulo 2 de la segunda epístola de Pablo a los Tesalonicenses, así como del *Cantar de los cantares* (1,4), Ticonio conceptualiza una imagen de Iglesia escindida en dos. La Iglesia, cuerpo místico de Cristo, es un *corpus bipertitum*,⁶ limpia y buena al tiempo que sucia y perversa, día y noche, amorosa esposa de Cristo al tiempo que demonio y anticristo. “La consecuencia de esta tesis radical, que divide y une al mismo tiempo a una Iglesia de los malvados con una Iglesia de los justos, consiste, explica Ratzinger, en que la Iglesia es —hasta el juicio final— a la vez Iglesia de Cristo e Iglesia del Anticristo”.⁷

El que la Iglesia pueda ser conceptualizada de esta forma, como un cuerpo escindido entre el bien y el mal o, alternativamente, según la caracterización de Agustín, suscrita por Ratzinger, en *La Ciudad de Dios* —que habla no ya de un cuerpo escindido, sino de *dos ciudades*, Jerusalén y Babilonia— abre la puerta para la restauración de la perspectiva *escatológica* de la Iglesia Católica. En tanto que el fin de los tiempos será el día de “la gran *discessio*”,⁸ de la separación de la Iglesia *fusca et decora*, el tiempo presente adquiere, a través del discurso escatológico, su carácter auténtico, a saber, el de una espera activa; nuestro tiempo se anuncia ya no como “el *fin del tiempo*, sino el *tiempo del fin*”.⁹ El hoy sólo puede presentarse como campo de batalla entre la Iglesia del mensaje de Cristo, la esposa que espera la llegada del amante,¹⁰ y una Iglesia que duerme en el olvido de

⁶ Ver RATZINGER, 1972, pp. 22-27, y AGAMBEN, 2013, pp. 16-18.

⁷ AGAMBEN, 2013, p. 17. Ratzinger, vale indicar, coincide con la crítica de Agustín a Ticonio, rechazando la teoría del cuerpo bipartito. Para el alemán, la doctrina de Ticonio “es en el fondo absolutamente acatólica”, Ratzinger, 1972, p. 28. La plausibilidad de la tesis de Ticonio, así como su recepción por parte de Benedicto XVI, sobrepasan el objetivo de este trabajo. En el presente trabajo, como se indica arriba, pretendo evaluar la hipótesis de Agamben respecto de la crisis de legitimidad política.

⁸ Pablo, en su epístola, refiere que el “hombre de la anomía”—el Anticristo, según la tradición— no será revelado hasta “aquel que retiene... sea quitado de en medio”. Agamben, siguiendo a Ticonio, identifica a la *Iglesia fusca* como “quien retiene”. Agamben también refiere la primera epístola de Juan, donde se anuncia “que vendrá el Anticristo”. El discípulo continúa: “en realidad, ya han aparecido muchos anticristos, y por eso sabemos que ha llegado la última hora. *Ellos salieron de entre nosotros, sin embargo, no eran de los nuestros. Si lo hubieran sido, habrían permanecido con nosotros*. Pero debía ponerse de manifiesto que no todos son los nuestros”, (1 Jn 2, 18-19). Al igual que en Ticonio, la epístola de Juan hace referencia al “lugar” del Anticristo; en ambos casos éste surge es desenmascarado de su escondite, el “nosotros” de la Iglesia.

⁹ AGAMBEN, 2013, p. 28.

¹⁰ La parábola de las vírgenes de Mateo (25, 1-13) proporciona una imagen extraordinaria: Cristo parte de una división, cinco vírgenes necias y cinco prudentes. El aceite parece manifestar al mismo tiempo vigilancia y el *signo* con el que el Señor identificará a aquellas que participarán en las nupcias finales.

la cotidianidad, que abandona, necia, la espera y se contenta con una vida *media*, ajustada y normalizada, atenta a los signos del mundo mucho más que aquéllos que hablen de parusía y juicio final. Se desprende, pues, que cuando la Iglesia olvida que la vida, esta vida, sólo tiene auténtico sentido sobre la base de, o en función de, el momento escatológico de la parusía, cae presa de una visión tecnificada, esto es, de una perspectiva de medios aplicados a fines que obnubila su naturaleza y la pervierte: “Cuando el elemento escatológico se eclipsa en la sombra, la economía mundana se vuelve propiamente infinita, es decir, interminable y sin objetivo”.¹¹

¿Qué sentido tuvo, entonces, la renuncia de Benedicto XVI? ¿Cómo unir los puntos hasta ahora esparcidos sobre el lienzo blanco de la reflexión? Agamben sentencia:

La “gran renuncia” de Benedicto XVI es todo lo contrario a una remisión al futuro cisma escatológico: esta recuerda, en cambio, que es imposible que la Iglesia sobreviva si remite pasivamente al fin de los tiempos la solución del conflicto que despedaza su “cuerpo bipartito”. Al igual que el problema de la legitimidad, el problema de lo que es justo y de lo que es injusto tampoco puede ser eliminado de la vida histórica de la Iglesia.

Benedicto XVI —incluso bajo la hipótesis de su distanciamiento de la tesis de Ticonio— habría entendido la renuncia en un sentido profundamente simbólico, como la herramienta última y, por desesperada, más perfecta para lanzar un mensaje, a saber, el de la insistencia de luchar, como sugiere la lectura de Agamben, la gran *descessio* o, si seguimos la tesis agustiniana,¹² el permanente enfrentamiento entre Jerusalén y Babilonia, en un momento en que las fronteras de una y otra han dejado de ser claras.¹³

No es difícil identificar el paralelismo entre la figura de Benedicto XVI con su antecesor en la renuncia, Celestino V. Para el monje ermitaño, acostumbrado a la soledad, al sigilo de la oración y la meditación, bastaron ciento siete días al frente de una Iglesia-imperio, donde el barullo de la política, el dinero y la retórica asfixiaba la quieta intimidad del espíritu con su Creador, para presentar su renuncia, ansioso de volver a su dulce

¹¹ *Ibidem*, p. 30.

¹² “Agustín objeta a Ticonio que los malos no están nunca, ni siquiera ahora, con Cristo y no pertenecen, por tanto, ni siquiera ahora, a la Iglesia. Porque la Iglesia es de Cristo, y no del anticristo; es una y no está bipartida. Los malos no pertenecen *verdaderamente a ella*, sino que sólo *parecen pertenecerle*”, RATZINGER, 1972, p. 26.

¹³ Cf. 1 Jn 2, 18-19, *supra*.

soledad —que su sucesor, Bonifacio, haría imposible, secuestrándolo y encarcelándolo—. Un emocionado y nostálgico Benedicto XVI recordaba, el 12 de septiembre de 2006, el “hermoso periodo en el Instituto Superior de Freising”,¹⁴ que marcaría el inicio de su paso por la academia. La educación, así como la interrogación de Dios por medio de la razón, habrían de ser el lugar privilegiado de quien tendría a su cargo el Consejo para la Doctrina de la Fe y, posteriormente, la Iglesia de Cristo. La soledad del ermitaño se abraza fraternamente, de este modo, con la soledad del académico, y ambos encuentran en la meditación, la reflexión y el silencio compañeros de viaje insustituibles. Agamben, finalmente, recuerda que “el 4 de julio de 2009 Benedicto XVI había depositado sobre la tumba de Celestino V en Sulmona el palio que recibiera en el momento de su investidura, como prueba de que la decisión había sido meditada”.¹⁵

Para Agamben, el nivel escatológico es aquel que, en primer lugar, legitima la acción eclesiástica en el mundo. Dicho nivel es atravesado, en la historia de la Iglesia, por la *oikonomía*, por “la acción salvífica de Dios *en el mundo* y en el tiempo”,¹⁶ de manera tal que—como parece estar ocurriendo—cuando la Iglesia se olvidó del momento escatológico, “el desarrollo de la *oikonomía* secularizada se pervirtió y se convirtió literalmente en sin fin, es decir, sin objetivo”.¹⁷ La actividad eclesiástica frente al discurso escatológico revela el rostro auténtico de la Iglesia, liberándola del mundo y permitiéndole una elevación que añora el regreso de Cristo, igual que las agujas góticas. Su negación, por el contrario, sume a la institución en el fango anómico de la instrumentalidad ciega.

Lefort: anomia, vacío y democracia

Al inicio de su libro, Agamben lanza una aguda preocupación: “los poderes e instituciones hoy no se encuentran deslegitimados porque han caído en la ilegalidad; más bien es cierto lo contrario: la ilegalidad está tan difundida y generalizada porque los poderes han perdido toda conciencia de su legitimidad”.¹⁸ En la sección anterior busqué trazar las líneas generales

¹⁴ Benedicto XVI, *Fe, razón y universidad. Recuerdos y reflexiones*, discurso pronunciado 12 de septiembre de 2006 en la Universidad de Ratisbona.

¹⁵ AGAMBEN, 2013, pp. 11-12.

¹⁶ *Ibidem*, p. 57, el énfasis es mío.

¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

por las que se explica la pérdida de legitimidad de la Iglesia Católica en el marco de la renuncia de Benedicto XVI. Vale, ahora, evaluar el argumento agambeniano en el marco de la democracia.

Que la crisis de legalidad sea una crisis, sobre todo, de legitimidad, no apunta a otro lado que al *lugar del poder*. Recordando la caracterización weberiana de la legitimidad, encontramos que la tradición, el carisma o la racionalidad (la ley positiva) fungen como modalidades de dicho poder, como *formas* en que este último se manifiesta. Respecto de la legitimidad tradicional basta mirar, por ejemplo, la conceptualización del poder primitivo en Pierre Clastres: “la jefatura en la sociedad primitiva no es sino el lugar supuesto, aparente del poder. ¿Cuál es el lugar real? Es el propio cuerpo social que lo detenta y ejerce como unidad indivisa”.¹⁹ La sociedad primitiva burla y desactiva el dispositivo de la autoridad teatralizándolo, diseñando a un jefe que no manda ni es obedecido pero que, al mismo tiempo, imposibilita la apropiación de dicho poder.

El análisis del ideal ilustrado de la racionalidad puede aportarnos elementos para la comprensión contemporánea de la democracia. Esta racionalidad, al menos desde la perspectiva kantiana, fue capaz, durante la modernidad temprana, de generar un espacio de poder organizado en torno a un grupo determinado de ideas: el ideal de progreso, el concepto de individuo y la ley como racionalidad consensuada. Estos principios otorgaban a la modernidad una fuerza disciplinar—una dirección irresistible—que afectaban la generación y el ejercicio del poder. La posmodernidad, como lo han puesto de manifiesto Gilles Lipovetsky,²⁰ con sus ideas de “pos-deber” en los tiempos “hipermodernos”, o Marc Augé,²¹ con las ideas de “sobremodernidad” y “no-lugares”, rompe con estos conceptos de progreso y de individuo—en su comprensión trascendental—, prefiriendo la multiplicación de las fuentes de sentido, aún al costo de su extrema relativización y ulterior vaciamiento. La sociedad posmoderna clausura la sociedad dirigista y disciplinar moderna, a través de lo que Lipovetsky llama el segundo proceso de individualización, una revolución que dota, asimismo, a la democracia de su significación más auténtica y radical: la

¹⁹ CLASTRES, P., *Investigaciones en antropología política* (España: Gedisa, 2001), p. 115.

²⁰ Dos interesantes obras de Lipovetsky, que ilustran los conceptos referidos, son *Los tiempos hipermodernos* (Barcelona: Anagrama, 2004) y *El crepúsculo del deber* (Barcelona: Anagrama, 1992).

²¹ AUGÉ, M., *Los no lugares. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad* (Barcelona: Gedisa, 20059).

de un sistema político cuyo lugar de poder rehúye la permanencia y la estabilidad inaugurando, en cambio, el terreno del *choice*, de la búsqueda de sentido y autenticidad individual, sin reparar demasiado sobre la correspondiente destrucción de los antiguos sitios de autoridad tradicional (la patria, la familia, la tradición, Dios, la naturaleza).

Es Claude Lefort quien conceptualiza la democracia en este sentido. Para el teórico francés, ésta es el único régimen en que se establece “una representación del poder que lo confirma como un *lugar vacío*”, es decir, el único que mantiene “la separación de lo simbólico y lo real”²². La monarquía por derecho divino, por ejemplo, identificaba el poder simbólico—la configuración del sitio de poder, su determinación como espacio de inteligibilidad—, y el poder real—esto es, su ejecución, su irrupción e impacto en lo social—, fundiéndolos en un solo cuerpo, en el cuerpo del rey, al grado que la decapitación del rey implicaba no sólo el final del ejercicio del poder “por este hombre”, sino el trastocamiento del concepto y significación misma del poder, su configuración simbólica.²³

En nuestras democracias contemporáneas, por el contrario, “les está prohibido a los gobernantes apropiarse, incorporarse el poder”.²⁴ De la misma forma que el legislador, por ejemplo, no puede nunca identificarse con el poder—de ahí que nos refiramos a él como “representante”—, ni asirlo, sino en todo caso utilizarlo o direccionarlo temporalmente, la idea que funda y con la que la sociedad se identifica a sí misma tampoco está presente en la democracia: cualquier imagen estable del cuerpo social viola el principio fundacional democrático, a saber, la cancelación de dichas imágenes. Finalmente, que el lugar del poder está vacío implica, necesariamente, que ninguna idea, principio o valor puede pretenderse estable ni, mucho menos, necesario: la idea democrática, al desembarazarse de cualquier metafísica previa, se presenta a sí misma como espacio de deliberación cuyo resultado más visible es la administración pacífica del

²² LEFORT, C., “¿Permanencia de lo teológico-político?” en *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político* (Barcelona: Anthropos, 2004), p. 68.

²³ “En la monarquía, el poder estaba incorporado en la persona del príncipe. Eso no quiere decir que poseyera un poder sin límites. El régimen no era despótico. El príncipe era un mediador entre los hombres y los dioses... un mediador entre los hombres y las instancias soberanas trascendentes de la Justicia soberana y de la Razón soberana... este reino aparecía como un cuerpo, como una unidad sustancial, de tal manera que la jerarquía de sus miembros, la distinción de rangos y órdenes, parecían reposar sobre un fundamento incondicionado”, LEFORT, C., “La cuestión de la democracia”, en *La incertidumbre democrática*, 2004, p. 47.

²⁴ *Ídem*.

poder pero, al mismo tiempo, en tanto *espacio vacío*, obliga el libre juego de entrada y salida de los valores, el irrestricto ir y venir de la voluntad.²⁵

Que la democracia renuncie, pues, a todo sostén metafísico como fuente de sentido a fin de institucionalizar la división entre ley, saber y moral,²⁶ al tiempo que abre un espacio de la elección autónoma y auténtica para el individuo capaz de prevenir la concentración o el secuestro del lugar de poder, es una actitud que refleja el terror totalitario, la bestialidad de los campos de concentración, la inhumanidad política en esplendor. No obstante este terror, la angustia existencial producida por la incesante búsqueda de sentido que termina en respuestas parciales o, peor, en fracasos totales, puede generar en el ciudadano democrático una histeria por el sentido, una irrefrenable exigencia de *cualquier* sentido que ponga fin a la tremenda carga que implica hacerse cargo de uno mismo. Aquella mayoría de edad intelectual que Kant presagiaba liberadora se vuelve, en la posmodernidad *vacía*, una carga a veces insoportable. Es ahí cuando el fantasma totalitario acecha con toda su fuerza. Observemos el fenómeno desde dos perspectivas.

En primer lugar, desde la conceptualización hegeliana de la voluntad. Para Hegel, la dialéctica de la voluntad se genera en el choque entre el momento de indeterminación pura, la "*posibilidad absoluta de abstraer toda determinación en la que me encuentro o que ha sido depositada sobre mí, la huida de todo contenido, entendido como limitación*",²⁷ y el momento de dicha determinación del "yo". La determinación del yo como contenido particular, finito, ocurre en el momento en que el deseo se transforma en deseo-de-algo. Los seres humanos somos seres que desean constantemente, somos conglomerados de deseos. En este sentido, el matrimonio entre democracias occidentales y el sistema económico de mercado neoliberal se muestra como sociedad de deseo por excelencia. Pero, ¿qué sucede cuando el deseo conduce invariablemente a la extinción del placer, cuan-

²⁵ No es casualidad que Terry Eagleton considere que el mundo post-Auschwitz está marcado por la indeterminación: "*Everything in this post-Auschwitz world is ambiguous and indeterminate. Every position is a tentative hypothesis... to live is to defer, to put off a final meaning; and though the act of postponing it makes life hard to bear, it may also be what keeps it in motion*". La democracia contemporánea captura esa misma cautela, ese terror por las definiciones *once-and-for-all* que recuerdan los regímenes totalitarios. En: Eagleton, T., *The meaning of life. A very short introduction* (New York: Oxford University Press, 2007), p. 61.

²⁶ Para una interesante exposición de esta temática véase Manent, *Curso de Filosofía Política* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003).

²⁷ HEGEL, *Elements of the philosophy of right* (New York: Cambridge University Press, 2003⁸), p. 38.

do todo goce es ineluctablemente interrumpido, clausurado, por la propia finitud y particularidad del objeto de goce, por su naturaleza misma? ¿Qué sucede cuando lo ansiado no es "esto" o "aquello" sino, por el contrario, la trascendencia, la superación de lo finito y contenido, lo contingente y determinado?²⁸ Ahí, dice Hegel, la voluntad refrena todo deseo fragmentado, exigiendo en contraparte "la libertad del vacío, elevada al estatus de actualidad y pasión", y continúa, "si permanece puramente teórica, se vuelve religiosa en el reino religioso del fanatismo hindú de la contemplación pura; pero si se vuelve actualidad se vuelve, tanto en el reino de la política como la religión, el fanatismo de la destrucción... sólo destruyendo algo siente esta voluntad negativa su propia existencia".²⁹

Para Lefort, por su parte, en el totalitarismo se trata "de dar al poder una realidad sustancial; de reconducir a su órbita el principio de la ley y del saber; de rechazar la división social bajo todas sus formas; de proporcionar de nuevo a la sociedad un *cuerpo*".³⁰ Cuando, en 1933, Hitler modificó la Constitución para incluir la *Ermächtigungsgesetz*, la ley que le otorgaba facultades legislativas haciendo caso omiso del *Reichstag*, estaba configurando, precisamente, esa reunión del poder. Mientras que la democracia, como se ha dicho, se define como espacio no-metafísico marcado por la división, el totalitarismo de Hitler se presentaba como metafísica del *Volk* manifiesta en el matrimonio *Führer*-pueblo. Tal como señala Lefort, es la desesperación por la unidad —desesperación paralela al elemento *negativo* de la voluntad hegeliana—, el sueño de trascender una existencia continuamente puesta en pausa, desprovista de significación definitiva, la que reconduce a experimentos antidemocráticos, violentos, etcétera.

Que la crisis de la legalidad sea una crisis de legitimidad, antes y primordialmente, puede explicarse, me parece, como consecuencia de la propia naturaleza posmoderna de la democracia. La legitimidad democrática, lo mismo que la legalidad, apuntan a realidades simbólicas desprovistas de sentido alguno. De hecho, como se ha visto, la cancelación de un sentido apriorístico, predefinido, fue uno de los *objetivos* de los regímenes

²⁸ A este respecto, el análisis de Jorge Ramos sobre erotismo y cristianismo es relevante. El acto sexual, dice Ramos citando a Berdaiev, entendido eróticamente como búsqueda de la liberación de las cadenas de la contingencia, la individualidad y la inmanencia, "no perdura, no es... «puente hacia la eternidad», sino que se agota... «Esta separación contiene en sí toda la tragedia angustiosa del amor, consistente en la persecución dolorosa de la forma del andrógino y de la armonía cósmica que ella encierra". Ramos, J., "Eros y Areté", en *Estudios*, ITAM, 16, 1989.

²⁹ HEGEL, *op.cit.*

³⁰ LEFORT, 2004, p. 78.

democráticos de la posguerra. Ahora bien, irónicamente, el advenimiento del posmodernismo, la crisis del sentido, la angustia y el fin de las metafísicas parece estar generando presiones por la definición, por el camino. La libertad, la costosa libertad por la que la humanidad pagó más sangre que por ningún otro ideal, se presenta al hombre posmoderno como una *difícil* libertad, como un acertijo.

Para Agamben, la solución al acertijo, tanto religioso como político, es la restitución de la dimensión escatológica, entendida como momento de acción entre los tiempos simbólicos del inicio y el final:

Creo que sólo si se restituye el *mysterium iniquitatis* a su contexto escatológico, una acción política puede ser de nuevo posible, tanto en la esfera teológica como en la profana. El mal no es un oscuro drama teológico que paraliza y vuelve enigmática y ambigua toda acción, sino un drama histórico en el cual la decisión de cada uno está siempre en cuestión.

Así como en el fondo de la renuncia de Benedicto XVI pudo haber una enérgica protesta contra “los fraudes y simonías de la corte”, asimismo en la democracia, según Agamben, la acción política es imposible sin restituir la dimensión escatológica (histórica) que le otorga sentido y clausura la ambigüedad posmoderna. La crisis de la Iglesia, lo mismo que la de las democracias contemporáneas, son crisis de *sentido*. Las fantasías de un sentido único, definido de una vez por todas, por otro lado, han marcado el origen de algunos de los crímenes más grandes contra la humanidad. El anhelado equilibrio, si existe, sólo puede ser delicado y frágil.

LA DOBLE NACIONALIDAD Y LA DESIGNACIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE UNA ENTIDAD PARAESTATAL. UNA APLICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DEL 2011

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Consideraciones*. III. *Conclusiones*.

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de Marzo de 1997, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la cual se estableció la “doble nacionalidad”, de la siguiente forma, en el primer párrafo del artículo 32:

Artículo 32. La ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

2. En el segundo párrafo del artículo 32 constitucional (conforme a la mencionada reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de Marzo de 1997) se señala:

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del congreso de la Unión.¹

¹ El subrayado es nuestro.

3. En la Constitución no está previsto que el Director General de una entidad paraestatal deba ser mexicano por nacimiento, sin adquirir otra nacionalidad. Esta restricción se encuentra en la legislación ordinaria.

4. Es así que, en el artículo 21 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (conforme a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de Enero de 1998) se prevé:

Artículo 21. El director general será designado por el Presidente de la República, o a indicación de éste a través del coordinador de sector por el órgano de gobierno, debiendo recaer tal nombramiento en persona que reúna los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento que no adquiriera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos.
- II. (...).
- III. (...).

5. Como consecuencia de lo anterior, un mexicano que adquiere otra nacionalidad, deja de cumplir los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, para ser Director General de una entidad paraestatal.

II. CONSIDERACIONES

1. En diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, se establece que, cualquier persona tiene el derecho de acceso a las funciones públicas de su país. Dichos instrumentos son los siguientes:

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

(Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948)

Artículo 21.

1. (...).
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.²
3. (...)

² El subrayado es nuestro.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de Mayo de 1981)

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) (...)
- b) (...)
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.³

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA" (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de Febrero de 1999)

Artículo 23. Derechos políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) (...)
- b) (...)
- c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.⁴

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

2. Una de las funciones públicas es la de ocupar un puesto en la Administración Pública Federal, como es el caso de la Dirección General de una entidad paraestatal.

3. Lo previsto en el artículo 21, fracción I de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, va en contra de lo pactado en los tratados internacionales mencionados.

4. Para resolver cual disposición tiene mayor jerarquía en el sistema jurídico mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 133 Constitucional,

³ El subrayado es nuestro.

⁴ El subrayado es nuestro.

resulta aplicable la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

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. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, **esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local.**⁵ Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Por lo tanto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema, en segundo lugar, los tratados internacionales y en tercer lugar están el derecho federal y el local.

5. En la Constitución (primer lugar de la jerarquía normativa) no está previsto que el Director General de una entidad paraestatal deba ser mexicano por nacimiento, sin adquirir otra nacionalidad. Esta restricción está en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (tercer lugar en la jerarquía normativa). Por lo tanto, antes de lo previsto en la referida ley federal, debe aplicarse lo pactado en los tratados internacionales (segundo lugar en la jerarquía normativa), o sea, que cualquier persona debe tener acceso a las funciones públicas de su país.

Este criterio se refuerza con las siguientes tesis:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. **Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones.**⁶ Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

⁵ Las negritas son nuestras.

⁶ Las negritas son nuestras.

Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que **todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad,**⁷ raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que **todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad,**⁸ raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos

los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Tesis de jurisprudencia 81/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de septiembre de dos mil cuatro.

6. Las garantías individuales se consideran actualmente como derechos humanos, conforme a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial*, el 10 de Junio del 2011. Por lo tanto, el acceso a las funciones públicas es un derecho humano reconocido por el Estado mexicano, igualmente protegido por los tratados internacionales en los cuales México es parte, según se prevé en los tres primeros párrafos del artículo 1º Constitucional:

Artículo 1o. **En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte,**⁹ así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.¹⁰

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos¹¹ 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.

⁹ Las negritas son nuestras.

¹⁰ Las negritas son nuestras.

¹¹ Las negritas son nuestras.

⁷ Las negritas son nuestras.

⁸ Las negritas son nuestras.

7. En el “Pacto de San José” se prevé que el derecho de todo ciudadano para tener acceso a las funciones públicas de su país, puede restringirse por razones, entre otras, de nacionalidad. Sin embargo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no existe esa excepción, sino que, el derecho para acceder a las funciones públicas del país, es lo más amplio posible. Esta aparente contradicción entre instrumentos internacionales se resuelve aplicando el principio pro persona, conforme al cual es aplicable el tratado que otorga más derechos, o sea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8. Corresponde a todas las autoridades del país, aplicar los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.

9. Las siguientes jurisprudencias interpretan el texto constitucional y sirven de apoyo a las afirmaciones anteriores, de la siguiente forma:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona.**¹² Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde **los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior.**¹³ Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos

¹² Las negritas son nuestras.

¹³ Las negritas son nuestras.

103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio, son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, **los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos, y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana, para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.**¹⁴ Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución, en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso, por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, **el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;**

¹⁴ Las negritas son nuestras.

b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos;¹⁵ y c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, **debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de aplicar o declarar su incompatibilidad.**¹⁶

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

¹⁵ Las negritas son nuestras.

¹⁶ Las negritas son nuestras.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Es inaplicable lo previsto en el artículo 21, fracción I de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, en razón de la nacionalidad.

SEGUNDA. Conforme a lo previsto en el artículo 1° Constitucional y a la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal, son aplicables los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

TERCERA. Por lo anterior, es procedente el nombramiento de un mexicano que tenga doble nacionalidad, como Director General de una entidad paraestatal.

CUARTA. Cualquier otra resolución distinta a la mencionada, implicaría que la autoridad estaría incumpliendo con la obligación constitucional de respetar y proteger los derechos humanos.

LA ACTITUD BARROCA DE LOS PUEBLOS INDIOS MEXICANOS EN SU LUCHA POR LA TIERRA

Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA¹

Antes la tierra era de nosotros los naturales. Ahora es de las gentes de razón. [...] Lo cierto es que la tierra ya no es de nosotros y allá cada y cuando nos acordamos. Sacamos los papeles antiguos y seguimos dale y dale. “Señor Oidor, Señor Gobernador del Estado, Señor Obispo, Señor Capitán General, Señor Virrey de la Nueva España, Señor Presidente de la República... Soy Juan Tepano, el más viejo de los tlayacanes, para servir a usted: nos lo quitaron todo...”

Juan José ARREOLA, “La feria”

El arte barroco puede prestarle su nombre porque, como él —que acepta la incuestionabilidad del canon formal, pero lo emplea de tal manera que, al despertar el gesto petrificado en él revitaliza el conflicto salvado por esa incuestionabilidad—, ella también es una “aceptación de la vida hasta en la muerte”. Es una estrategia de afirmación de la corporeidad del valor de uso que parte del reconocimiento de la misma como sacrificada para —invirtiendo como bueno “el lado malo” por el que avanza la historia— hacer de los restos del sacrificio el material de una nueva corporeidad.

BOLÍVAR ECHEVERRÍA, “La modernidad de lo barroco”

La conquista europea en América impuso una estructura de poder cuyas consecuencias políticas, sociales, económicas, jurídicas y epistemológicas aún padecemos. Esta estructura de poder —sustentada en el dominio y la explotación instaurados hace más de 500 años— no sólo no ha sido cancelada, sino que ha sido refuncionalizada en un colonialismo interno/externo, que sigue otorgando el derecho exclusivo “de nombrar y de normar” a

¹ Profesor de la Universidad Autónoma de Aguascalientes e Investigador del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.

los herederos de los conquistadores, gobernando así el sentido común de la sociedad y la lógica de su aparato estatal.² De este modo, ciertas formas poder, de conocer y de ser han sido históricamente superiorizadas y en cambio, otras han sido inferiorizadas.

Aníbal Quijano ha mostrado cómo la modernidad (capitalista) se construyó mediante un proceso de violencia y clasificación de las poblaciones del mundo bajo la idea moderna de raza. De este modo, la colonialidad del poder moderno se ejerció y se ejerce a través de las formas de clasificación de los grupos por medio de una división jerárquica de sus posiciones sociales en función de su color de piel, lo que constituye el origen del racismo moderno. Asimismo, se crearon en función de esta clasificación formas de control global del trabajo y su subordinación al engranaje de los procesos de acumulación de capital, posibles gracias a la conformación del circuito comercial del Atlántico a partir de los siglos XV y XVI.³ Esto tuvo implicaciones, no sólo en el ámbito del trabajo y la clasificación social de las poblaciones, sino que también tuvo consecuencias nefastas en el ámbito epistemológico; la instauración de la colonialidad del saber mediante el uso de la *violencia epistémica*, como forma de ejercer el poder simbólico. De este modo, se alteraron, negaron y extinguieron muchos significados de vida cotidiana, jurídica y simbólica de los pueblos indígenas americanos.⁴

Así, mediante el ocultamiento y la negación de experiencias e imaginarios *otros*, Europa se constituyó e impuso su específico patrón de poder, produciendo la otra cara de la modernidad: la colonialidad. Esto implicó un proceso de re-identificación histórica —la invención de América—, en el que Europa atribuyó nuevas identidades geoculturales a los pueblos americanos,⁵ producidos de ésta forma como la otra cara de la *gente de razón*: el indio. Aquél que no resultaba gente de razón plena o propiamente.⁶ Como dice el mismo Quijano:

² RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Gestión Pública Intercultural. Pueblos Originarios y Estado*, Ed. SNAP, La Paz, 2008, p. 6.

³ Cfr. QUIJANO, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, en Edgardo Lander (Comp), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Ed. CLACSO, 2000.

⁴ Cfr. BELAUSTEGUIGOITIA, Marisa, "Descarados y deslenguadas: el cuerpo y la lengua india en los umbrales de la nación", en *Debate Feminista*, año 12, vol. 24, México, 2001, pp. 237 y 238

⁵ QUIJANO, *op. cit.*, p. 209.

⁶ CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Ed. Siglo XXI, México, 1994, p. 15.

Ese resultado de la historia del poder colonial tuvo dos implicaciones decisivas. La primera es obvia: todos aquellos pueblos fueron despojados de sus propias y singulares identidades históricas. La segunda es, quizás, menos obvia, pero no es menos decisiva: su nueva identidad racial, colonial y negativa, implicaba el despojo de su lugar en la historia de la producción cultural de la humanidad. En adelante no eran sino razas inferiores, capaces sólo de producir culturas inferiores. Implicaba también su reubicación en el nuevo tiempo histórico constituido con América primero y con Europa después: en adelante eran el pasado. En otros términos, el patrón de poder fundado en la colonialidad implicaba también un patrón cognitivo, una nueva perspectiva de conocimiento dentro de la cual lo no-europeo era el pasado y de ese modo inferior, siempre primitivo.⁷

De este modo, se constituyó una relación desnivelada y brutal que los imperios coloniales establecieron con sus colonias, y que más allá de su violencia física, también implicó el sometimiento mediante la construcción de un entramado estructural y simbólico, capaz de deteriorar la identidad de los pueblos originarios. La conquista como violencia fundacional de la colonialidad del poder, del saber y del ser. Así, como dice Rossana Reguillo, "la palabra blanca, masculina, católica ejerció su dominio y logró constituirse en la unidad de medida de lo legítimo y válido en un espacio público que condenó al silencio y a la invisibilidad a numerosos actores sociales".⁸ La colonialidad, en el ámbito de lo jurídico, se vio reflejada en la inadmisión radical del derecho propio de los colonizados —la negación e inferiorización del derecho indígena— con independencia del derecho del colonizador.⁹ Sin embargo, es importante recordar, que el *status* impuesto por el colonizador a los indígenas permitió un margen apreciable de mantenimiento de sus costumbres —instituciones jurídicas— al amparo de unas instituciones foráneas, esto es, las constelaciones institucionales de una Iglesia y una monarquía, en definitiva el Derecho Hispano en Indias.¹⁰

Son importantes estas consideraciones, ya que están íntimamente relacionadas con la comprensión actual del concepto de territorialidad indígena, a saber, cómo es construida, imaginada, asumida y proyectada la territorialidad desde la cosmovisión indígena, mucho más allá de lo que se entiende por territorio o derechos territoriales indígenas en términos

⁷ QUIJANO, *op. cit.*, p. 221.

⁸ REGUILLO, Rossana, *Violencias y después. Culturas en reconfiguración*. [en línea] Formato html, Disponible en Internet: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/cpa/spring03/culturaypaz/reguillo.pdf>, [citado 14 de agosto 2011].

⁹ Cfr. CLAVERO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰ *Ibid.* p. 16.

normativos occidentales; y al margen del fundamentalismo civilizatorio e ideológico occidental/capitalista y su juridicidad. Las nociones de territorialidad indígena contemporáneas se han construido a través de una larga —y muchas veces cruenta— disputa de paradigmas; a saber, los marcos categoriales —jurídicos y epistemológicos— en torno a la apropiación de la naturaleza —la tierra— y su función social. Considero que, la perspectiva indígena sobre la territorialidad tiene matices que permiten apreciar más ampliamente el papel de la naturaleza ligada a la cultura —identidades étnicas estrechamente vinculadas con el medio ambiente, modelado por la cultura— como fuerza generadora de riqueza y de modernidad, sin reducirla —como hace la economía capitalista— a un mero factor de producción.¹¹

En este sentido se puede afirmar que, la lucha indígena por la tierra —devenida en defensa del territorio— constituye una reivindicación no sólo jurídico-política, sino también epistémica. Se trata de una *recuperación crítica de la historia*,¹² que busca la dignificación de los *saberes de subsistencia*,¹³ como fundamento de un proceso civilizatorio, forjado en el seno de los pueblos y comunidades campesinas mexicanas a través múltiples experiencias conflictivas. De modo que, la estrategia jurídico-política entablada por los pueblos indios mexicanos, en su histórica lucha por la tierra, ha constituido y constituye una praxis liberadora —descolonizadora— que afirma una modernidad diversa a la occidental/capitalista; y por tanto, concepciones territoriales totalmente diversas a las que han sido impuestas a lo largo de más de 500 años en estas tierras. En su afán de supervivencia, los pueblos indios mexicanos alzan la lucha por una modernidad india —indígena y campesina— que se ve obligada a construirse por fuera y muchas veces en contra del Estado. Se trata de un *ethos* barroco, una estrategia para hacer “vivable”, algo que básicamente no lo es: la actualización capitalista de las posibilidades abiertas por la modernidad”.¹⁴ Dice Bolívar Echeverría:

¹¹ Cfr. CORONIL, Fernando, “Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo”, en Lander, *op. cit.*, p. 26.

¹² Cfr. FALS BORDA, Orlando, *Conocimiento y poder popular. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México y Colombia*, Ed. Siglo XXI, Santa Fe de Bogotá, 1985.

¹³ Entendemos *saberes de subsistencia* siguiendo a Jean Robert, como aquellos saberes o conocimientos precisos, apropiados al lugar, adecuados a su clima, y en armonía con su cultura —material— particular Cfr. Jean Robert, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, en *Conspiratio «los motivos de la esperanza»*, año 1, n° 1, septiembre-octubre, México, 2009.

¹⁴ ECHEVERRÍA, Bolívar, *La modernidad de lo barroco*, Ed. Era, México, 2001, p. 16.

[...] su negativa a consentir el sacrificio de la “forma natural” de la vida y su mundo o a idealizarlo como contrario, su afirmación de la posibilidad incluso como “forma natural” de la vida reprimida, explotada, derrotada. Estrategia de resistencia radical, el *ethos* barroco no es sin embargo, por sí mismo, un *ethos* revolucionario; su utopía no está en el “más allá” de una transformación económica y social, en un futuro posible, sino en el “más allá” imaginario de un *hic et nunc* insoportable transfigurado por su teatralización.¹⁵

En este anhelo vital, los pueblos indios y campesinos han asumido una peculiar actitud; una actitud retorcida, rebuscada —tal vez incomprensible—, una actitud barroca, como alternativa radical a la modernidad capitalista; una modernidad alternativa.

El paisaje

Para comprender cómo estaban estructurados los territorios en el tránsito de la época prehispánica a la vida colonial —y por tanto posteriormente de la época colonial a la época actual— es necesario echar mano del concepto de *paisaje*, ya que esto permitirá una mayor comprensión sobre lo que entendemos por territorialidad de los pueblos indios, y por tanto, a qué no estamos refiriendo cuando hablamos de la lucha por la tierra y la defensa del territorio, desde la perspectiva indígena, ya que, hoy como ayer, las concepciones sobre el territorio ha sido terreno de fuerte disputa. Según el brillante trabajo interdisciplinario coordinado por Federico Fernández Christlieb y Ángel Julián García Zambrano, denominado *Territorialidad y paisaje en el altepetl del siglo XVI*, dos son las acepciones más socorridas para los geógrafos para utilizar el término *paisaje*.

En primer lugar se puede evocar a la etimología latina que nos remite a su raíz *pagus*, es decir país. El país es el terruño al que un grupo humano se va adhiriendo generación tras generación, el lugar en el que entierra a sus muertos y realiza diversos ritos.¹⁶ Tal como decía Andrés Aubry:

El Terruño es la patria chica, mi memoria desde la niñez, lo que añoran el migrante y el exiliado, lo que sepultan mis muertos, lo que el Principito llama su rosa con

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, Federico y Ángel Julián García Zambrano [Coor], *Territorialidad y paisaje en el Altepetl del siglo XVI*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 15-16

su compañero el zorrillo: la materialidad, la vida y la animalidad del hombre y la humanización de la materia, de la vida y del animal hospedados en este terruño. Terruño es inseparable de cariño.¹⁷

La antropóloga argentina Alicia Barabas señala que los estudiosos de la geografía humana, en especial los de orientación fenomenológica, son los que suelen privilegiar hoy en día el concepto de paisaje, por sobre el de espacio y territorio, adjudicándole a aquél un carácter concreto, vivencial y próximo. Así, el paisaje es identificado como típico de un área y del pueblo que lo habita, e igualmente los habitantes se identifican con ciertos paisajes como emblemas de su identidad y de su territorio. De modo que el paisaje se convierte en metonimia del territorio, ya que el concepto territorio se refiere a los espacios geográficos culturalmente modelados, pero no sólo los inmediatos a la percepción (paisaje), sino también a los de mayor amplitud, y que son reconocidos en términos de límites y fronteras de un pueblo.¹⁸

Del ambiente natural que caracteriza dicho país (paisaje), el grupo social nutre su cultura. Así, la identidad de un grupo sedentario está depositada en el país donde vive y en una serie de tradiciones reconocidas colectivamente y tarde o temprano el país pasa a ser también un “territorio” reconocido como propio; y el “paisaje” es la representación de ese territorio, tomando en cuenta todas las características físicas, ya sean de origen natural, como el relieve y el clima o cultural, como la pirámide o la milpa. En estos términos, se puede decir que el paisaje puede ser definido como “aquello que se ve del país”.¹⁹ Es importante precisar que en esta primera acepción, según el

¹⁷ AUBRY, Andrés, “Tierra, terruño, territorio I, en *La jornada*, México, 1 de junio de 2007.

¹⁸ BARABAS, Alicia (Coord), *Diálogos con el territorio. Simbolizaciones sobre el espacio en las culturas indígenas en México I*. Ed. INAH, México, 2003, p. 21.

¹⁹ Como precisión respecto al concepto paisaje, Pedro S. Urquijo y Narciso Barrera Bassols precisan que “durante la Edad Media, la palabra germánica *landschaft*, compuesta por las partículas *land* “tierra” y *schaffen* “moldeado”, o sea “el moldeado del territorio”, equivalía a las palabras latinas patria, provincia o regio. Documentado desde el siglo VIII, el término *landschaft*, hacía referencia al espacio que se podía abarcar con una mirada. En el inglés, los componentes del vocablo *landscape* cumplían los mismos fines: *land*, “tierra” y *scapjan*, raíz germánica que significaba “crear o trabajar”. Esta última partícula cambió a *shape*, “forma o moldeado”, lo que implicó un giro del énfasis del actor modelador a la apariencia resultante; es decir, mientras que *landscape* denotaba la extensión representada, *landschaft* hacía referencia al proceso de formación o a la transformación constante. Entre las lenguas romances, el término italiano *paese* y sus derivados, *paesetto* y *paesaggio*, mantenían el mismo sentido que las palabras francesas *pays* y *paysage*. Estos términos, al igual que el *paisagem* portugués y el paisaje español, tienen su origen en el vocablo latino *pagus*, “aldea o cantón”, y su consecuente *paganus*, “aldeano o paisano”. El hablante latino de *pagus* era pago, que hacía referencia a la vida rural. Cfr. Urquijo Torres, Pedro S. y Narciso Barrera Bassols, “Historia y

estudio coordinado por Fernández Christlieb García Zambrano, no existe separación entre naturaleza y cultura, puesto que ambas explican su objeto de estudio. Como referencia recurren a la etimología germánica de paisaje: el vocablo alemán *Landschaft* (equivalente al inglés *landscape*) puede ser descompuesto en *Land* (“tierra”) que refiere al ambiente natural y *schaffen* (“crear”) que significa dar forma, trabajar, ocupar; es decir, modelar el ambiente original mediante la actividad humana.²⁰ En esta primera acepción del *paisaje* los filtros culturales del observador son determinantes para analizar, connotar, clasificar y ocuparla porción territorial definida como paisaje. En segundo término el paisaje es también entendido como un hecho real que existe sobre la superficie terrestre; un hecho complejo y dinámico cuya naturaleza y caracteres son independientes del significado que le atribuyen los grupos humanos. Ambas acepciones —señalan Fernández Christlieb García Zambrano— coinciden en que el paisaje implica una dimensión espacial en la que podemos leer los rasgos aportados por la naturaleza del lugar como por las acciones que las sociedades imprimen en ella.²¹

Esto puede encuadrarse en lo que Urquijo y Barrera llaman enfoque epistémico monista, esto es, el paisaje como una totalidad en la que no hay separación de sus componentes, frente al dualismo manifiesto en la dicotomía naturaleza/sociedad, común en pensamiento científico moderno y dominante, que poco contribuye a un entendimiento cabal del medio y la relación de éste con de los pueblos indios. Por tanto resulta más que imperante repensar los modelos de análisis de las complejidades ambientales, cuestionando los postulados universales de la ciencia como unívoco pensamiento objetivante, y transitar a análisis contextuales que permitan no hacer distinción entre los aspectos naturales y los sociales del medio. El enfoque monista, en que la naturaleza y la sociedad se ubican inseparablemente en un marco común o como una totalidad, se enfatiza la vinculación holística del ser humano en los procesos ecológicos e incluyendo aspectos que las ciencias biológicas pasaban por alto, tales como la mente humana, la religión, el ritual y la estética. De modo que, la postura monista, en el análisis ambiental, permite superar la falsa dicotomía que ponderan las tesis dualistas y que suponen los

paisaje. Explorando un concepto geográfico monista”, en *Revista Andamios*, Vol. 5, n° 10, UACM, México, abril de 2009.

²⁰ Cfr. FERNÁNDEZ y GARCÍA, *op. cit.*, pp. 15-16.

²¹ Cfr. *Idem*.

órdenes naturaleza y sociedad como sistemas separados y autónomos, o, en el mejor de los casos, sutilmente matizados desde el enfoque de las esferas dialécticamente interconectadas por flujos de complementos y suplementos.²²

Urquijo y Barrera llaman *paisaje* a la unidad espacio-temporal en que los elementos de la naturaleza y la cultura convergen en una sólida, pero inestable comunión. Se trata de una categoría de aproximación geográfica diferenciada del ecosistema o geosistema —concepto que explica el funcionamiento puramente biofísico de una fracción de espacio— y del territorio —unidad espacial socialmente moldeada y vinculada a las relaciones de poder—. En el paisaje confluyen tanto los aspectos naturales como los socio-culturales; de tal forma que resulta ser la dimensión cultural de la naturaleza, o bien, la dimensión natural de la cultura. De modo que la concepción del paisaje implica así una posición unificadora frente a la dicotomía moderna naturaleza-cultura —común en el pensamiento científico dominante— que dificulta la comprensión ecológica y social, del ayer, del hoy y del futuro.²³ Históricamente el ser humano —de forma individual o colectiva— ha estado en cotidiana interacción con sus paisajes de manera inextricable. Esta profunda relación se hace patente, como explican Urquijo y Barrera, en las adaptaciones culturales, con las que los seres humanos modifican ética y estéticamente sus naturalezas, acorde con sus muy particulares condiciones espacio-temporales y de acuerdo con sus contextos. Por ello,

cualquier estudio del paisaje es sólo parcialmente comprensible sin su historia social, ya que mediante su historicidad accedemos a la identificación de las recreaciones, continuidades o rupturas de las lógicas en la permanente transformación del medio, pues las formas paisajísticas son definidas en diferentes momentos históricos, aunque coexistentes en el momento actual.²⁴

Así la historia del paisaje nos permite conocer cómo las sociedades humanas han visto e interpretado el espacio inmediato, cómo lo han transformado y cómo han establecido vínculos con él. De modo que, si el espacio es apropiado, marcado, grabado (geografiado) en el proceso histórico, teniendo así una historicidad, ese hecho nos impone la necesidad de tomar en serio esa geograficidad de la historia, la complicidad de la geografía y

²² Cfr. URQUIJO y BARRERA, *op. cit.*, p. 229

²³ Cfr. *Ibid.*, p. 231

²⁴ *Idem.*

la historia, como solía decir Fernand Braudel,²⁵ incluso, en el campo de las ideas y del conocimiento.²⁶

En este sentido, Urquijo y Barrera señalan una serie de características generales del paisaje. En primer lugar, como producto intelectual y material de un grupo social, el paisaje forma parte de una cosmovisión completa que se inserta en un proceso de larga duración. De hecho, el paisaje es una manera localizada y aterrizada de una cosmovisión que guía el comportamiento humano; y la cosmovisión, por su parte, es entendida como un conjunto articulado de sistemas ideológicos, vinculados entre sí de manera relativamente congruente, con el que una sociedad pretende aprehender el universo. Asimismo, el paisaje es también una unidad física de elementos tangibles, visibles, olientes, audibles y degustables, que puede tener uno o varios significados simbólicos o lecturas subjetivas de fuerte raigambre estética y ética para la población que lo habita. Y finalmente, el paisaje posee una escala humana; es decir, sus distancias pueden ser recorridas a pie y su nivel de análisis se ubica en lo inmediato a la percepción sensorial.²⁷

Es por esto que lleva razón Alicia Barabas cuando afirma que la territorialidad constituye un importante organizador de la vida social, ya que a la vez que permite articular la frontera entre individuo (territorio de privacidad) y colectividad (territorio público), contribuye a la construcción de la noción de pertenencia a una colectividad y de identidades étnicas estrechamente vinculadas con el medio ambiente modelado por la cultura, con el paisaje. Asimismo, afirma que en las sociedades indígenas la relación entre la identidad étnica y la territorialidad es más fuerte y vivencial, ya que ambas se prestan mutua legitimidad.²⁸

Puede concluirse que, desde esta perspectiva, el espacio es considerado un ámbito de interacción simbólica e instrumental, el territorio un espacio culturalmente construido, y el lugar un ámbito particular, especialmente calificado y significativo. Territorios y lugares se construyen tanto en los ámbitos privados como en los públicos, en los naturales como en los sociales, en los sagrados como en los profanos

²⁵ Cfr. BRAUDEL, Fernand, *El mediterráneo. Historia y espacio*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

²⁶ Cfr. PORTO GONÇALVES, Carlos Walter, "De saberes y de territorios: diversidad y emancipación a partir de la experiencia latino-americana, en *Polis*, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 8, Nº 22, 2009, pp. 121-136.

²⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 232-233.

²⁸ BARABAS, *op. cit.*, pp. 25.

o seculares. Asimismo, los territorios sagrados y profanos —matizando la dicotomía— resultan de las diferentes cualificaciones otorgadas al espacio, que orientan actitudes y prácticas en la dimensión local y en la global.²⁹

De modo que, la territorialidad indígena se encuentra constituida por una red de lugares donde se expresa la vida comunitaria de un pueblo; donde se entreteje lo material, lo espiritual y lo simbólico (lugares sagrados y seculares); donde se tiene un pasado, se expresa un presente y se construye un futuro. Se trata de espacio culturalmente construido y especialmente calificado y significativo por sus habitantes. Un paisaje modelado por una comunidad geométrica en el sentido le dio el célebre pensador mixe Floriberto Díaz.

No se entiende una comunidad indígena solamente como un conjunto de casas con personas, sino de personas con historia, pasada presente y futura, que no sólo se pueden definir concretamente, físicamente, sino también espiritualmente en relación con la Naturaleza toda [...] su dinámica, a la energía subyacente y actuante entre los seres humanos entre sí y de éstos con todos y con cada uno de los elementos de la naturaleza. Quiere decir que cuando hablamos de organización, de reglas, de principios comunitarios, no estamos refiriéndonos sólo al espacio físico y a la existencia material de los seres humanos, sino a su existencia espiritual, a su código ético e ideológico y, por consiguiente, a su conducta política, social, jurídica, cultural, económica y civil.³⁰

Attepetl

En este intento de comprender el concepto y práctica de territorialidad indígena, para confrontarla con las nociones occidentales, es necesario recurrir al concepto paisaje en relación a las raíces precoloniales de las sociedades rurales modernas; esto es, la forma de construir/apropiarse del espacio, el uso prehispánico de los “recursos naturales” y la organización social relacionada con la tenencia de la tierra. En otras palabras es necesario recurrir a las formas prehispánicas de apropiación de la naturaleza, ya que en gran medida, éstas persisten hasta nuestros días, si bien no de forma intacta y con muchas discontinuidades, si han sobrevivido muchos de sus rasgos característicos. Al respecto, Jorge Larson y José Sarukhán

²⁹ *Id.* “La territorialidad simbólica y los derechos territoriales indígenas: reflexiones para el Estado pluriétnico”, en *Alteridades*, n.º 14, México, 2004, p. 113.

³⁰ DÍAZ GÓMEZ, Floriberto, “Comunidad y comunalidad”, en *La jornada semanal*, México, 11 de marzo de 2001.

refieren que los sistemas actuales de tenencia de la tierra en México aún reflejan atributos de organización existentes en tiempos precoloniales; sin embargo, no puede asumirse una conexión directa y unívoca entre ambos, ya que muestran diferencias significativas y discontinuidades en aspectos esenciales entre las comunidades precoloniales y las comunidades campesinas e indígenas de hoy. Señalan que, la diferencia principal es que, en las primeras los vínculos sociales y las entidades políticas se basaban en el principio de asociación o identificación personal, que es intrínseco al concepto de *dominio eminente*,³¹ más que en la asociación territorial.³²

Urquijo y Barrera explican en el México prehispánico, el establecimiento de poblados era el resultado de una meditada selección del sitio, posterior a una profunda observación del comportamiento ambiental, lo que implicaba asegurar la estabilidad de laderas y de fuentes de abastecimiento de agua. En concreto las sociedades nahuas del centro de México recurrieron así a formas específicas del paisaje que además de ser funcionales respondían a criterios estéticos y cosmogónicos. Explican que la fisiografía más común del periodo Posclásico tardío —entre el año 1200 y 1521—, consistía en una especie de herradura o circunvalación formada por cerros, en cuyas faldas se localizaban los asentamientos, dando la idea de una “olla” protectora, que recordaba el útero de la Madre Tierra. Funcionalmente la fisiografía de este paisaje servía para la captación de agua, además de constituir un abrigo montañoso protector de vientos, heladas, inundaciones e incursiones enemigas.³³ Asimismo, este tipo de paisaje, tipificado como rinconada o *xomulli*, en náhuatl, ofrecía un horizonte montañoso que permitía fijar referentes astronómicos para la determinación del calendario agrícola, climático y religioso.³⁴

³¹ El *dominio eminente* define el alcance de los vínculos reconocidos y legítimos de cualquier asociación humana, especialmente en el ámbito aceptado de la autoridad que emana de tal asociación, como puede ser la aplicación de funciones administrativas y de justicia. Este dominio eminente implicaba la capacidad de decidir la asignación de tierra a quien no la poseía; de regular su uso, el del agua así como de otros recursos para proteger el interés de la comunidad y ejercer poder administrativo y legal sobre los miembros del *attepetl*. Tomado de Larson, Jorge y José Sarukhán, “Cuando los bienes comunes son menos trágicos: dominios eminentes y privilegios comerciales en la valoración patrimonial del México rural”, en *Gaceta Ecológica*, núm. 67, abril-junio, México, 2003., p. 10.

³² *Cfr. Ibid.*, p. 9.

³³ *Cfr.* Urquijo y Barrera, *op. cit.*, p. 237.

³⁴ BERNAL GARCÍA, María Elena y Angel Julián García Zambrano, “El *attepetl* colonial y sus antecedentes prehispánicos: Contexto teórico-histórico-geográfico”, en Fernández Christlieb y García Zambrano, *op. cit.*, p. 63.

Altepetl fue el término utilizado por los hablantes del náhuatl antes del dominio español para denotar sus unidades básicas de organización comunitaria. El *altepetl* (literalmente del náhuatl, *átl*-agua, *tepetl*-fortaleza, defensa, cerro “cerro lleno de agua”), es un simbolismo del medio físico, en el cuál se recalca su expresión de territorialidad, y constituye el concepto central de la organización política prehispánica, como unidades básicas de organización comunitaria. Primordialmente lo que expresa este concepto es cómo el asentamiento poblacional prehispánico estaba indefectiblemente ligado al paisaje circundante. Estrictamente, el término deriva de las raíces *yn atl*, *yn tepetl* (“agua, montaña”; “monte lleno de agua”), lo que revela la importancia del ambiente —el contexto— para la sociedad que se agrupaba en estas unidades de organización. El *altepetl* no sólo implicaba aspectos urbanísticos o sociopolíticos, sino también de índole estética, simbólica, ecológica y geográfica. Se trata de un concepto que remarca los valores simbólicos de la naturaleza, sobre todo aquellos indispensables a la supervivencia y las relaciones humanas. En sí, el propio metónimo “*altepetl*”, “agua-montaña”, evoca una gama amplia de metáforas que aportaban, y todavía aportan, significados y razón de ser de la vida de una comunidad mesoamericana. De hecho los topónimos que figuran en las tradiciones históricas mesoamericanas son nombres de *altepetl*.³⁵

Para la selección del lugar, las formas del relieve (fisiografía) no sólo se configuraron como asiento específico de los *altepeme* —plural de *altepetl*—, sino también como una evocación de aquellos sitios provistos de memoria y sacralidad. En la selección del lugar de fundación, los pueblos mesoamericanos fueron unos estudiosos de su medio, por lo que el nombre de cada localidad describía con frecuencia algún rasgo del paisaje, ya sea de su flora, fauna, hidrografía u orografía. De esta manera, los valores estéticos y funcionales asignados al paisaje quedaron grabados en la toponimia que hoy perdura.³⁶

El *altepetl* era el territorio del grupo localizado en una región; y los *altepeme* eran de diferente tamaño y complejidad política, y tanto podían ser unidades locales como señoríos, pero siempre se trataba de entidades autónomas cuyo emblema

³⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 15 y 67.

³⁶ URQUIJO y BARRERA, *op. cit.*, p. 237.

toponímico era cerro-agua, su glifo una montaña con una barra en la base, que era el glifo del agua, y que denota fertilidad y orígenes sagrados.³⁷

Mas no se debe olvidar que en Mesoamérica había otras perspectivas y terminologías además de la náhuatl. En otras latitudes y otros pueblos, se encuentran términos equivalentes al de *altepetl*, que indican una concepción paisajística de índole estética, geográfica, histórica y simbólica equiparable en todo el mundo mesoamericano. Es el caso del *yucunduta* mixteco, el *chuchu tsipi* totonaco o el *an dehe nttoehe* otomí, cuya traducción literal en dichos casos es “agua-cerro. Abundan otras palabras que si bien no son traducciones exactas, en ellas subyace la imagen del paisaje; por ejemplo el *ndaatyuaa* amuzgo; el *batabil* en las mayas, “cacicazgo, señorío”, el *nass* mixe-zoque, “tierra o suelo” o el *teklum* chol, “árbol, tierra”, el huasteco *tsaabal* “suelo, tierra”, entre otras. Estos términos no son exactamente similares en sus formas de organizarse y legitimarse, no obstante, si son equiparables las nociones territoriales y paisajísticas en todo el mundo mesoamericano. De modo que a la territorialidad del pueblo subyace la imagen de paisaje.³⁸

Larson y Sarukhán sugieren, siguiendo las conclusiones de Bernardo García Martínez, que los espacios políticos o sociales precoloniales estaban delimitados por la presencia o ausencia de individuos o grupos vinculados socialmente (por ejemplo, comercio o gobierno) y no por la delimitación territorial del área. De lo que ese podría desprender que la asociación territorial fue —por así decirlo— impuesta hasta la llegada de los españoles durante el periodo colonial, aunque la asociación personal, derivada de los vínculos familiares, políticos y culturales se mantuvo. Sin embargo se cuenta con poca información sobre las formas en que las sociedades precoloniales organizaban la utilización de los recursos naturales.³⁹ En cambio Alicia Barabas afirma, que si bien algunos estudiosos del tema indican que los lazos asociativos del *altepetl* no eran territoriales, en los códices se ve la existencia de una noción de territorio que marca fronteras con cerros y orientaciones cardinales.⁴⁰

³⁷ BARABAS, “La territorialidad simbólica *op. cit.*, p. 108.

³⁸ Cfr. FERNÁNDEZ CHRISTLIEB y García Zambrano, *op. cit.*, p. 14; Urquijo y Barrera, *op. cit.*, p. 237.

³⁹ LARSON y Sarukhán, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ Cfr. BARABAS, “La territorialidad simbólica... *op. cit.*, p. 108.

No sabemos con certeza cuál era la territorialidad del altepetl como señorío, es decir, como unidad político-territorial amplia y compleja, pero sus fronteras eran probablemente difusas por ser ámbitos interétnicos y cambiantes, ya que se modificaban por la fundación de nuevos parajes locales, en razón de conflictos o segmentación de linajes. Quizá algunos pueblos se unieran a un Señor por pertenencia a un linaje, por alianzas matrimoniales entre los linajes y los señores de distintos señoríos o por causa de guerra. Los límites entre señoríos serían inestables, y difusos en las áreas interétnicas [...]. Tampoco conocemos cuál era la relación entre el señorío y el etnoterritorio —en tanto territorio de un grupo etnolingüístico—, pero en regiones extensas, por ejemplo la Mixteca y otras, los señoríos que integraban el grupo etnolingüístico eran numerosos. Es posible que las nociones etnoterritoriales estuvieran ligadas, como muestra Jansen, con los límites espaciales del señorío, aunque no es improbable que existieran también nociones más amplias, espacialmente correspondientes con el grupo etnolingüístico, dadas también de acuerdo con las orientaciones cardinales y los cerros emblemáticos.⁴¹

Se sabe que en la Mesoamérica de matriz náhuatl cada institución o rango social poseía la tierra en distintas formas. La tenencia de la tierra no era ni comunal ni privada, sino que era asignada. Esto significa que los sistemas de tenencia de la tierra estaban definidos por decisiones políticas y administrativas, asociaciones personales e identidades. Aunque podía heredarse el derecho, para ejercerlo era necesaria la voluntad de una autoridad superior y el cumplimiento de obligaciones relacionadas con la posesión de la tierra. De modo que, se puede afirmar que los “territorios” estaban organizados entorno a los altepetl, que constituían una unidad con base territorial pero no restringida a ella, ya que también, éste, se construía sobre una relación personal, social o política.⁴²

Larson y Sarukhán sostienen que:

[...] más que un sistema de propiedad de la tierra, el altepetl constituía una unidad de derechos jurisdiccionales o dominio eminente, que podía ir más allá de los límites geográficos de un grupo de posesiones de tierra. El comercio de productos específicos era uno de los privilegios que un altepetl podía ejercer como parte de su dominio eminente, concepto este último, claramente relacionado con la jurisdicción; característica fundamental de cualquier colectividad políticamente organizada.⁴³

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Cfr. LARSON y SARUKHÁN, op. cit., p. 9.*

⁴³ *Idem.*

En este sentido el dominio eminente puede definir el alcance de los vínculos reconocidos y legítimos de cualquier asociación humana, especialmente en el ámbito aceptado de la autoridad que emana de tal asociación, como puede ser la aplicación de funciones administrativas y de justicia. Este dominio eminente implicaba la capacidad de decidir la asignación de tierra a quien no la poseía; de regular su uso, el del agua, así como de otros recursos para proteger el interés de la comunidad y ejercer poder administrativo y legal sobre los miembros del altepetl. Si bien, como hemos visto, algunos estudiosos indican que los lazos asociativos del altepetl no eran territoriales, si existen datos para afirmar la existencia de una noción de territorio y su importancia para la vida comunitaria.

El paisaje —como el *altepetl*— no puede reducirse a una mera adición de elementos geográficos dispersos; sino que más bien constituye una unidad geográfica holística, definida mediante un proceso homeostático de sus componentes biofísicos y socioculturales. De modo que, como sugieren Urquijo y Barrera, la reconsideración de la mirada monista que sustentan algunas sociedades no-occidentales, puede alejarnos de la falsa dicotomía procurada por el pensamiento moderno-hegemónico. En esa misma deconstrucción, respecto al mismo mundo en que vivimos y padecemos, el concepto paisaje puede resultar iluminador, no sólo para quien lo estudia, sino, y fundamentalmente, para quien lo padece.⁴⁴ Como unidad monista territorializada, el paisaje requiere ser visualizado bajo la óptica de quien lo produce y reproduce, lo innova, lo sueña o imagina, lo goza y lo sufre —los locales—, y de quienes lo estudian o interpretan desde afuera o de aquellos que intentan dominarlo sin constituir parte de él. El paisaje es, finalmente, un palimpsesto por demás interesante, que muestra la intervención cultural de distintas colectividades humanas en el devenir; la imposición y superimposición de valoraciones éticas y connotaciones estéticas en el medio.⁴⁵

La fragmentación de la territorialidad prehispánica

Con la conquista y la posterior empresa colonizadora, los conquistadores españoles trajeron consigo e impusieron todo un bagaje cultural donde se encontraban las nociones referentes a su comprensión de lo que es una co-

⁴⁴ URQUIJO y BARRERA, *op. cit.*, p. 246.

⁴⁵ *Idem.*

munidad políticamente organizada; “la idea de que portaban los españoles implicados en el proceso de asimilación de las tierras americanas hacía especial énfasis en el concepto aristotélico de la ciudad como *locus* de la civilización”.⁴⁶ De modo que, para los españoles, como refieren Marcelo Ramírez Ruiz y Federico Fernández Christlieb, “civilizar” implicaba ciudadanizar a los indios —urbanizarlos— en síntesis, conminarlos a vivir en policía, mediante la creación de un cuerpo documental de reglamentos, ordenanzas y disposiciones legales que daban cuenta del concepto y de cómo debía aplicarse; así como por la arquitectura y el ordenamiento plasmados en el territorio, lo que se vio plasmado en la edificación de los núcleos urbanos que serían el centro de los pueblos y ciudades, y en la reasignación de las tierras de labor tanto para los indios como españoles. Estas disposiciones legales y estos pueblos construidos *ex profeso* servirían de molde a la población en proceso de civilización.⁴⁷

El vocablo *policía* hace alusión a un conjunto de conceptos que refieren la existencia de una comunidad organizada en un concejo, tales como *política*, *república*, *cosa pública*, *pueblo* y *ciudad*. Sin embargo, como refieren Ramírez Ruiz y Fernández Christlieb en la tradición literaria medieval de los reinos cristianos peninsulares, tal comunidad fue por definición no solamente política, sino también cristiana. En este sentido, el proceso colonización, como señala Bartolomé Clavero, debía someterse a un ordenamiento cuyas bases se definían, antes que por un derecho, por una teología de su propia religión, la de los colonizadores. Ahí precisamente radicaba —hundía sus raíces— el principio privativo, la exclusiva cultural, la presunción civilizatoria de la colonización.⁴⁸

Los propios Reyes Católicos, como la Iglesia, impulsaron el ayuntamiento de un pueblo en concejo o república, como modalidad de organización política orientada a agrupar y defender la cristiandad. Así se comprende que el término *policía* hizo referencia al orden que debían guardar los ciudadanos como miembros de un república y de una comunidad cristiana.⁴⁹ Abundando, John Sullivan refiere que en el siglo XVI el concepto de “policía humana” se encuentra en un proceso de ampliación de contenidos, es decir que no se refiere únicamente al buen orden que se observa

y guarda en las ciudades y repúblicas, sino que comienza a asociarse a las costumbres, a la cotidianidad de la vida. Esto se debe a la nueva orientación del estado europeo, misma que, consiste en la ampliación de su jurisdicción a incluir todos los aspectos de la actividad social.⁵⁰ Se incluye la reglamentación de costumbres, tales como “no dormir en el suelo, andar vestido, no dejar a la mujer, no practicar el adulterio, no participar en juegos de azar sin permiso, no enajenar los bienes propios si no es por limosna o por acto de convite, la imposición de instituciones, tales como la monogamia y la familia nuclear”.⁵¹ Según Sullivan, esta nueva forma de comprender la policía, enfocada a las costumbres de la vida, está ampliamente desarrollada en los documentos coloniales. Asimismo, afirma que este giro en el sentido del término “policía” hacia el campo de las costumbres y las conductas cotidianas corresponde al momento de desarrollo de las sociedades capitalistas, cuando inicia la aplicación de las tecnologías de disciplina. De modo que, quizás en este momento, el significado de la palabra “policía” es precisamente el de “disciplina”, en el sentido que le dio Michel Foucault.⁵²

En este mismo proceso se impusieron nuevas concepciones respecto a la territorialidad, mismas que chocaban con las ancestrales concepciones prehispánicas y su forma de concebir, producir y organizar el espacio. El etnocentrismo cultural, alimentado por el afán colonizador europeo, se interpuso en la comprensión de la profundidad del concepto del asentamiento nativo mesoamericano —*altepetl*—, ya que los españoles diferenciaban conceptual y físicamente el asentamiento, densamente poblado y geoméricamente organizado de los pequeños asentamientos dispersos y acomodados orgánicamente sobre el territorio circundante. Para los invasores hispanos, el primero correspondía a lo urbano (*urbs* o *civitas*) y el segundo a lo rural lo rústico (*rusticitas*). En cambio, las distintas sociedades prehispánicas parecen haber concebido el núcleo urbano solo como eso, el centro de una ciudad, la cual integraba la porción que los europeos llamaron rústica o rural, es decir, que la ciudad mesoamericana integraba dentro de sí tanto lo urbano como lo rústico; una suerte naturaleza y cultura entreverada. Otra diferencia fundamental es que mientras los pueblos

⁴⁶ RAMÍREZ RUIZ, Marcelo y Federico Fernández Christlieb, “La policía de los indios y la urbanización del altepetl”, en Fernández Christlieb y García Zambrano, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 120.

⁴⁸ CLAVERO, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹ RAMÍREZ RUIZ y Fernández Christlieb, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

⁵⁰ Cfr. SULLIVAN, John, “La congregación como tecnología disciplinaria en el siglo XVI”, en *Estudios de Historia Novohispana*, Vol. 16, n° 16, México, 1996, p. 39.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

originarios percibían sus espacios agrícolas y elementos geográficos como una expresión del mismo concepto sacro de ciudad, la visión europea contemplaba dichos ámbitos como predios de explotación al servicio de la urbe.⁵³

De ordinario se ha traducido *altepetl* como asentamiento, poblado, ciudad, estado, nación; lo que es una simplificación y empobrecimiento del concepto. Los españoles sustituyeron el concepto *altepetl*, por otro que les pareció más ajustado al contexto jurídico colonial, a saber, el de *pueblo de indios*, lo que provocó su simplificación a “localidad”, “poblado”. Sin embargo, esta traducción no sólo implicó un empobrecimiento del término, sino que en el fondo consistió en un dispositivo encaminado a desarraigar a los indios de sus lugares y sus significaciones simbólicas, para así desarticular el complejo tejido sociocultural manifiesto en el *altepetl* y su dominio eminente, mediante la imposición de una nueva política espacial. Esto se realizó mediante un férreo mecanismo de control, ya que el “pueblo” fue el instrumento para la imposición del régimen de vida que convino al colonizador. De modo que, con la conquista y la colonización europea se inicia un largo proceso de desestructuración del *altepetl*, mediante el uso de prácticas biopolíticas de normalización y control de las poblaciones. Se trata de procesos de aculturación, dominación, ocultamiento y negación de las múltiples identidades de los pueblos mesoamericanos y sus concepciones en torno a la territorialidad.

La reducción de los indios a poblados tuvo como consecuencia la concentración de la población indígena en núcleos urbanizados, dejando amplias tierras a merced de los colonos españoles. A su vez, las reducciones tenían entre sus finalidades ejercer control y sacarlos de sus lugares para impedirles sus asociaciones rituales con los paisajes sagrados, y así, reorientar su religiosidad hacia la iglesia o convento. Ésta tecnología disciplinaria buscaba concentrar la población indígena, municipalizar el territorio y jerarquizar los asentamientos. Esto con base al perjuicio colonial de que los indios no eran capaces de gobernarse por sí mismos y tenían que aprender de los españoles. De esta manera, los conquistadores españoles pretendían civilizar y evangelizar en una sola empresa.⁵⁴

[...] las congregaciones de indios alteraron significativamente las bases económicas de las sociedades prehispánicas, se destruyeron muchas formas de relación social y política, además de diluir nexos de parentesco, relaciones étnicas, afini-

⁵³ BERNAL GARCÍA y GARCÍA ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁴ Cfr. RAMÍREZ RUIZ y FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, *op. cit.*, p. 144

dades culturales, idiomáticas y religiosas para construir un amplio conglomerado indiferenciado, controlado, vigilado y dirigido por el grupo dominador.⁵⁵

La concentración de la población indígena en espacios definidos, mediante la congregación, permitió la extensión eficiente del Imperio español, a través de la actividad de pocos agentes ya desde el siglo XVI. Éstos estaban encargados del control político y la hispanización de la población colonizada; lo que permitió también la recolección de información estratégica, de la cual dependían también las prácticas de disciplina y vigilancia. De modo que la congregación según John Sullivan constituyó el primer paso para la construcción de *sujetos coloniales*.⁵⁶

Sobre los antiguos señoríos (*altepemes*), en la segunda mitad del siglo XVI, se fueron conformando las repúblicas de indios, lo cual significó una ruptura en la nociones de territorialidad, con la instauración de un sistema de asociación territorial que marcaba jurisdicciones y creaba pueblos a partir de los procesos de congregación territorial en los siglos XVI y XVII. Estas nuevas unidades político-territoriales, las repúblicas de indios, quedaron bajo la jurisdicción de los corregimientos, y se les impuso una forma de organización, que fue el municipio castellano con su cabildo de autoridades.⁵⁷ De modo que, el pueblo de indios fue —según Ramírez Ruiz y Fernández Christlieb— el mejor instrumento de control, sujeción y dominio al servicio de la Corona española, aún más que la encomienda o cualquier otro régimen político, laboral y económico. Al tiempo que el pueblo de indios fue expuesto como una empresa civilizadora y evangelizadora, que también sirvió como modelo de producción económica y recopilación tributaria.⁵⁸

Sin embargo, es importante recordar que, durante el periodo colonial, el Derecho hispánico en Indias distinguió dos modos distintos de tenencia de la tierra: Por un lado, la de los españoles y por otro, la de los pueblos originarios.⁵⁹ En los hechos, no obstante, el reconocimiento y protección de la propiedad comunal indígena en el orden jurídico colonial, es cierto que, ya desde ésta época, existe un gran contraste respecto a la propiedad de los españoles con relación a la de los pueblos indios. Contraste que

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁷ BARABAS, “La territorialidad simbólica... *op. cit.*, p. 109.

⁵⁸ Cfr. RAMÍREZ RUIZ y FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁹ Cfr. *Idem*

poco a poco va aumentando al extenderse la propiedad de los latifundistas hispanos —civiles y eclesiásticos— a costa de las “propiedades” de los naturales. Esto debido al constante despojo y violación del orden jurídico vigente, pero sin duda, también a la imposición de nuevas concepciones espaciales, esto es, la progresiva implantación de nociones occidentales de territorialidad y que trajeron como consecuencia la pérdida de su dominio eminente.

[...] hacer mapas de las tierras de los pueblos y marcar sus fronteras con cruces mojoneras, fueron cambiando las formas indígenas de pensar el territorio. Estas transformaciones contribuyeron a la progresiva fragmentación de los Pueblos indígenas y de las áreas que antes ocupaban. Una grave consecuencia del largo y complejo proceso de desmenzamiento de los etnoterritorios es que los indígenas fueron perdiendo memoria de ellos y encapsulando gradualmente las nociones de Pueblo y territorio étnico en los niveles comunitarios y agrarios. La Colonia dio comienzo a una política fragmentadora de las unidades político-territoriales prehispánicas que los españoles trataron de imponer sobre los señoríos o *altepeme*, que suelen homologarse con estados étnicos.⁶⁰

Por esto, Larson y Sarukhán refieren que a inicios del periodo colonial, los pueblos consideraban ilegales las incursiones de los españoles en su *territorio inmemorial*,⁶¹ para robarles madera y leña dañaba su patrimonio. Los invasores consideraban los bosques como tierras ociosas o fuentes mineras y de madera, mientras que, pueblos indios las valoraban como “recursos naturales”, sujetos a su control y que debían ser manejadas cuidadosamente para obtener una gran diversidad de bienes.⁶²

No obstante, la transgresión al orden jurídico es un factor importante. Al respecto Enrique Florescano apunta —siguiendo al historiador del derecho Silvio Zavala— que se ha demostrado que la encomienda no daba derechos sobre la tierra. Todos los terrenos que poseyeron los encomenderos tuvieron como origen las mercedes otorgadas por los virreyes, las compras más o menos ilegales a los indios, o las composiciones con Su Majestad; no obstante, es un hecho que numerosos encomenderos logra-

ron apoderarse de las tierras en los lugares de su encomienda y sobre ellas establecieron sus haciendas, empresas y granjerías.⁶³ De igual manera, el mismo autor señala que mucho más importante como acaparador de tierras, y mucho más duradero, fue el grupo de los funcionarios, que de 1531 en adelante, se extendió por toda la Nueva España, a pesar de que se les prohibió formalmente cualquier granjería de ganado mayor o menor, estancias, labores o minas, empresas comerciales y negocios, en compañía o indirectamente a través de sus hijos. Sin embargo, su capital económico, su influencia política y su codicia los llevaron a violar constantemente estas disposiciones. Posteriormente a los encomenderos y funcionarios —quienes son considerados como los primeros acaparadores de tierra— surgieron otros grandes acumuladores de tierras: los grandes capitanes, mineros, ganaderos que no solo crearon grandes latifundios, sino que muchos de ellos lograron vincularlo a su nombre constituyendo grandes mayorazgos. De mismo modo, la Iglesia, que gracias a su influencia y poder, logro hacerse también de grandes extensiones territoriales, a lo largo y ancho de la Nueva España.⁶⁴

Este desmedido acaparamiento de propiedades agrarias, por un reducido grupo de privilegiados, puso las bases del profundo problema agrario que se ha vivido en México, desde dicha época hasta nuestros días, ya que la legislación proteccionista fue en la mayoría de los casos letra muerta. Por lo anterior, es evidente que, ya desde la dominación española, contrasta la gran propiedad de los españoles, con respecto a la propiedad de los pueblos indios, que era mucho más pequeña, además del trato deshumanizante del que fueron objeto, por parte de los encomenderos.

En la mentalidad indígena no existió el concepto de propiedad individual. La tierra pertenecía a la comunidad; el individuo solo tenía un derecho de usufructo sobre ella si cumplía con los deberes y obligaciones que le imponía la comunidad. Y aún en este caso, el concepto de usufructo se reducía a disponer de la extensión de tierra necesaria para la subsistencia y el pago de los tributos individuales y comunales. Por ello la aparición y desarrollo del latifundismo, la concentración en una persona o familia de enormes extensiones de tierra de las que solo una parte pequeña se cultivaba, fue para los indios algo inexplicable y esencialmente injusto. [...] Nada quedó a salvo, todo fue violentado, alterado y sometido a un proceso de desvalorización constante. Pero quizá la violencia que más afecto a los indios fue la que se

⁶⁰ BARABAS, “La territorialidad simbólica...”, *op. cit.*, p. 108.

⁶¹ Alicia Barabas llama *territorio inmemorial* al territorio histórico de los pueblos indígenas antes de la Conquista, para diferenciarlo del *territorio de ocupación tradicional*, el cual ocupan en el presente después de más de cinco siglos de expropiación y de la redistribución agraria del siglo XX. *Cfr. Ibid.*, p. 110.

⁶² *Cfr. LARSON y SARUKHÁN, op. cit.*, p. 10.

⁶³ *Cfr. FLORESCANO, Enrique, Origen y desarrollo de los problemas agrarios de México, 1500-1821*, Ed. Era, México, 1986, pp. 45-48.

⁶⁴ *Idem.*

hizo sentir sobre sus tierras de comunidad, porque éstas eran el cemento que deba cohesión y orden a toda la vida indígena. Sin las tierras de comunidad no se puede siquiera imaginar la célula básica de la sociedad indígena, el pueblo de indios.⁶⁵

Como se desprende de esta cita, el contraste respecto a la propiedad de la tierra no se limitó —como hemos visto— a una cuestión de cantidad de tierra acumulada, sino también a la racionalidad y la forma de entender la misma y su función social. Por esto, durante los tres siglos de dominación española, se dio una persistente lucha de los pueblos indios por conservar su propiedad comunal, ante el constante despojo —antijurídico— realizado por los españoles. La tierra era el fundamento de los *pueblos de indios*, base de convivencia, comunidad, e identidad, y la lucha por conservarla constituyó un factor determinante de su cohesión social como pueblos. Los pueblos que pudieron conservar la tierra, fueron capaces de mantener su integridad como pueblos, su cohesión social y muchas de sus tradiciones y costumbres, en cambio, los pueblos que perdieron sus tierras se desintegraron rápidamente y sus componentes fueron absorbidos por la hacienda o la ciudad en su noción europea. “De ahí que, esa lucha tenaz e insobornable que protagonizaron los indios en cada día de los tres siglos del régimen colonial, más que una lucha por la tierra, deba considerarse como una batalla por la supervivencia”.⁶⁶

Por esto es que existe en los pueblos indios de México una tradición de profundas raíces, que vincula la elaboración de pictografías, mapas y títulos como parte de un mecanismo político para defender sus tierras ante el creciente despojo de los colonizadores. Asimismo, señala Ethelia Ruíz Medrano, en ocasiones, numerosos pueblos compraron, o bien, elaboraron ellos mismos mapas, títulos y códices, y los presentaron como antiguos ante los tribunales coloniales, especialmente a partir del siglo XVII y a lo largo del XVIII.⁶⁷ Los españoles no imponen las estructuras de su sociedad sobre un “*tabula rasa*” en América. Se puede decir que, la estructuración espacial colonizadora estuvo definida por las estructuras espaciales preexistentes de los colonizados, lo que permitió un espacio de lucha y

⁶⁵ *Ibid.* p. 119.

⁶⁶ *Ibid.* p. 120.

⁶⁷ RUIZ MEDRANO, Ethelia, “Negociación Indígena para conservar tierras. Historia, títulos, mapas, siglos XIX y XX”, en Ruíz Medrano, Ethelia, Claudio Barrera Gutierrez y Florencio Barrera Gutierrez, *La lucha por la tierra. Los títulos primordiales y los pueblos indios en México, siglos XIX y XX*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 14.

negociación en toda la etapa de construcción de sujetos, donde los pueblos indios entablaron una férrea defensa de sus intereses.⁶⁸ Así los indios ocupan, a partir de tradiciones propias, el espacio de negociación que la Corona les proporcionaba. Para los indígenas, las Cortes de Justicia representaron un espacio de diálogo y discusión que permitió liberar numerosas tensiones sociales entre ellos y con la población española.⁶⁹ Esto permitió que los pueblos indios desplegaran acciones políticas y jurídicas que les permitieron de reeditar sus antiguas creencias y formas de organización en relación con sus territorios y paisajes. De modo que, la hispanización no fue completa, sino que se lograron preservar estructuras tradicionales de la territorialidad prehispánica.⁷⁰ Como lo explican Marcelo Ramírez Ruiz y Federico Fernández Christlieb:

A pesar de los esfuerzos imperiales, los indios no fueron conformados como un conjunto indiferenciado de súbditos. Tampoco asumieron mecánicamente la policía que se les quiso imponer. Las sociedades indígenas reeditaron sus antiguas creencias, tanto en ciclo ritual católico como en los territorios y paisajes de sus pueblos: la dimensión espacial de su antiguo *altepetl* fue desplegada tanto en la nueva traza como dentro del fundo legal, dando con ello a un profundo proceso de negociación que a la larga dejaría bien librados a muchos de los rasgos más característicos de la territorialidad prehispánica.⁷¹

Esto fue posible debido a que el Derecho Hispano en Indias se caracterizó por conservar y proteger la socialidad comunitaria propia de los pueblos indios, además de proteger las propiedades preexistentes, la libertad y la autonomía de los grupos indígenas en razón de su diferencia cultural. Consistía en de un derecho que trataba desigual a los desiguales;⁷² pero esto no quiere decir que se reconociera un derecho propio e independiente a la consideración del colonizador. Como señala Bartolomé Clavero, es conforme al concepto mismo de civilización (cristiana) que no cabe derecho fuera del planteamiento propio de colonizador, al igual que religión sólo cabía una, sólo cabía un Derecho, ambos, los del colonizador. Los indígenas no pueden oponerse a la colonización, no obstante, esto no quiere

⁶⁸ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁷⁰ SULLIVAN, *op. cit.*, p. 54.

⁷¹ RAMÍREZ RUIZ y Fernández Christlieb, *op. cit.*, p. 161

⁷² DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho a tener derechos. Ensayos sobre los derechos humanos en México*, Ed. CIEMA, Aguascalientes, 1998, p. 18

decir que se les dejara ante ésta jurídicamente desarmados.⁷³ Dentro de sus territorios, en virtud de esta característica del Derecho indiano, es que los pueblos indios pudieron conservar sus propias autoridades e instituciones jurídicas. Como dice Jesús Antonio de la Torre Rangel, el Derecho Indiano visto de una manera integral, juega respecto de los indios un doble papel: de protección por un lado, y de sometimiento por otro. Pero tanto los aspectos protectores, como los de sometimiento —jurídicamente hablando— tienen respecto a las comunidades indias un mismo efecto: su conservación.⁷⁴ Esto es así en razón del *status* impuesto a los indígenas por los dominadores españoles.

En la parte dominada del territorio, que no fue todo, los indígenas como no pierden completamente su derecho, tampoco su gobierno. Podrán tener corporaciones y jurisdicciones propias, toda una propia *república*, o mejor, bajo dichas precisas condiciones, toda un serie innumera de republiquillas propias y alguna incluso mediana.⁷⁵

Como bien recuerda el historiador del derecho andaluz, en ese entonces los derechos —rigurosamente los derechos— no existían para nadie, para ningún sujeto. Es decir, no se admitían para ningún caso derechos en su sentido primario subjetivo, esto es, facultades propias inherentes al ser humano como tal. Esta era una idea inconcebible en ese entonces. “De entrada, a nadie, ni al colonizador, ni al colonizado sin ir más lejos, se le reconocía capacidad alguna de título originario y disposición propia. El derecho comenzaba por concebirse, no como facultad de un sujeto, sino como orden de una sociedad”.⁷⁶ El derecho tenía ante todo el sentido de ordenamiento objetivo, no de capacidad subjetiva, de lo que se desprende que unos derechos subjetivos sólo podían darse conforme al derecho objetivo, es decir, de conformidad con el orden establecido. El *status*, el estado, es lo esencial en este orden. Lo son los *status*, los estados familiares, del sujeto en el interior de la familia, y los sociales, de la familia en el seno de la sociedad. No hay derecho fuera del *status* y son los *status* los que determinan los derechos. Dicho de otra manera, los individuos no tienen de por sí derechos, sólo pueden tenerlos en cuanto participan de

⁷³ Cfr. CLAVERO, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El derecho a tener...*, *op. cit.*, p. 18

⁷⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 8.

unos *status* y en la medida de su participación.⁷⁷ Por lo anterior es el *status* general indígena —*status de etnia*⁷⁸ como lo llama Clavero— lo que permite la existencia —y preservación— de un espacio colonial del derecho indígena. En este espacio colonial —que subsume la realidad descubierta (americana) en la formalidad sabida (derecho hispano)— los indígenas se encuentran situados en un posición efectivamente de derecho, pero de derecho ajeno: el Derecho Hispano en Indias.⁷⁹ Esta singularidad de la juridicidad española en Indias permite entablar un estrategia de supervivencia —de resistencia— de los naturales sometidos al yugo español. Dice Bolívar Echeverría:

Su resistencia, su persistencia en su modo peculiar de simbolización de lo real, para ser efectiva, se vio obligada a trascender su nivel inicial en el que

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 12.

⁷⁸ Según Bartolomé CLAVERO el *status de etnia*, esto es el *status* que se da con carácter general para el caso de los indígenas fue el resultante de la concurrencia de un trío de viejos estados, de *status* previamente acuñados. Estos son el estado de *rústico*, el estado de *persona miserable* y el estado de *menor*. El concurso de esta tríada va definirlo. Sus términos son jurídicos y como tales deben entenderse. También se decía *privilegia*, privilegios, para las manifestaciones del *status*, del estado, significándose con ello, no necesariamente beneficios positivos, sino singularidades neutras, incluso también potencialmente negativas. Se trataba de palabras de técnica jurídica. La *rusticidad* en concreto implicaba una falta de participación aunque fuera pasiva en la cultura letrada de los propios juristas, o en la cultura sin más según su concepto, por cuya virtud de extrañamiento no resultaba en su caso exigible para los sujetos afectados buena parte del derecho objetivo. Era un *status* con tratamiento propio, con sus *privilegia* propios. Los rústicos se consideraba que podían guiarse en materias privadas conforme a sus costumbres sin que por esto se las mismas se les reconocieran como un derecho propio. Se trataba en sustancia de un estado de desentendimiento y abandono, de discriminación y marginamiento, por parte del derecho objetivo respecto a la mayor parte de la sociedad no sólo colonial, sino también metropolitana. En las colonias, este estado es de aplicación a los indígenas. Pero los indígenas no quedan tan abandonados porque, además de rústicos, se reputaban personas miserables y menores. La personalidad o estado *miserable* era la de aquellos que, no valiéndose socialmente por sí mismos, precisaban de un amparo especial (indigentes, viudas, huérfanos, conversos al cristianismo). Constituía la personalidad miserable otros *status* con su propio tratamiento, con sus propios *privilegia*. Se trataba de una discapacitación que no se traducían en abandono, sino en lo contrario, en el amparo, el cual e correspondía prestar a los misioneros de la religión y a los ministros de la justicia, al monarca entre éstos, ante todo para el caso por la razón también de su investidura religiosa respecto de las colonias. Así, para los indígenas, un amparo se sumaba al abandono y ambas cosas, completándose, discapacitaban. El estado de personalidad miserable se agregaba la de rusticidad. En tercer término estaba el estado de *minoría*, con su tratamiento de *status* y de *privilegia*. Se trata de un estado que inhabilita por una falta evidente de capacidad, que para el caso de los indígenas mayores de edad simplemente se presumía sin evidencia propia. Todos ellos eran considerados menores, significándose ante todo que se encontraban aquejados por una limitación de la razón humana, que en principio no se les negaba, pues no eran animales. Sin embargo no eran considerados *gente de razón* plena o propiamente. Esta minoración de capacidad requería de un complemento que era entonces la sujeción, la tutela. De estos tres *status* resultaba el marco primario del estado indígena. Cfr. Clavero, *Ibid.*, pp. 13-15.

⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 18-19.

había tenido lugar la derrota y a jugarse en un segundo plano: debía pasar no sólo por la aceptación, sino por la defensa de la construcción de mundo traída por los dominadores, incluso sin contar con la colaboración de éstos y aún en su contra.⁸⁰

Este derecho ajeno les deja expresamente un margen apreciable de mantenimiento de sus costumbres —su Derecho relegado a costumbre—, así como un espacio de negociación con las instituciones coloniales. Es en virtud de la imposición del *status de etnia* que “las *Leyes de Indias*, su famoso favor que era función de desfavor”,⁸¹ asistían a una discapacidad establecida por un Derecho y entramado institucional considerado superior y capacitado para normar la vida y ejercer funciones de amparo a los indígenas, ya que el *status de etnia* condenó a sus integrantes —los indios— en un estado de rusticidad, miserabilidad y minoría, y por tanto a sujetos necesitados de tutela. No obstante, paradójicamente, este Derecho —el del colonizador— permitió que muchas de sus instituciones jurídicas, así como de las nociones en torno a la territorialidad, se preservaran hasta nuestros días.

La independencia excluyente

La concentración de la tierra en unas cuantas manos en perjuicio de la mayoría de los pobladores de la Nueva España —indios y castas—, que no tiene un base sólida de sustentación aunado a las devastadoras y frecuentes crisis agrícolas (1785-86, 1796-97, 1801-1802, 1809-1810), desajusta y hace evidente las contradicciones de la estructura colonial, produciendo una gran masa de hombres hambrientos y desesperados. Así en septiembre de 1810:

[...] cuando la crisis agrícola era más intensa, el cura Hidalgo lanzó en Dolores el grito que desató la esperanza en esa masa de miserables. No pronunció la palabra tierra, bastó para que denominara al opresor para que los indios de los pueblos y los sin tierra, los vagabundos y los peones de las haciendas, se unieran a él.⁸²

No obstante, la motivación y a pesar de la incesante lucha por la tierra durante todo el periodo colonial, la revolución de independencia, 1810-1821,

⁸⁰ ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 54.

⁸¹ *Ibid.*, p. 15.

⁸² FLORESCANO, *op. cit.*, p. 120.

distaba mucho de ser una revolución agraria. Los criollos al mando de los ejércitos insurgentes pretendían consumir la independencia sin modificar el orden social existente, lo cual en materia de tierra, se traduce en que no habría restitución de las tierras despojadas a los indios, ni dotación para los sin tierra. A final de cuentas la revolución de independencia cambió las bases políticas pero no las sociales en el territorio que hoy llamamos México. De este modo, la masa de indios y demás castas que fueron a la guerra de independencia como carne de cañón, con la esperanza de un cambio de las relaciones sociales de sometimiento y desigualdad, se vieron frustradas. Es cierto que la cuestión de la tierra nunca se planteó como la cuestión principal del levantamiento armado, sin embargo, es un problema social de fondo, que motiva a las masas de desposeídos a tomar las armas.

Esos indios y castas sin tierras, abatidos por tres siglos de servidumbre, fueron los que le dieron al movimiento insurgente su contenido popular, su fuerza y su carácter telúrico. Esa fuerza era algo que brotaba en efecto en de la tierra. Pero no paso más allá de incendiar haciendas y descabezar gachupines, porque sus dirigentes, los criollos, lo impidieron.⁸³ De modo que, la consumación de la independencia no cambió el régimen de tenencia de la tierra, ni las relaciones de explotación y despojo a las que estaban sometidos la mayoría de los ahora mexicanos. En este sentido, bien dice Gustavo Esteva —siguiendo a Eric Wolf— al señalar que “México fue fruto de una invención desafortunada”,⁸⁴ se constituyó como un Estado independiente sin haberse conformado previamente como nación, pues se le dio forma de Estado-Nación homogéneo, cuando en la realidad a México no lo forma un pueblo, sino muchos, con intereses y proyectos variados. El proyecto de nación del cual nació México no corresponde a la cultura, aspiraciones y esperanzas de los pueblos y personas que habrían de convertirse en ciudadanos mexicanos (las grandes masas de indios y castas), sino, más bien, corresponde a la cultura y aspiraciones de las élites criollas instruidas, que ejercieron un fuerte rechazo hacia la pluralidad sociocultural en el proceso de estructuración nacional, y la puesta en marcha de un proceso de aculturación dirigido a incorporar al indio a la nueva cultura nacional; y a través de ella a la civilización “universal” (es decir, occidental).⁸⁵

⁸³ *Ibid.*, p. 154.

⁸⁴ ESTEVA, Gustavo, *La batalla en el México rural*, Ed. Siglo XXI, México, 1980.

⁸⁵ *Idem.*

En este contexto es donde surge lo que han dado llamar la *diferencia colonial*, bajo la idea, como dice Walter Mignolo, de que “ciertas herencias coloniales pertenecen a Occidente, ciertas no”.⁸⁶ En estas ideas que pertenecen a Occidente el componente indígena es ignorado —ocultado— de modo que la diferencia colonial se establece como un orden de desigualdades fácticas en los nacientes estados latinoamericanos donde se solapan las estructuras de clase con las diferencias raciales y culturales jerarquizadas y naturalizadas por las élites criollas instruidas. De esta manera el pensamiento occidental —élites criollas— se configura como pensamiento abismal, creando jerarquizaciones y dualizaciones conformadas desde la mirada imperial eurocéntrica, autoerigiéndose ésta, como lugar de medida y de enunciación de los valores, conocimientos y estándares universales, y condenando a los pueblos indios —y demás castas— al ámbito de la barbarie. Como dice Alejandro Medici “es el grado cero desde donde jerarquizar /organizar / medir el tiempo espacio del mundo”.⁸⁷ Así mediante el pensamiento abismal occidental se inferiorizaron culturas, saberes, formas de comprensión del derecho y la dignidad humana, tradiciones y por tanto concepciones y formas de apropiación del espacio; de construir territorialidad. Se dividió la realidad social en dos universos; división tal, que el otro lado de la línea (el no occidental) desaparece de la realidad, aparece como no existente.

Allí, al otro lado de la línea de separación abismal, otra dicotomía fue aplicada: la que tiene que ver con el par apropiación/violencia, pero esto sin comprometer la pretensión de universalidad. Justamente porque se invisibiliza la contemporaneidad, lo que sucede al otro lado de la línea es, en el mejor de los casos no contemporáneo, atrasado, salvaje, bárbaro, periférico pero sirve para ratificar lo moderno, como punto de llegada, contemporaneidad, modernidad y en fin, el lugar de medida y de enunciación de valores y estándares universales.⁸⁸

Según Héctor Díaz Polanco, durante el periodo de independencia, se concibió la cohesión étnica de las comunidades explotadas durante la Colonia como una herencia que debía desaparecer en el proceso de construcción nacional, pero sin tratar de anular cualquier relación de que

⁸⁶ MIGNOLO, Walter D., “La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad”, en Lander, *op. cit.*, p. 79

⁸⁷ MEDICI, Alejandro, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, Ed. CENEJUS y UASLP, San Luis Potosí, 2012, p. 42, 43.

⁸⁸ *Ibid.* p. 43

permitiera oprimir o explotar. De hecho, se construyeron nuevas relaciones opresivas y explotadoras, mediante la creación de un colonialismo interno —precisamente en base a la diferencia colonial— en el proceso de construcción del nuevo Estado independiente. Más bien la pretensión fue negar la identidad básica de las etnias diferenciadas —ocultarlas—, ya que reconocer esta identidad habría implicado aceptar de algún modo una vida autónoma para los grupos étnicos y, sobre todo, respetar la base de sustentación de tales grupos: las tierras y demás recursos comunales, codiciados por igual vehemencia por conservadores y liberales.⁸⁹ Por esto dice Barabas que la Independencia, no sólo marcó nuevas fronteras geográficas fijas que conllevaron soberanías distintas, sino también fronteras ideológicas, mediante las que el Estado comenzó a edificar una identidad nacional simbólicamente emblemática, de la que la virgen de Guadalupe es símbolo religioso fundacional que legitima y sacraliza un espacio y un pueblo elegidos y así los separa simbólicamente de España. Se trata de una etapa sumamente compleja, que implicó una serie de frecuentes cambios en el sistema político-administrativo y por tanto territorial.⁹⁰

Sin embargo, Ethelia Ruiz Medrano explica que después de la época colonial, en pleno siglo XIX, los pueblos indios continuaron utilizando su enorme flexibilidad ideológica, en la que sus prácticas culturales tradicionales desempeñaban un importante papel. Lo hicieron en un ambiente complejo para ellos, ya que a raíz de la legislación de Cádiz y con los sucesivos gobiernos liberales y conservadores, los pueblos perdieron la protección que la monarquía les había dado en cuanto a su personalidad jurídica. Ya no existía un juzgado especial para ellos, y de ahí en adelante debieron convivir con los demás grupos sin la protección “paternal” de la Corona española. El nuevo orden social proclama la aparente igualdad de derechos de los indios frente a los otros grupos, sin embargo, la realidad era distinta y los pueblos tuvieron que aprender rápidamente las nuevas reglas del juego, ya que los sucesivos gobiernos, de diversas raigambres ideológicas coincidían en considerar a los indios como un lastre para la creación y consolidación de un Estado moderno.⁹¹

⁸⁹ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, Ed. Siglo XXI, México, 1991, p. 27

⁹⁰ BARABAS, “La territorialidad simbólica *Op. Cit.* p. 109

⁹¹ RUIZ MEDRANO, *Op. Cit.*, pp. 27 y 28

Modernidad colonial: la legalidad de la injusticia

Transcurridas tres décadas de vida independiente el problema agrario —inaugurado con la colonialidad— persiste, y lejos de resolverse se agrava mediante la imposición de un nuevo colonialismo ideológico —colonialismo interno—. Se pasa del Derecho Indiano —un derecho que trata desigual a los desiguales— al derecho de matriz liberal —un derecho basado en la igualdad formal ante la ley—. Este proceso no es inmediato, sino que, una vez consumada la Independencia, las corrientes liberales van ganando terreno a las conservadoras hasta imponerse ideológicamente en todos los ámbitos. Así el ascenso del liberalismo al poder, constituye otro momento básico para entender la propiedad agraria en México y los conflictos sociales de los que es producto.⁹² Al respecto Jesús Antonio de la Torre señala que:

[La] absorción del latifundio privado hecha sobre la propiedad comunal, durante la dominación española, se hizo en contravención a lo establecido por el Derecho Indiano que protegía las propiedades comunales de los pueblos; en este periodo el despojo es antijurídico. Pero a partir de la independencia, y más concretamente desde el triunfo del liberalismo, el despojo es jurídico, es decir de acuerdo a las normas del derecho positivo.⁹³

Esto es importante, ya que es necesario hacer una distinción entre el derecho hispánico en Indias y el derecho de la modernidad, que hace su entrada a México con el liberalismo. De modo que el reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica, fue desplazado por una ideología y un Derecho que considera que todos son libres e iguales, social, jurídica y políticamente.⁹⁴ Este derecho choca con los supuestos con todos los supuestos culturales de todos los órdenes anteriores, pues concibe al individuo sujeto de derecho por naturaleza propia. El derecho liberal y su punto de partida de igualdad formal encubre la realidad y es funcional a un nuevo colonialismo; el de la segunda etapa de la modernidad —o modernidad madura—, donde la revolución industrial del siglo XVIII y la Ilustración profundizan y am-

⁹² Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El derecho como arma...* op. cit., p. 53.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Id.*, "Derechos de los pueblos indígenas", en *Ixtus. Espíritu y cultura. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad»*. Años XI, número 42, México, 2003, pp. 70.

plían el horizonte ya comenzado a fines del siglo XV. En esta nueva etapa colonial Inglaterra, reemplaza a España como potencia hegemónica.⁹⁵

Como dice Clavero "la negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador".⁹⁶ La juridicidad moderna de corte liberal repercutió directamente, no solamente sobre la tenencia de la tierra, sino también en la forma de concebir y apropiarse de la misma.⁹⁷ No se trata simplemente de que un grupo humano decida privar del derecho a otro por la fuerza sin más, más bien, "es cosa ciertamente de hecho, pero de hecho jurídico, de este calado".⁹⁸ Se trata de una nueva cultura jurídica cuya concepción encierra una exclusión de una parte de la humanidad, respecto a unos principios que se predicán como universales y que realmente se tienen como tales. En realidad, como bien dice Héctor Díaz Polanco, "el universalismo liberal opera como un particularismo cuya peculiaridad radica precisamente en su pretensión de ser universal";⁹⁹ no obstante, hemos de poner especial atención a las repercusiones de este particularismo ideológico y sus consecuencias para el derecho y políticas territoriales, esto es, sus consecuencias en la forma de comprender el Derecho y la apropiación y acceso a la tierra.

El pensador británico John Locke es sin duda de gran peso en este proceso histórico, ya que sus ideas influyen en la gestación del constitucionalismo, primero, norteamericano y posteriormente de los países latinoamericanos recientemente emancipados. En este sentido es importante la premisa del pensamiento de Locke respecto a la posición indígena americana, ya que, si bien se trata de un autor británico, sus ideas estaban puestas en ultramar: en América.

Cuando Locke dice "en el principio todo el mundo fue América", está estableciendo un principio teórico, no histórico.¹⁰⁰ En el pensamiento de Locke el territorio de América puede considerarse jurídicamente vacío, ya que según su pensamiento, la ocupación efectiva de la tierra sirve para generar derecho, en su sentido extensivo, de la facultad no sólo sobre sí mismo, sino también sobre la naturaleza. Para Locke otros usos no son

⁹⁵ DUSSEL, Enrique, "Europa, modernidad y eurocentrismo", en Lander, op. cit., p. 47.

⁹⁶ CLAVERO, op. cit., p. 21.

⁹⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 68-77.

⁹⁸ CLAVERO, op. cit., p. 21.

⁹⁹ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Ed. Siglo XXI, México, 2006, p. 25.

¹⁰⁰ CLAVERO, op. cit., p. 22.

considerados válidos. En términos sintéticos para Locke el derecho de propiedad es el derecho por antonomasia, y el territorio americano puede considerarse jurídicamente vacío porque no está poblado por individuos que respondan a los requerimientos de la propia concepción de este derecho; esto es a una forma de ocupación y explotación de la tierra que produzca ante todo derechos, antes que nada individuales. De modo que, aunque se trate de un territorio poblado por los pueblos indígenas americanos, este puede ser considerado vacante a disposición de los nuevos colonizadores europeos, ya que aquéllos no conciben el derecho de propiedad con los atributos lockeanos.

“Let him [the man] plant in some in-lan vacant places of America”, que el hombre colonice las tierras vacantes de América, [...] “If either the Grass of his Inclusion rotted on the Ground or the Fruit of his planting perished without gathering, and laying up, this part of the Earth, notwithstanding his Inclusion, was still to be looked on as Waste, and might be the Possession of any other”; si no hay cultivo y cosecha, ni la ocupación efectiva sirve para generar derecho; otros usos no valen; esa parte de la tierra, este continente de América, aunque esté poblado, puede todavía considerarse vacante, a disposición del primer colono que llegue y se establezca. El aborigen que no se atenga a estos conceptos, a tal cultura, no tiene ningún derecho.¹⁰¹

Como muestra, el teólogo y economista tico-alemán Franz Hinkelammert el propietario —desde perspectiva de Locke— es visto ahora como el soporte de la propiedad. Pero no de cualquier propiedad, sino de la propiedad como sistema de competencia y eficiencia. Los enemigos contra los que Locke entabla su discurso también defienden su propiedad. Los indígenas de América defienden sus tierras como propiedad; no obstante, se trata de una concepción de la propiedad totalmente distinta a la de Locke. Es una propiedad vista desde una manera de vivir de personas concretas. Locke invierte la relación para constituir personas cuya manera de vivir está constituida por la lógica de la propiedad, que es la lógica de la acumulación.¹⁰² Esta es la manifestación paradigmática de toda una cultura que es capaz de imponer como general un concepto particular. En realidad no se está postulando un derecho para todos los seres humanos, sino sólo para aquellos seres, “afortunados individuos” que responden a la concepción

¹⁰¹ LOCKE, John, en *Ibidem*.

¹⁰² HINKELAMMERT, Franz, “La inversión ideológica de los derechos humanos. El caso de John Locke”, en Herrera Flores, Joaquín, Franz J. Hinkelammert, David Sánchez Rubio y Germán Gutiérrez, *El Vuelo de Anteo*, Ed. Desclée de Brower, Bilbao, 2000, pp. 103-104

liberal de humanidad. Naturaleza humana, que resulta de una apreciación de lo que serían los individuos humanos, con entera independencia de sus relaciones sociales y sus contextos de vida. Así se consideran seres humanos aquéllos que encajan en la nueva subjetividad abstracta y hegemónica: hombres, iguales, racionales, libres y propietarios. Subjetividad en la que evidentemente no encajan los pueblos indios mexicanos —americanos—.

El indígena que permanece en su cultura y en su comunidad, con su lengua y sus costumbres, es sujeto, pero no puede serlo. No puede serlo para un ordenamiento en el que no caben tales cosas. Lo es, podrá serlo, si las abandona. De no hacerlo, cubre ahora incluso menos requisitos, No hay espacio realmente constitucional para el estado de etnia.¹⁰³

De este modo se concibe y nace la cultura constitucional y se expande a nuestra América, se trata de todo un bloque de cultura —la cultura constitucional— que habla de derechos de los individuos, de una libertad individual identificada con la propiedad privada. Estamos ante la cultura del *individualismo posesivo* que quiere hacerse constitutivo de toda la sociedad humana.¹⁰⁴ Se reduce el fenómeno de lo jurídico al canon liberal, que, en términos constitucionales, sienta las bases para el reparto social de los bienes y la palabra (el normar y el nombrar).¹⁰⁵ Es en atención a este canon de producción del derecho y organización política que se sientan las bases de un *Estado aparente*; esto es, un Estado que presenta una estructura colonial y patrimonialista; es centralista, monocultural, monoorganizativo y excluyente.¹⁰⁶ El efecto es, no la universalización del derecho, sino de entronización del propio universo jurídico como expulsión radical de cualquier otras. Ya no es sólo que el indígena se encuentre en una posición subordinada, ahora resulta que no tiene sitio ninguno si no se muestra dispuesto a abandonar completamente sus costumbres y a deshacer enteramente sus comunidades, para conseguir integrarse en el único mundo constitucionalmente concebible del derecho moderno.¹⁰⁷ De modo que, como señala Rivera Cusicanqui, “el igualitarismo de los liberales se

¹⁰³ CLAVERO, *op. cit.*, p. 37

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 25; HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 104

¹⁰⁵ MEDICI, *op. cit.* p. 62

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁷ CLAVERO, *op. cit.*, p. 25 y 26

convirtió así en una mera fachada retórica, donde las palabras se usaban para encubrir la realidad, no para nombrarla”¹⁰⁸.

Por lo anterior, es importante destacar el papel que jugaron las Leyes de Reforma y la Constitución de 1857 para la instrumentalización del despojo sobre las tierras comunales de los pueblos indios mexicanos, ya que constituye una de las principales causas del histórico problema agrario en nuestro país. Las Leyes de Desamortización de Bienes (o Ley Lerdo de 1856) y la Constitución de 1857 son hijas legítimas del liberalismo jurídico en México, y su aplicación, desde una perspectiva individualista, trajo consecuencias aciagas a las comunidades indígenas mexicanas, al privatizar la propiedad agraria y fragmentar aún más los *territorios inmemoriales* de los pueblos indios. La Ley de Desamortización, como su nombre lo indica, pretendía sacar de “manos muertas” la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la misma, sobre todo por parte de las comunidades eclesíásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia, sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas “propiedades”, y desarmados jurídicamente para defender sus derechos territoriales, lo cual fue aprovechado por los terratenientes para aumentar sus propiedades, en perjuicio de los pueblos indios, al haber sido declarados éstos inexistentes. Así la igualdad, la generalidad y la abstracción del derecho moderno quedaron asentadas definitivamente y consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.¹⁰⁹

Pero ahí no culminaron las políticas y embestidas gubernamentales contra los pueblos indios y campesinos. Las leyes de colonización y sobre baldíos de la época porfiriana, entre 1883 y 1910, constituyeron la expresión más cruda del derecho moderno y sus postulados, ya que vendrían a dar el paso final en la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indígenas, así como de los pequeños propietarios pobres.¹¹⁰ La elite intelectual y política porfiriana veía en las comunidades indígenas y las formas de posesión colectiva de la tierra un fuerte obstáculo a su proyecto de nación liberal y moderna. Así, bajo la

¹⁰⁸ RIVERA CUSICANQUI, *op. cit.*, p. 31

¹⁰⁹ DE LA TORRE RANGEL, *El derecho como arma... op. cit.*, p. 54

¹¹⁰ *Idem.*

vigencia aplicación de estas leyes, gran cantidad de extensiones de tierra fueron declaradas “baldías”, aunque, de hecho, pertenecían a pueblos y comunidades indígenas. En estos procesos los pueblos indígenas no sólo perdieron tierras, sino que también estuvieron sujetos a la frecuente modificación de fronteras político-territoriales y poderes. Por lo anterior se entiende que, al igual que durante la Colonia, el siglo XIX está surcado de rebeliones indígenas contra el despojo territorial y por el autogobierno autónomo.¹¹¹

Sin embargo, la lucha también se dio en el plano jurídico. Los indios batallaban para hacer prevalecer sus derechos frente a las compañías deslindadoras y los poderes estatales, puesto que algunas veces no tenían título jurídico de propiedad; y si este título existía, cosa que sucedía con bastante frecuencia, no siempre lograban hacerlo válido, pues se trataba de títulos de la época colonial, que no correspondían al marco jurídico positivo vigente.¹¹² Pero no siempre fue así, como explica Ethelia Ruiz Medrano, la nueva categoría de ciudadanos (libres e iguales) permitió a los indios negociar desde este lugar algunos beneficios, principalmente para poder conservar elementos de sus derechos y prácticas tradicionales. De este modo, como mexicanos reconocidos, los indios generaron estrategias para preservar el orden colonial en diversos aspectos de su vida interna, especialmente en cuanto al gobierno de los pueblos.¹¹³ La respuesta de los pueblos indígenas a las agresiones y cambios externos, que se sucedieron durante el siglo XIX, contienen elementos culturales tradicionales importantes, por lo que queda manifiesta la capacidad de respuesta los pueblos indios ante los cambios impuestos, así como su gran capacidad de negociación, sobre todo, al momento de defender las tierras de sus pueblos. Una interesante estrategia para conservar sus tierras fue la búsqueda —a partir de mediados de del siglo XIX— de sus *títulos primordiales*.¹¹⁴ De

¹¹¹ BARABAS, “La territorialidad simbólica... *op. cit.*, p. 110.

¹¹² GUTELMAN, Michel en De la Torre, *El derecho a tener... op. cit.*, p. 40.

¹¹³ RUIZ MEDRANO, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁴ Marcelo Ramírez Ruiz señala que en el periodo “de 1540 a 1620, el procedimiento virreinal para fundar los pueblos de indios se asoció a las antiguas prácticas prehispánicas sobre los rituales de fundación, la distribución de la tierra y la delimitación de un territorio a través de mojoneras. En una serie de documentos sobre los que se cuentan los expedientes de tierras, los libros de congregaciones, los títulos primordiales y las *Relaciones geográficas* se puede apreciar la presencia del héroe tutelar de un poblado, la reafirmación del liderazgo de un linaje gobernante y la existencia de un relato sobre la procedencia de la tribu, su migración y su arribo final al lugar que ocupaban antes de la conquista española. De esta serie de documentos virreinales, los *títulos primordiales* muestran de una manera más clara el deslinde territorial y la refundación de los pueblos. Es más,

este modo numerosas autoridades indígenas o sus representantes trataron de localizar sus títulos primordiales para defenderse del despojo de sus tierras, básicamente a partir de la legislación de desamortización.¹¹⁵

Diversos pueblos de todo México comenzaron a solicitar sus papeles al archivo General. Los documentos que eran entregados como copia de los títulos a los pueblos durante el siglo XIX provenían generalmente del ramo de tierras de este archivo, y consistían en diversos documentos coloniales, como mercedes, fragmentos de litigios, mapas, etc., algunos de los cuales tenían una gran antigüedad. Los relatos orales y las historias locales plasmados en algunos títulos coloniales continuaron teniendo utilidad legal para los pueblos indios y fueron copiados, y en ocasiones traducidos, por empleados del archivo para ser utilizados como un instrumento legal por los indios en la defensa de sus tierras. Asimismo, en esta época otros pueblos que conservaban documentos antiguos se dieron a la tarea de actualizar sus mapas, inscribiendo en ellos la información de sus mojoneras, para presentarlos ante los tribunales con el fin de amparar sus tierras comunales. En otros casos los pueblos decidieron mandar elaborar su propia documentación y hacerla pasar

puede decirse que tales *títulos* son 'relatos del espacio' en que se integraron la historia y los mitos para configurar la nueva configuración territorial de los pueblos de indios." Tomado de Marcelo Ramírez Ruiz, "Territorialidad, pintura y paisaje del pueblo de indios", en Fernández Christlieb y García Zambrano, *op. cit.*, pp. 187-188. Por su parte Ethelia Ruiz Medrano dice que "a finales del siglo XVI el espacio de negociación que significó el sistema de justicia colonial aplicado a los indios se decantó por limitar los usos y costumbres indígenas. El contexto de fines del siglo XVI y principios del XVII muestra un endurecimiento de las políticas de la Corona con respecto a sus vasallos indígenas y un interés por lograr el máximo beneficio de la Real Hacienda. Así, desde finales del XVI las autoridades coloniales dieron marcha atrás en la política de permitir o alentar que los indios utilizaran algunas de sus formas tradicionales dentro del sistema de justicia colonial. Por ejemplo, a partir de entonces la Corona impulsó una legislación que se prohibía a los indios recordar su pasado prehispánico. Sin embargo, diversos representantes de los pueblos, así como indígenas a título personal, manifestaron un claro interés por narrar verbalmente, en "pinturas" y por escrito a las autoridades coloniales la historia prehispánica y colonial de sus pueblos con el fin de preservar sus tierras. Esta notable situación se observa desde el siglo XVII y a lo largo del XVIII, algunos de cuyos documentos son fuentes privilegiadas para observar esta clase de negociación, como son los títulos de tierras (los llamados generalmente, a partir del siglo XIX, títulos primordiales) los mapas pictográficos, los códigos de tipo techialoyan y ciertos documentos provenientes de los pleitos coloniales. Asimismo, los títulos y códigos techialoyan de los siglos XVII y XVIII fueron creados por los pueblos sin que aparentemente hubiera obligatoriedad de mostrar papeles y títulos formales y/o antiguos, pero comenzaron a hacerlo probablemente para evitar que los españoles, que sí estaban obligados a componer sus tierras ante la Corona, se apropiaran de aquellas pertenecientes bien a los pueblos, bien a los caciques indios a través de la denuncia, las demasías o la ineptitud o corrupción de los jueces privativos y alcaldes mayores, quienes por una compensación económica podían componer tierras de los indios a favor de particulares españoles. Tomado de Ruiz Medrano, *op. cit.* pp. 10 y 11.

¹¹⁵ Cfr. *Idem*.

por antigua, fenómeno similar a lo que ocurrió en la época colonial con los títulos primordiales y con los códigos de tipo techialoyan.¹¹⁶

Como consecuencia de la aplicación de las leyes liberales muchos territorios étnicos no lograron sobrevivir formalmente, sin embargo, por lo común, los pueblos continuaron viviendo en su misma área territorial histórica. La aplicación del derecho moderno y sus consecuencias en la tenencia de la tierra, sienta las bases para la instalación del liberalismo individualista y el modo de producción capitalista. La prohibición de la propiedad indígena corporativa de las reformas liberales de 1857 y la expropiación brutal y autoritaria de las tierras colectivas, propicia un proceso de acumulación capitalista, que culmina en las grandes haciendas porfiristas. Esto tiene como consecuencia un grave acaparamiento de la propiedad de la tierra en unas pocas familias, de modo que, para 1910, cuando estalla la violencia revolucionaria, un pequeño grupo de hacendados —menos del 1% de la población— tenía en 97% de la tierra bajo su control.¹¹⁷ Sin embargo, si bien es cierto que muchos pueblos fueron despojados, estos pueblos opusieron una fuerte resistencia para conservar sus territorios, gracias a la cual, en ciertas regiones, los indios lograron preservar la administración comunal de sus tierras, gracias a la gran capacidad de negociación que desplegaron, echando mano de su bagaje cultural tradicional, además de que algunas de esas tierras no eran particularmente ricas, ni se ubicaban en un lugar estratégico para los intereses privados.¹¹⁸

Revolución hecha gobierno y reforma agraria

El largo proceso de resistencia indígena y campesina al despojo territorial, desencadena, a inicios del siglo pasado, la primera revolución campesina y popular del siglo XX. La Revolución Mexicana, iniciada en 1910, es una revolución eminentemente campesina, ya que plantea las bases para la construcción de un proceso de reforma agraria. Proceso que "en última instancia se trata de un movimiento político en el cual se refleja una

¹¹⁶ *Ibid.* p. 13.

¹¹⁷ ESTEVA, *op. cit.* p. 34.

¹¹⁸ RUIZ MEDRANO, *op. cit.*, p. 13.

contienda social por el control de los recursos productivos".¹¹⁹ Gustavo Esteva señala que el proceso de reforma agraria en México se caracterizó por haber "mantenido en todo momento, con gran vitalidad y dinamismo, el impulso que busca el control social de los recursos para su gestión autónoma y democrática por parte de sus usufructuarios históricos, los campesinos. Pero este impulso jamás ha podido vencer, de manera estable y duradera, al que se ha empeñado, desde muy diversas estructuras de dominación, en lograr el control privado de los recursos productivos".¹²⁰ A pesar de que el constituyente de 1917 tiene un fuerte presencia campesina, la reforma agraria institucionalizada no representó plenamente los ideales del *Plan de Ayala*,¹²¹ sino que expresa en realidad —como dice Armando Bartra— una correlación de fuerzas en la que las demandas campesinas pueden ser refuncionalizadas más no negadas. Una vez consumada la revolución de 1910-1917, y una vez que ésta se ha hecho gobierno, transforma el agrarismo en una tarea institucional meramente burocrática. "Como la Corona durante la Colonia, el moderno Estado mexicano es el gran concededor de tierras, pero hoy el uso de ese poder es mil veces más eficaz",¹²² pues ejerce un control de los recursos, excluyendo a los campesinos como protagonistas de la producción y gestión autónoma de la tierra.

[...] con la revolución el campesinado se crea, sobre todo, un nuevo espacio político; el agrarismo radical puede ser manipulado y castrado por el Estado, pero en la medida que se va institucionalizando y domesticando en la revolución hecha gobierno, reaparece en el movimiento campesino como una bandera independiente. Si los avatares y las frustraciones del agrarismo institucional expresan la derrota de la revolución zapatista, el agrarismo revolucionario se asocia, en la conciencia campesina, con la necesidad de una auténtica revolución. Las luchas agrarias posrevolucionarias son la expresión de esta contradicción. Entre el sometimiento y la rebeldía.¹²³

¹¹⁹ ESTEVA, *op. cit.* p. 31

¹²⁰ *Ibid.*, p. 32

¹²¹ Promulgado por Emiliano Zapata el 28 de noviembre de 1911, establece que "en virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos [...] no son más dueños del terreno que pisan [...] se expropiarán [tierras] a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México, obtengan ejidos, colonias fundos legales para pueblos o campos de sembradura y labor". Tomado de Ochoa, Roberto, "Ejido y comunidad: solidaridad amenazada", en *Ixtus. Espíritu y cultura*. <<Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad>>. Año XI, número 42, México, 2003, p. 82

¹²² BARTRA, Armando, *Los herederos de Zapata. Movimientos campesinos posrevolucionarios en México*, Ed. Era, México, 1992, p. 15

¹²³ *Idem.*

El artículo 27 de la Constitución de 1917 puede considerarse una conquista de luchas campesinas, al estipularse que debe ser el Estado el garante de la reproducción de las relaciones sociales en el ámbito nacional, adoptándose un modelo de Estado que se obligaba a procurar la reproducción del ciudadano, lo que en el medio rural consistía en dotar a los campesinos del medio primordial para su reproducción: la tierra. Como señala De la Torre Rangel, el artículo 27 garantiza el derecho de las comunidades indígenas a sus tierras, tanto reivindicando aquellas de que han sido despojadas como dotando a los núcleos de población que carezcan de ellas.¹²⁴ Por esto en su esencia se puede decir que:

Este Derecho agrario original, derivado de la Revolución, reconoce un derecho a la tierra ancestral, al mismo tiempo que cuestiona el Derecho de la modernidad, pues en lo relativo a la tenencia de la tierra proclama la existencia de la comunidad indígena como titular de derechos y no sólo a los individuos. A partir de entonces, la lucha jurídico-política por hacer efectivo este derecho a la tierra ha sido tenaz, pero larga y penosa, ciertamente no ha logrado los frutos deseados.¹²⁵

Durante la Revolución Mexicana y posteriormente, los indios continuaron buscando documentos referentes a la historia de su territorio. Así es que, con la creación de la comisión Nacional Agraria (1915) y del Departamento Agrario (1934) se trató de resolver el problema devolviendo a los pueblos su personalidad jurídica. Señala Ruiz Medrano, que una de las primeras acciones, en 1915, fue la de "restituir" las tierras que los pueblos habían perdido debido a las Leyes de Reforma de 1856. Esta restitución implicó una febril reconstrucción histórica por parte de los pueblos a través de la búsqueda o manifestación de sus *títulos primordiales*, muchos de los cuales fueron solicitados al Archivo General de la Nación, así como la presentación de testimonios orales de los ancianos sobre los linderos existentes antes de la legislación de 1856. De modo que la búsqueda de los *títulos primordiales* fue reforzada por el artículo 27 de la constitución de 1917, como prueba de la antigüedad de su posesión territorial.¹²⁶

Sin embargo, aunque el marco legal de las relaciones, después de la Revolución, quedó definido y las obligaciones que el mismo Estado se impuso lo conminaban a restituir y dotar de tierras a los campesinos e in-

¹²⁴ Cfr. DE LA TORRE, *El derecho a tener...* *op. cit.*, pp. 40-41

¹²⁵ *Ibid.*, p. 41

¹²⁶ RUIZ MEDRANO, *op. cit.* p. 13 y 14

dígenas, estos no accedieron a su disfrute de forma automática.¹²⁷ De ahí que, a pesar de tener garantizado constitucionalmente —formalmente— su derecho a la tierra, las luchas y reclamos campesinos no culminaron con la Revolución y el reparto se fue realizando de acuerdo a la presión que ejercieron para obtenerla. En este periodo histórico, que va aproximadamente de los años 20's a los 80's del siglo pasado, está plagado de movimientos y revueltas campesinas, aunque la historiografía del agrarismo oficial las haya escamoteado. La revolución hecha gobierno promueve la industrialización y modernización del país, desdeñando el México rural en su irrefrenable urgencia desarrollista, que anuncia la extinción del campesinado.¹²⁸ La insurgencia campesina, aunque negada y reprimida, subsiste dándose una continuidad y un proceso de radicalización en la lucha. Ante la reiterada negativa institucional, los pueblos indios y campesinos crean nuevas formas de lucha, negociación y de reapropiación de la tierra. Como bien explica Bartra, la consolidación burguesa de la Revolución Mexicana fue incompatible con una reforma agraria radical y democrática; no obstante, tampoco podía sostenerse renunciando por completo al reparto territorial —base de su legitimidad histórica con los indios y campesinos pobres, y sin tierra—, la única opción viable era una reforma agraria moderada y conciliadora, pero permanente. De este modo, el Estado mexicano utilizó la regulación discrecional de la tenencia de la tierra como herramienta privilegiada para mediar los conflictos rurales y ordenar el desarrollo agropecuario.¹²⁹

Después de la Revolución el Estado sustituye al hacendado como factótum rural, el gran terrateniente público subordina a los latifundistas particulares, y el clientelismo agrario y agrícola se institucionalizan. Al cacique, el *coyote* y el usurero privados se suman caciques, coyotes y usureros burocráticos; personeros del gobierno encargados, no tanto de reproducir los sistemas locales de enriquecimiento y poder, como de sustentar el modelo nacional de acumulación y el régimen político autoritario. De grado o por fuerza, nuestros campesinos se imponen a ser los “hijos predilectos del régimen”, y el Estado mexicano se erige en todopoderoso e insoslayable patriarca rural. De este modo, latifundistas y solicitantes de tierra, agroempresarios y pequeños productores, aprenden a negociarlo todo con el poder.

¹²⁷ Cfr. Beatriz Canabal Cristiani y Joaquín Flores Félix, “Movimiento indígena y campesino en México”, en María Tarrío y Luciano Concheiro [Coor], *La sociedad frente al Mercado*, Ed. UAM-Xochimilco y La Jornada Ediciones, México, 1998, p. 325

¹²⁸ Cfr. BARTRA, *op. cit.*, pp. 144-145

¹²⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 145

Tanto la burguesía rural como el campesinado saben que es el Estado quien encumbra o sobaja, quien arropa o descobija.¹³⁰

Por esto, explica Barabas, la legislación agraria nacional, producto del proceso revolucionario 1910-1917, se explica más en relación con las demandas campesinas y no así con las reivindicaciones territoriales étnicas. El Estado mexicano como factótum rural impuso sus propias categorías de derecho y de distribución del espacio. Así, el derecho agrario producto de la Revolución, fragmentó muchos territorios étnicos —*territorios inmemoriales*— en ejidos, tierras comunales y privadas.

La internalización de las categorías agrarias como realidad inamovible, e incluso deseable, ha contribuido a que se desdibuje la noción de territorio étnico compartido, que no tiene correspondencia a nivel agrario, y a que cada comunidad busque exclusivamente su dotación agraria y la defienda a costa de múltiples conflictos intercomunitarios.¹³¹

El constituyente revolucionario no se mostró receptivo para la re-constitución étnica, al establecer que los únicos que tienen potestades sobre las tierras así fraccionadas son ejidatarios, comuneros o propietarios, pero no los pueblos indios sobre sus *territorios inmemoriales*.

Reformas estructurales neoliberales

Así las cosas, a inicio de los años 90's 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 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, intrasmisible e inembargable). Las reformas salinistas al artículo 27 constitucional (1992) permiten la penetración de capital privado y extranjero provocando la pérdida del control de los procesos productivos y la conservación de sus recursos. Se transforma la tierra —principal fuente de sustento e importantísima referencia histórica y cultural— en mera mercancía.

¹³⁰ *Id.*, “Reformas agrarias del nuevo milenio, en *Masiosare*, México, 14 de febrero de 1999.

¹³¹ BARABAS, “La territorialidad simbólica... *op. cit.*, p. 110

Los cambios salinistas al artículo 27 no se limitan a dar por concluido el reparto agrario, lo más grave es que transforman la tierra en una mercancía más. Como dice Bartra, “la tierra, que era un medio de vida al que se accedía en el ejercicio de un derecho y se usufructuaba con criterios de equidad, deviene en una propiedad privada entre otras. Un valor de uso al que nuestra Revolución agraria quiso dotar de misión social, se reduce a simple valor de cambio”.¹³² Se derogó la Ley Federal de la Reforma Agraria, promulgándose una nueva (1993), y se inicia la implementación del Programa de Certificación y Derechos Ejidales y Titulación de Solares (PROCEDE), y su equivalente para tierras Comunales (PROCECOM), que abren la posibilidad de la incorporación de las tierras ejidales y comunales al mercado. Esta reforma agraria de mercado —como la llama Ana de Ita— trae como consecuencia la pérdida de control del espacio físico, necesario para la reproducción social campesina e indígena, con la consecuente pérdida del sentido de territorialidad de las comunidades, a través del mercado de tierras —ya sea de renta o de compraventa—.¹³³ Asimismo, el abandono estatal y la ausencia de apoyos al campo ha motivado la pérdida de la vocación para la producción agrícola o pecuaria, en un amplio proceso de descampenización, desarraigo, marginación y migración rural.

Esta contrarreforma agraria se enmarca dentro de las llamadas reformas estructurales neoliberales, lo que implica hablar de procesos más amplios de neocolonización que, en las últimas décadas, han profundizando la dependencia, proletarización, marginalización y empobrecimiento de amplios sectores de la población en México, al grado que, en los albores de este nuevo milenio, los ámbitos comunitarios campesinos e indígenas y sus sentidos del buen vivir —ligados a sus *saberes de subsistencia*— se ven seriamente amenazados por la racionalidad capitalista neoliberal, en un proceso ampliado de subsunción real de la vida en el capital, mediante la subordinación de la naturaleza y los procesos biológicos constitutivos de la reproducción natural de la vida. Las consecuencias de estas reformas impuestas en México, en las últimas dos décadas, afectan profundamente los ámbitos rurales campesinos e indígenas, ya que éstas forman parte de una amplia ofensiva encaminada al despojo de los territorios indígenas

¹³² *Idem.*

¹³³ DE ITA, Ana, *México: Impactos del Procede en los conflictos agrarios y la concentración de la tierra*, Ceccam, México, 2003

y campesinos, así como a consolidar un modelo de agricultura industrial intensiva y capitalizada, dependiente de insumos y paquetes tecnológicos empresariales y semillas transgénicas, ligado al despojo del conocimiento indígena en torno la biodiversidad (biopiratería). Esta estrategia neocolonial se sustenta en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula, por lo que va dirigida precisamente minar los cimientos de la autonomía de los pueblos indios y campesinos, propiciando su desintegración y sentando las bases para un nuevo giro de tuerca en el histórico despojo de la fuente ancestral de su subsistencia, esto es: la tierra/territorio.

Estos ajustes estructurales han abierto una perspectiva difícil para pueblos indios y campesinos, ya que no sólo se concluyó el pacto social con un Estado que era —para bien y para mal— su principal interlocutor en sus luchas y demandas específicas, sino que además queda claro que los embates contra los territorios y formas de vida campesina no han terminado. Esta segunda desamortización de las tierras y los recursos naturales en México tiene mucha similitud con la del siglo XIX, sin embargo, también lleva sus propio sello. Coincide en que un paquete de leyes busca poner los recursos naturales al servicio del capital trasnacional, en detrimento de los derechos de los campesinos y de los pueblos originarios; no obstante, no sólo afecta a los propietarios de la tierra, sino a todos los mexicanos, porque su fin último no es apropiarse de la superficie del territorio nacional sino tener acceso a ella para llegar “al verdadero tesoro”¹³⁴. Pero bien recuerda López Bárcenas cuando dice que “hace más de un siglo, la desamortización de la tierra trajo como consecuencias el aumento del desempleo en el campo, la escasa producción de alimentos y como consecuencia el incubamiento del descontento social que terminó dando origen a la Revolución”.¹³⁵

Territorialidad: autonomía en busca de subsistencia

Hoy por hoy la antiquísima lucha —indígena y campesina— por la tierra en México va acompañada de otras luchas y reivindicaciones políticas y sociales. La coyuntura de la globalización neoliberal y sus nefastas con-

¹³⁴ LÓPEZ BARCENAS, FRANCISCO, “La segunda desamortización de las tierras”, en *La jornada*, México, 25 de julio de 2014.

¹³⁵ *Ibidem.*

secuencias en ámbito rural mexicano ha lanzado a las organizaciones indígenas y campesinas a tomar posiciones cada vez más firmes y radicales, como un llamado de atención por los muchos rezagos económicos y de participación política en amplias zonas del país. Se cuestiona la vía de desarrollo elegida y puesta en marcha en México, así como el proyecto de nación que los excluye desde su nacimiento. Las principales demandas tiene que ver con la sustancial mejora de los niveles de bienestar, mayor participación en la vida política del país partiendo del respeto a sus culturas y sus espacios de reproducción social, la erradicación de la discriminación y la imposición política en sus regiones; una democratización general de la sociedad mexicana que debe pasar necesariamente por involucrar a los campesinos e indígenas del país.¹³⁶

Si se mira bien, se trata de una lucha por la subsistencia, y por poner límites a la voracidad del mercado; así como la dignificación y reconocimiento de la pertinencia de epistemologías, racionalidades y tecnologías diversas para crear las condiciones materiales y espirituales que hagan posible de *una vida digna de ser vida*, donde, y no por casualidad, la lucha por la tierra —devenida defensa del territorio— sigue siendo la demanda principal. Las tierras que hoy poseen muchos pueblos indígenas son las de *ocupación tradicional*, ya que no coinciden con sus *territorios inmemoriales*, sin embargo muchas veces los pueblos indios están dispuestos a aceptarlas como si lo fueran, en tanto obtengan su legalización. No obstante, son muy numerosos los pueblos y comunidades que aún demandan la recuperación de tierras que han sido acaparadas por la propiedad privada,¹³⁷ o hacen una defensa de su territorio contra la imposición de megaproyectos mineros, turísticos, eólicos, urbanísticos etcétera.

Hemos visto que cualquier regionalización es —y ha sido— una manera arbitraria de recortar el espacio, que depende de los criterios utilizados para su demarcación. La historia de nuestro país demuestra que las regionalizaciones (municipios, distritos, estados, ejidos, comunidades) han congregado o dividido ámbitos espaciales y culturales de acuerdo con factores económicos, ideologías políticas, proyectos estatales o intereses de grupos de poder. Esto ha provocado la fragmentación forzada de los pueblos indios y sus territorios en diversas unidades administrativas y jurisdiccionales, creando conflictos limítrofes intercomunitarios, a veces

¹³⁶ Cfr. CANABAL y FLORES *op. cit.*, p. 341.

¹³⁷ Cfr. BARABAS, “La territorialidad simbólica ... *op. cit.* pp. 111-112.

centenarios, por la titularidad de tierras en litigio, que son posiblemente los puntos más conflictivos de las relaciones intraétnicas contemporáneas, así como también destructores de afinidades etnoculturales.¹³⁸

[...] las regionalizaciones fabricadas por el Estado tienen atributos y funciones impuestos por su lógica e intereses, que desconocen los criterios históricos, territoriales, culturales y étnicos, significativos para los indígenas. Las regiones, distritos, municipios y jurisdicciones agrarias resultantes de tal “omisión” han contribuido a fragmentar a los Pueblos indígenas, a opacar el conocimiento local sobre el espacio compartido, a crear una falsa imagen de discontinuidad territorial y minoría; asimismo han conducido a conflictos por límites, a la desunión y a la pérdida de fuerza colectiva, muchas veces entre comunidades del mismo Pueblo.¹³⁹

Sin embargo, a pesar de la división a los grupos etnolingüísticos, mediante la fragmentación del territorio y de los poderes asociados, que significan las regionalizaciones y divisiones jurisdiccionales creadas e impuestas por el Estado, encontramos su contraparte en la territorialidad simbólica. Es frente a la división estatal, que la geografía simbólica proporciona un enfoque integrador del etnoterritorio que recupera categorías y conocimientos culturales propios y muestra los lugares sagrados o étnicos, los cuales marcan centros y fronteras. Tal como argumentan Francisco López Bárcenas y Guadalupe Espinoza, “la verdadera noción de territorio es la que los Pueblos tienen y practican en su cosmovisión, narrativas y rituales”.¹⁴⁰

Desde esa perspectiva, para los pueblos indígenas el territorio es el elemento fundamental dentro del cual se inscribe la identidad colectiva, no representa sólo una especial adaptación productiva, sino también una compleja relación simbólica. Parte del conjunto de representaciones colectivas que dan vida a las conciencias étnicas se refieren a los territorios propios como marcos físicos y simbólicos de la experiencia grupal.¹⁴¹

Siguiendo a Alicia Barabas, entendemos el territorio como espacio culturalmente construido por un pueblo, que con el transcurso del tiempo puede ser determinado como una porción de la naturaleza simbólica y

¹³⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 110.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 111

¹⁴⁰ LÓPEZ BÁRCENAS y ESPINOZA en *Ibid.*, p. 16

¹⁴¹ FRANCISCO LÓPEZ BÁRCENAS y GUADALUPE ESPINOZA SAUCEDA, *Derechos territoriales y conflictos agrarios en la Mixteca: El caso de San Pedro Yosotatu*, México, 2003, p. 12

empíricamente modelada por una determinada sociedad, sobre la que ésta reivindica derechos y garantiza a sus miembros la posibilidad de acceso, control y uso de los recursos allí existentes [dominio eminente]. En tal contexto, etnoterritorio —el territorio de un Pueblo— se refiere al territorio habitado y culturalmente construido por un grupo etnolingüístico a lo largo de la historia profunda, mismo que no sólo provee a la reproducción física de la población, sino que en él se desarrollan relaciones de parentesco, culturales, lingüísticas y políticas. El etnoterritorio reúne las categorías de tiempo y espacio (historia en el lugar), y es soporte central de la identidad y la cultura porque integra concepciones, creencias y prácticas que vinculan a los actores sociales con los antepasados y con el territorio que éstos les legaron.¹⁴² Así, el territorio no es una mera delimitación físico-espacial, sino un proceso social dinámico y cambiante; es decir, un resultado inestable de múltiples interacciones, en las que convergen condiciones económicas, estructuras político-administrativas, poderes foráneos, sistemas ecológicos y formas de apropiación simbólica y la configuración de niveles de bienestar y seguridad.¹⁴³

El proceso de simbolización que convierte espacios neutros en territorios y lugares sagrados, de diferente condición y nivel, crea *textos* en los cuales se asocian atributos reales, imaginarios, eficacias, recuerdos, emocionalidades y experiencias individuales y colectivas, para construir sistemas de símbolos que nombran y califican espacios culturales. En ellos se desarrollan acciones simbólicas plasmadas en mitos, narraciones y rituales, a través de los cuales accedemos a las claves que construyen la territorialidad. Podría aventurarse la hipótesis de que las religiones étnicas son territoriales, cuyos conceptos y prácticas están estrechamente entrelazados con el medio ambiente natural-cultural.¹⁴⁴

¹⁴² Cfr. BARABAS, "La territorialidad simbólica... *op. cit.*, p. 113

¹⁴³ HERINALDY GÓMEZ y Carlos Ariel Ruíz en Olver Quijano Valencia, *Ecosimias. Visiones y prácticas de diferencia económico/cultural en contextos de multiplicidad*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2012, pp. 205-206.

¹⁴⁴ BARABAS, "La territorialidad simbólica... *op. cit.*, p. 113. Si bien las reformas constitucionales en materia indígena de 2001, pueden considerarse un avance en materia de derechos de los pueblos indígenas en México, en realidad sus alcances son muy limitados, y con férreos candados en lo concerniente a los derechos políticos y territoriales. Se considera que aunque se establece formalmente el reconocimiento y garantía de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía, está de tal modo normado que se trata de una contrarreforma, en donde lo que se ofrece a los pueblos es "indigenismo" por autonomía, tutela por capacidad de decisión y programas sociales y asistencia, en lugar de libre determinación, en contravención de los Acuerdos de San Andrés: 1) A las comunidades se les designa como "entidades de interés público", en lugar de reconocerlas como "entidades de derecho público", quedando así limitadas en sus acciones y haciéndoles más difícil la reconstrucción de los pueblos; 2) La sustitución de las nociones de *tierra* y *territorios* por

De modo que, cuando hablamos de territorialidad campesino/indígena, se trata de interpretar y visibilizar las maneras en que las sociedades y culturas, indias y campesinas contemporáneas, construyen huellas, lugares y territorios locales y globales; como los perciben y los invisten de significados; como se apropian del espacio y en ese mismo acto construyen territorialidad. Sin embargo, como dice Barabas, una normatividad jurídica, sobre territorios étnicos, representa para el Estado un serio y complejo problema. En primer lugar, la complejidad se relaciona con el estatus de los indios en México: en tanto la Constitución no reconozca al Pueblo indígena como sujeto colectivo de derechos, las tierras que ocupan no podrán ser reconocidas y tratadas como territorios. Por otra parte, un reordenamiento territorial no vertical tendría que aceptar la legitimidad del conocimiento local y la memoria oral (la geografía simbólica, los títulos primordiales, los lienzos pictográficos) y facultarlos para delimitar territorios y resolver conflictos limítrofes; lo que enfrentaría al Estado con multitud de intereses regionales y nacionales. Pero tal vez el mayor obstáculo radique en la concepción misma del Estado, federalista en la forma y centralista en la práctica, que no admite la existencia de territorios internos con autonomía.¹⁴⁵

En realidad, como dice Rivera Cusicanqui, se trata de "transitar de un Estado colonizado/colonizante a un estado intercultural"; lo que implica redefinir la cosa pública —la *res pública* que marca la condición moderna de las sociedades latinoamericanas— a partir de la comprensión y reconocimiento de su versión comunal, esto es, a partir de la mirada a la sociabilidad, vigente y reconstruida, de los pueblos indígenas, a sus formas de autogobierno y gestión comunal de recursos (dominio eminente).¹⁴⁶ Por ello, el objeto de debate no es sólo que se reconozcan derechos territoriales a los pueblos indígenas, sino para que se abra un debate intercultural/normativo sobre qué entiende cada pueblo por derechos territoriales, y

el de "los lugares que habitan y ocupan", *desterritorializa* a pueblos y comunidades y les quita su base material de vida y desarrollo; 3) Se considera que la libre determinación y autonomía queda subordinada a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos locales (caciquismos y poderes locales), de cada entidad federativa, por la remisión de la reforma constitucional, a su reglamentación por leyes estatales; 4) Se limita el derecho de las comunidades asociarse; Se limita la posibilidad de que los pueblos indígenas adquieran sus propios medios de comunicación. Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, n° 30, México, 2006.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 107

¹⁴⁶ RIVERA CUSICANQUI, *Gestión Pública... op. cit.* p. 6.

cómo dialoga desde el antagonismo con el derecho estatal. Es decir, ubicar cuál es el *locus* jurídico del que se parte: si este es originario o derivado; si negociamos desde un *corpus* jurídico propio y constitutivo, o arrastrado y derivado de otro; si se considera los sistemas normativos indígenas como constituyentes, originarios y autónomos, o no.¹⁴⁷

No es suficiente tener conciencia de la propia territorialidad. Es por esto que la disputa ancestral por la tierra en México, siempre ha estado acompañada por lo jurídico, revelando la doble dimensión del Derecho, esto es, como instrumento de dominación o liberación. Asimismo, una lección importante de las luchas indígenas y campesinas en México —y en nuestra América— es que no basta tener derecho y demostrar tenerlo para que se haga justicia, sino que es necesario toda una lucha política que rebasa con creces el simple reclamo judicial. Por esto los pueblos indios y campesinos han entablado litigios históricos como parte de una lucha jurídico-política; se trata de agotar el aspecto legal en su empeño por recuperar la tierra.¹⁴⁸ Esta lucha jurídico-política busca demostrar a las autoridades y a sí mismos que los asiste la razón y el Derecho; pero también son conscientes que la expresión del Derecho es, tal vez, más importante que el Derecho en cuanto norma, por lo que la lucha no sólo es en el plano jurídico, sino también en el político y epistemológico.¹⁴⁹ De ahí la importancia de interpretar y visibilizar las maneras en que las sociedades y culturas indias y campesinas contemporáneas se apropian del espacio y en ese mismo acto construyen territorialidad.

De este modo, —como afirma Jean Robert— la *subsistencia*, el sentido local de la *buena vida* y el *territorio* forman una unidad indisociable que constituye la *territorialidad*,¹⁵⁰ entendida como el afán comunitario de subsistir con el gusto de estar juntos, sin el cual un pueblo muere. Un sentido único de la buena vida, un nosotros delimitado por horizontes concretos. De modo que, la territorialidad como, es autonomía en busca de subsistencia, el invento y construcción de una buena vida en un territorio.¹⁵¹

¹⁴⁷ MARTÍNEZ DE BRINGAS, "La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas", en *Revista de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 2007, p. 652.

¹⁴⁸ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Ed. ILSA, Santa Fe de Bogotá, 2004, p. 105.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 94

¹⁵⁰ ROBERT, Jean, *La crisis: el despojo impune. Como evitar que el remedio sea peor que el mal*, Ed. Jus, México, 2010, p. 206

¹⁵¹ *Idem.*

La actitud barroca en la lucha por la tierra.

En su lucha por la tierra/territorio, la estrategia de muchos pueblos y comunidades indígenas ha consistido y aún consiste en desplegar su capacidad de negociación apelando al Derecho Hispano en Indias, como base jurídica de sus reclamos de restitución de tierras y para la defensa de sus territorios. Es decir, que se recurre a la juridicidad traída por los conquistadores españoles a América, para recuperar la tierra y para afirmarse como pueblos con una identidad y un proyecto de modernidad diverso al occidental de corte liberal. Esto puede parecer chocante e incomprensible; no obstante en los hechos, los pueblos indios han recurrido históricamente a instrumentos jurídicos reconocidos por el Derecho del colonizador español, esto es, a los *títulos primordiales*, como documentos que amparan el derecho a las tierras y que fueron legítimamente emitidos por las autoridades competentes en la época colonial; donde están descritos los límites territoriales y los sucesos históricos de los pueblos.

Como hemos visto a pesar de los esfuerzos de los colonizadores, los pueblos indios fueron capaces de conservar muchas de sus antiguas creencias y formas de organización en relación con sus territorios y paisajes, y se resistieron a ser reducidos a un conjunto indiferenciado de súbditos. Tampoco asumieron mecánicamente la policía que se les quiso imponer, sino que las sociedades indígenas reeditaron sus antiguas creencias, dentro del ciclo ritual católico en los territorios y paisajes de sus pueblos: mediante un profundo proceso de negociación/intercambio cultural y religioso que a la larga dejaría bien librados a muchos de los rasgos más característicos de la territorialidad y espiritualidad prehispánica.¹⁵² Este proceso de negociación fue posible porque el Derecho Hispano en Indias otorgaba y protegía un cúmulo de derechos de los indígenas sobre la tierra, derivados de su *status* dentro del orden jurídico novohispano.¹⁵³

En la actualidad, los muchos pueblos indios y campesinos siguen utilizando estos documentos —los *títulos primordiales*— para legitimar el derecho sobre sus tierras y protegerlas, haciéndolos valer ante las instancias de justicia como base jurídica de su reclamo. Cómo hace siglos continúan presentando títulos, códigos, mapas, y documentos diversos ante los tribunales y elaborando copias de ellos. Los pueblos indios siguen buscando el

¹⁵² FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, y García Zambrano, *op. cit.*, p. 162

¹⁵³ Cfr. DE LA TORRE, *El derecho a...* *op. cit.*, p. 18 y Clavero, *op. cit.*, p. 16

reconocimiento legal sobre el territorio que habitan porque, aunque lo posean, no hay norma jurídica que garantice plenamente su existencia como tal y les permita defenderlo de las expropiaciones y privatizaciones.

Decimos que esta estrategia jurídico-política constituye una actitud o comportamiento barroco (*ethos* barroco), en el sentido de que ésta reivindicación histórica conecta con una necesidad diferente frente al Derecho, y así surge como discurso crítico acerca del presente y la caducidad de la modernidad —y su juridicidad— que lo sostiene: la modernidad occidental capitalista y su Derecho. De este modo, los pueblos indios reivindican la restitución de las tierras despojadas, mediante la revitalización y la puesta en uso de un Derecho a partir del cual se puede recuperar la tierra despojada. Como dice De la Torre, se trata de un conflicto de derechos: “un derecho ancestral reconocido en la legislación hispánica en Indias, al cual apelan las comunidades campesinas, frente a un derecho moderno liberal individualista portador de una legalidad que permite el despojo de su tierra”.¹⁵⁴ La actitud o comportamiento barroco no implica una vuelta al pasado —al orden colonial— sino que constituye una estrategia de supervivencia, ya que a través de la revitalización del derecho novohispano se afirma el derecho sobre la tierra que éste reconocía, y se pone en práctica la juridicidad propia, negando la vigencia del Derecho moderno individualista de corte liberal, que no permite vivir a los pueblos indios porque los despoja de su base de subsistencia. Se trata de un “no” bizarro, rebuscado y retorcido, en definitiva de un “no barroco”.¹⁵⁵ Dice Boaventura de Sousa Santos “se aspira, a inventar otro lugar, una heterotopía, si no ya una utopía. Dado que se deriva de un profundo sentimiento de vacío y desorientación causado por el agotamiento de los cánones dominantes.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Id.*, *El derecho que nace... op. cit.*, p. 85

¹⁵⁵ “El barroco parece constituido por una voluntad de forma que está atrapada entre dos tendencias contrapuestas respecto del conjunto de posibilidades clásicas, es decir “naturales” o espontáneas, de dar forma a la vida —la del desencanto, por un lado, y la de la afirmación del mismo como insuperable— y que está además empeñada en el esfuerzo trágico, incluso absurdo, de conciliarlas mediante un replanteamiento de ese conjunto a la vez como diferente y como idéntico a sí mismo. La técnica barroca de conformación del material parte de un respeto incondicional del canon clásico o tradicional —entendiendo “canon” más como un “principio generador de formas” que como un simple conjunto de reglas—, se desencanta por las insuficiencias del mismo frente a la nueva sustancia vital a la que debe formar y apuesta a la posibilidad de que la retroacción de ésta sobre él sea la que restaure su vigencia; de que lo antiguo se reencuentre justamente en su contrario, en lo moderno”. Tomado de Echeverría, *op. cit.* p. 14.

¹⁵⁶ Sousa Santos, BOAVENTURA, *Una epistemología del sur*. Ed. CLACSO y Siglo XXI, México, 2009, pp. 223 y 224

Esta actitud o comportamiento barroco constituye un discurso crítico y a su vez la afirmación de otro lugar de enunciación diverso al de la modernidad capitalista. Como enseñaba el iusfilósofo andaluz Joaquín Herrera Flores, siguiendo Ernst Bloch, cuando decía que

[...] criticar no consiste únicamente en decir ‘no’, sino en afirmar un ‘sí a algo diferente’. Sólo en este caso la crítica deja de ser una ‘afirmación que subyace a una negación’ y se convierte en una negación que subyace a una afirmación. Lo previo es la afirmación productiva de nuestros valores, de lo que se deducirá como consecuencia la negación de lo que no es conveniente a nuestros esfuerzos por superar las condiciones de las injusticias y de las explotaciones.¹⁵⁷

Los pueblos indios se acomodan a la cultura y derecho colonial, como forma de conservar la cultura y el derecho propio. En este sentido, la afirmación de la juridicidad novohispana constituye una estrategia para afirmar la modernidad india: el Derecho propio que pervive en el “espacio colonial del derecho indígena”. Así pervive también —además del derecho sobre la tierra— las asambleas comunitarias, los sistemas de cargos y autoridades y la autonomía de la comunidades, que a pesar del proceso de aculturación persiste en el imaginario y las prácticas cotidianas. Como señala Ruiz Medrano, se trata de una estrategia india “para preservar el orden colonial en diversos aspectos de su vida interna”, orden que les ha permitido negociar y preservar muchos de sus rasgos identitarios y sus tierras, frente a una legalidad que los ha invisibilizado. Así, la actitud barroca de los pueblos indios apela a la revitalización de la juridicidad novohispana y al hacerlo —al alimentar el código europeo con las ruinas del código prehispánico— se sientan las bases para construir algo diferente a lo que plantea la modernidad capitalista; esto es, una modernidad india, donde la autodeterminación política significa retomar la historicidad y las formas de representación propias.

Los pueblos indios aún hoy conservan sus autoridades y sus instituciones jurídicas, sus asambleas comunitarias y la relación con la tierra —ligada al cultivo del maíz—¹⁵⁸ sigue siendo parte del mundo comunitario

¹⁵⁷ HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica al humanismo abstracto*, Ed. Catarata, Madrid, 2005, p. 49

¹⁵⁸ Guillermo BONFIL BATALLA decía que “el maíz es una criatura del hombre mesoamericano y éste a su vez es el hombre de maíz”, lo que da cuenta de la existencia de una civilización o cultura material propia de los mesoamericanos. El cultivo y consumo del maíz implicó el desarrollo de toda una cultura, con sus propias exigencias materiales, intelectuales y espirituales, obligando a organizar

ritual, como expresión plena de su modernidad frente a la infinidad de actos de imposición civilizatoria, en los cuales la forma de comprender y relacionarse con la tierra —con el territorio— no ha estado exenta, sino que constituye —aún hoy— un escenario de fuerte disputa. Es por esto que, a pesar de la negativa histórica de los poderes constituidos, los pueblos indios siguen reivindicando sus ámbitos de comunidad, regenerándolos, y afirmándose con dignidad en su autonomía.¹⁵⁹ Han venido construyendo la autonomía por la vía de los hechos. En este sentido, la territorialidad indígena cobra nuevas características y matices: como arraigo, apego al suelo y a la tierra nodriza; respeto de las tradiciones y capacidad de transformarlas en forma tradicional; la capacidad de subsistir a pesar de los embates del mercado capitalista; y la reflexión crítica desde abajo sobre *el hoy y el aquí*, para regenerar las relaciones en el propio territorio.¹⁶⁰ Como dice Robert, “a un lado, afuera del sistema capitalista es la mejor manera de luchar contra él y de frenar su despiadada guerra contra la subsistencia”.¹⁶¹

Este es un comportamiento típicamente *barroco*, “inventarse una vida dentro de la muerte”. Los pueblos indios han sido condenados a morir —por

en torno a ellas y a su dinámica toda la vida comunitaria, en un conjunto de determinaciones que provienen de la influencia del maíz sobre todas las dimensiones de la vida cotidiana en una simbiosis ancestral. Por eso los hombres del maíz son hombres con una identidad diferente a la de los hombres del trigo, o de arroz. De este modo la lucha por la defensa del maíz y los *saberes de subsistencia* va íntimamente ligada a la lucha por el territorio y la autonomía, como condiciones para la existencia de la forma de vida campesina, frente a las políticas neoliberales y la introducción de semillas transgénicas. Es desde este *lugar* (desde esta cultura material) que se hace un cuestionamiento profundo de la colonialidad del poder y del saber, y se crean las bases jurídicas, políticas y epistemológicas donde —como señala Alvaro Salgado— 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. Se trata de la expresión estética y técnica de culturas vivas que se expresan en lenguas vivas. La defensa del 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. En este contexto, sembrar maíz es un acto de protesta y de resistencia política activa, es práctica descolonizadora y apuesta por un proyecto propio de modernidad. Cfr. Salgado, Alvaro, “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, [citado 13 de junio de 2011], Formato html, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2898/16.pdf>

¹⁵⁹ ESTEVA, Gustavo, entrevista con Patricia Gutierrez-Otero y Javier Sicilia, “La fuerza de la localidad”, en *Ixtus. Espíritu y cultura. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad»*, año XI, n° 42, México, 2003, p. 51

¹⁶⁰ Cfr. ROBERT, *op. cit.*, p. 26

¹⁶¹ *Ibidem.*

sucesivos proyectos económicos/políticos/sociales a lo largo de nuestra historia— y sin embargo, dentro de ese proceso del morir, se inventan una manera de vivir.¹⁶² Haciendo un cuestionamiento profundo de la legalidad vigente proponen y actúan al margen de ésta, creando las bases jurídicas, políticas y epistemológicas que revelan —como dice Silvia Rivera Cusicanqui— la alteridad indígena y campesina que puede verse como una nueva universalidad, que se opone al caos y a la destrucción colonial del mundo y de la vida. La modernidad india —de las tejedoras y los poetas-astrólogos de las comunidades y pueblos— que desde antiguo, hasta el presente, nos revelan esa trama alternativa y subversiva de saberes y de prácticas capaces de restaurar el mundo y devolverlo a su propio cauce.¹⁶³ Se trata de una historia viva —ocultada— que pugna constantemente por irrumpir.

¹⁶² ECHEVERRÍA, Bolívar, “La múltiple modernidad de América Latina”, en *Contrahistorias*, n° 4, marzo-agosto, México, 2005, p. 68

¹⁶³ RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Ed. Tinta Limón, Buenos Aires, 2010 p. 33

LA CONVENCION REVOLUCIONARIA DE AGUASCALIENTES, COMO ASAMBLEA PRECONSTITUYENTE

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL¹

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de este 2014, se cumplen cien años de la celebración de la Convención Revolucionaria en Aguascalientes.

Esta Convención se declara soberana y en su *Manifiesto a la Nación* expresa su carácter de “Asamblea Preconstituyente”. México vive un tiempo de guerra civil y de un gran vacío legal, llamado con el eufemismo de “preconstitucional”; por lo que la celebración de la Convención tiene una doble gran importancia: política, para lograr la paz; y jurídica, para la creación de un nuevo Derecho acorde a las necesidades de las mayorías.

En las siguientes líneas, me propongo hacer un análisis, desde el punto de vista jurídico, de la Convención Revolucionaria. Esto es, de su calidad de soberana, así como de los debates y las ideas expuestas en el mes de sesiones de Aguascalientes; y el análisis de dos de sus documentos posteriores más importantes, su *Ley Agraria* expedida en Cuernavaca, y el *Programa de Reformas Político-Sociales* dado en Jojutla.

1. Antecedentes históricos y contexto social

La Revolución Mexicana se inició teniendo como objetivo la democracia política, reclamada en el Plan de San Luis que proclama Francisco I. Madero, en 1910. Derrocado el presidente Porfirio Díaz, es electo, demo-

¹ Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

cráticamente, para el cargo, el propio Madero, que ejerce como Presidente de la República del 6 de Noviembre de 1911 al 19 de Febrero de 1913, en que es obligado a renunciar por la fuerza del golpe de Estado dado por Victoriano Huerta. El General Huerta, previo asesinato del presidente y el vicepresidente, se hace del cargo de Presidente de la República siguiendo las formas legales, pero de manera ilegítima.

Varios grupos armados unen sus esfuerzos para derrocar a Huerta, viniendo al Ejército Federal que lo resguarda. Contra el usurpador, entre otros grupos, van el Ejército Constitucionalista, con el Primer Jefe, Venustiano Carranza al frente, que había dado el Plan de Guadalupe; la División del Norte, comandada por el legendario y mítico Francisco Villa; la División del Centro; la División del Noroeste, en la que destaca, entre otros, Álvaro Obregón; y el Ejército Libertador del Sur, con Emiliano Zapata y su Plan de Ayala a la cabeza.

Al reclamo primero, político-militar, de derrocar a Huerta y restablecer la democracia, se unen los objetivos de justicia social para obreros y campesinos, que varios grupos hacían valer.

El triunfo de la Revolución contra Huerta, se considera definitivo con la llamada "toma de Zacatecas", por la División del Norte, el 23 de junio de 1914. Es entonces que se empieza a pensar y a hablar de una necesaria y urgente reunión de revolucionarios, para poner orden y justicia en el País.

En octubre de 1914, pues, se celebró, en la ciudad de Aguascalientes, la Soberana Convención Revolucionaria. Este evento constituye una etapa importantísima de nuestro movimiento revolucionario, ya que, una vez derrotado el usurpador Victoriano Huerta, era necesario dejar las armas, nombrar un gobierno provisional, y emprender las reformas sociales que con urgencia reclamaba el País, propósitos estos de dicha Convención. Los deseos de los convencionistas eran los lógicos y naturales.

El Teatro Morelos fue el local que albergó a las diversas delegaciones convencionistas y testigo mudo de sus acalorados debates. Se convirtió así, en un lugar histórico, ese recinto destinado a la promoción cultural, que había sido iniciada su construcción en la gestión administrativa del Gobernador don Rafael Arellano e inaugurado el 25 de Noviembre de 1885, ya siendo encargado del Ejecutivo don Francisco Hornedo.

A la caída de Huerta, México tiene dos problemas fundamentales que resolver: el político-militar y el de las reformas sociales. El primero, lo

constituye la lucha por la hegemonía entre los distintos grupos que habían peleado en contra de Huerta y que quedaban en pie de guerra una vez derrotado el traidor. El País se enfrentaba, además, ante una riqueza muy mal repartida, producto del liberalismo individualista que imperó en el siglo XIX y que se acentuó durante la administración del General Porfirio Díaz; problema éste que pedía con apremio un marco jurídico adecuado para llevar a cabo las urgentes reformas sociales.

Por las anteriores razones, Venustiano Carranza convocó el 5 de septiembre de 1914 para que se celebrara, en la ciudad de México, una Convención Revolucionaria, con asistencia de generales y gobernadores, para acordar un programa de gobierno y la forma y época en que se restablecería el orden constitucional. Se reunió el 1° de octubre, con la asistencia sólo de carrancistas, villistas, zapatistas y maytoerenistas; grupos también muy fuertes, no concurrieron.

En dicha Convención de México, desde luego se dejó ver la pugna entre militares y civiles, siendo sus voceros Álvaro Obregón y Luis Cabrera respectivamente. Lo más sobresaliente de las sesiones celebradas en México, fue que D. Venustiano Carranza, después de leer un informe, exclamó que el mando del Ejército y el Poder Ejecutivo no podían ser entregados por él, sin mengua de su honor, a solicitud de un grupo de jefes descarriados —pues Villa entre otros se lo habían pedido—, y sólo lo entregaba a los jefes ahí reunidos. Pero gracias a las hábiles maniobras del Lic. Luis Cabrera, la asamblea por aclamación le rechazó la renuncia.²

Los convencionistas de México, acordaron trasladarse a Aguascalientes, considerada Ciudad neutral. La Convención de Aguascalientes abre sus sesiones el 10 de octubre. Ese día se elige mesa directiva, resultando presidente Antonio I. Villareal y Vicepresidentes los generales José Isabel Robles y Pánfilo Natera.

Ese mismo día se acuerda enviar telegramas a Carranza, Villa y Maytoarena, excitándolos para que pongan en libertad a todos los presos políticos.

El día 14, después de que los días anteriores se emplearon en revisar credenciales de los delegados, se declara instalada la Soberana Convención. Se elige nueva mesa directiva y vuelve a resultar presidente Villareal. Acto seguido, una bandera mexicana que llevaba el general Álvaro Obregón, es firmada por todos los delegados, que a su vez prestan juramento.

² Cfr: TARACENA, Alfonso, *La verdadera Revolución Mexicana*. Tercera Etapa (1914 a 1915), Ed. Jus, Col. México Heroico, México, 1972, pp. 44-45.

Fueron, desde luego, invitados a la Convención los jefes de los grupos más fuertes: Venustiano Carranza, Francisco Villa y Emiliano Zapata. Precisamente, uno de los objetivos fundamentales de la Convención, era la disolución de las distintas facciones, formando, en su lugar, un grupo, representado por un gobierno provisional, y que tenía como misión convocar a elecciones para que el País volviera al cauce de la legalidad.

Carranza no sólo no asiste a la Convención, sino que, además, la tacha de ilegítima y desconoce los acuerdos que de ella emanan. La idea de algunos carrancistas que asistieron a la Convención era acceder a que ésta le quitara a Carranza la jefatura del Ejército Constitucionalista y el cargo de Primer Magistrado, como una táctica para evitar el derramamiento de sangre; pero una vez que el gobierno interino convocara a elecciones, éstas, según la idea de los carrancistas, debería ganarlas don Venustiano.

El día 17 de octubre, el general Francisco Villa asiste por primera vez al Teatro Morelos. Una vez que ha jurado y firmado la bandera exclama: "Ustedes van a oír, de un hombre enteramente inculto, palabras sinceras que le dicta su corazón... Debo decir a ustedes que Francisco Villa no será vergüenza para todos los hombres conscientes porque será el primero en no pedir nada para él. Únicamente me concreto a decirles que quiero mirar claro en los destinos del país".³

Emiliano Zapata no asiste personalmente, pero manda delegados. Entre ellos sobresalen el licenciado don Antonio Díaz Soto y Gama y el periodista don Paulino Martínez. El primero destacó mucho por sus grandes facultades como orador. En la sesión del 27 de octubre ocurrió algo que, si bien hoy se ve como anecdótico, pudo mancharse el Teatro Morelos con la sangre del delegado sureño; el licenciado Soto y Gama, en un discurso acaloradísimo, tocando en forma despectiva a la bandera mexicana, exclamó: "Creo que vale más la palabra de honor que la firma estampada en este estandarte, este estandarte que a final de cuentas no es más que un triunfo de la reacción clerical, encabezada por Iturbide. Yo, señores, jamás firmaré sobre esa bandera". En ese momento empezaron a callarlo, y sacaron la mayoría de los asambleístas su pistola; a pesar de las amenazas él se mantuvo en la tribuna, y, una vez calmada la asamblea, continuó su discurso, que terminó con grandes aplausos.⁴

³ Citado por Taracena, *op. cit.*, p. 55.

⁴ Cfr. *Documentos Históricos de la Revolución Mexicana* Tomo XXIII, La Convención, Tomo II, Fundadores Isidro Fabela y Josefina E. de Fabela, Ed. Jus, México, 1971, pp. 180-187.

El 30 de octubre la Convención toma sus acuerdos políticos más importantes. En una larga sesión de 24 horas, por 112 votos contra 21, se aprueba el dictamen formulado por los generales Álvaro Obregón, Eugenio Aguirre Benavides, Eulalio Gutiérrez, Felipe Ángeles, Manuel Chao, Martín Espinosa, Guillermo García Aragón, Miguel M. Peralta y Raúl Madero, cuyos puntos principales son: se cesa a Venustiano Carranza como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo; queda cesado como Jefe de la División del Norte el General Francisco Villa; y se ordena se nombre Presidente Provisional por 20 días mientras se traslada la Soberana Convención a México.

El día 1° de Noviembre de 1914, la asamblea revolucionaria reunida en Aguascalientes, eligió como Presidente Provisional de la República Mexicana al General Eulalio Gutiérrez. Al hacerse saber el resultado de la votación exclamó lo siguiente el General Gutiérrez: "Decía que es sorprendente para mi acto tan solemne y tan trascendental como el que acabamos de ver; yo realmente soy un humilde, no estoy acostumbrado a cosas tan grandiosas como estas; así pues, a reserva de hacerlo probablemente en México, protesto aquí en esta Asamblea cumplir y hacer cumplir todas las decisiones que emanen de esta H. Asamblea".⁵ A continuación Paulino Martínez dijo: "La República se ha salvado los buenos hijos de México acaban de dar un buen ejemplo de civismo y una muestra de concordia y buena voluntad para salvar los principios revolucionarios. Dentro de poco tiempo el pueblo pobre tendrá pan, tendrá escuelas y llegará el bienestar a todos los ámbitos de la República".⁶

Después, una vez terminada la sesión, los convencionistas abandonan el Teatro Morelos y recorren las calles de Aguascalientes, organizándose una gran manifestación. Las campanas de los templos se echaban a vuelo, y combinaron sus sonidos con el de los silbatos de las fábricas y locomotoras. En resumen: una gran fiesta.⁷

El día 5 de Noviembre, la Asamblea convencionista aprueba su "Manifiesto a la Nación de la Convención de Aguascalientes", que constituye un documento político importantísimo, y que tiene el mérito de resumir los propósitos que animaron la celebración de la Convención.

⁵ *Ibidem*, pp. 454-455.

⁶ *Ibidem*, p. 455.

⁷ Cfr. TARACENA, *op. cit.* p. 69.

2. La Convención se declara Soberana y ejerce su poder

Uno de los actos más importantes de la asamblea convencionista, con enormes repercusiones políticas y jurídicas, fue la aprobación de la moción de declararse *Convención Soberana*. Esto sucedió en la sesión del 14 de octubre de 1914.

El presidente de la asamblea Antonio I. Villareal, expuso:

Terminada la jura de esta bandera, la protesta de honor que hemos empeñado, y rubricado el acto trascendental de unimos para hacer cumplir todo lo que aquí aprobemos, pasamos a declarar solemnemente instalada la Convención y a declararla con mayor solemnidad: Soberana.⁸

El general neolonés Villareal González, pronunció en ese momento uno de los mejores discursos de la Convención, por su claridad, su contundencia y su radicalidad revolucionaria. Tenía claro en que consistía la soberanía de la Convención, y como podía utilizarse:

Hoy, declarados soberanos, porque representamos las fuerzas vivas del país, porque representamos los elementos combatientes que son en todas épocas de revolución los que verdaderamente valen, los que verdaderamente saben de abnegaciones y de sacrificios y de anhelos a las causas altas. Declarados en Convención Soberana, declarados en poder inapelable de la República, bien podemos ya, señores, hacer que la tranquilidad vuelva, hacer que la paz renazca, que las hostilidades se suspendan, que no se derrame más sangre humana, que vayamos todos a abrazarnos con efusivo amor y hacer promesas por no ser más salvajes, hacer promesas por ser civilizados, por ser patriotas y por ser verdaderos amadores de los destinos nacionales.⁹

La soberanía convierte a la Convención en autoridad suprema nacional. No con fundamento legal, ni constitucional, ni de ningún tipo, sino como un acto revolucionario.

Y la Convención ejerce su poder: ordena a todos los generales, la liberación de los presos políticos, incluido en la orden el "Primer Jefe" del Ejército Constitucionalista, Carranza. Éste, reacio a cumplir o queriéndolo hacer a medias, tiene que ceder ante el poder de la Convención. Martín Luis Guzmán, preso arbitrariamente por Carranza, es beneficiado, junto

⁸ *Documentos Históricos op. cit.*, p. 242.

⁹ *Ibidem*, p. 243.

con otros presos políticos, por la orden de liberación de la Convención. Pero el "Primer Jefe", acata sacarlos de la cárcel, pero pretende desterrarlos o deshacerse de los presos de cualquier modo. Los envía rumbo a Matamoros, para que un tal general Nafarrete los deposite en Estados Unidos o se deshaga de ellos. Sin embargo, el tren es detenido en Monterrey y se ordena que los presos, protegidos por las fuerzas de la Convención, sean remitidos a Aguascalientes y sean presentados a la Asamblea. Martín Luis Guzmán, que vive el acontecimiento, narra la anécdota:

Un punto no había tenido en cuenta don Venustiano al ordenar nuestro destierro: la preponderancia, efímera, pero grande, de la Convención de Aguascalientes. Menos aún había previsto el hecho de que ésta estuviera presidida por un hombre moralmente íntegro: Antonio I. Villareal.¹⁰

Al presentarse en el Teatro Morelos, ante la Convención, el grupo de personas que había tenido Carranza privados de su libertad, Villareal les dijo simplemente: "Señores: la Convención ha ordenado que se les ponga en libertad. Eso es todo: están ustedes libres".¹¹

3. La legitimidad jurídica de la soberanía de la Convención.

Ante el cuestionamiento de Carranza acerca de las facultades que tenía la Convención para declararse soberana, Villareal le encomienda a José Vasconcelos un estudio jurídico para justificar la legitimidad soberana de la asamblea. El documento propuesto por Vasconcelos —transcrito por él mismo en la segunda parte de su autobiografía: *La Tormenta*—,¹² sirvió de base para que en el "Manifiesto a la Nación de la Convención de Aguascalientes", del 6 de noviembre de 1914, se diga "Esta Convención es Soberana porque en ella están sintetizados la fuerza y el pensamiento de la Revolución".¹³

Vasconcelos comienza diciendo que por soberanía se entiende la facultad del pueblo de gobernarse a sí mismo, según su propia voluntad. A continuación distingue el ejercicio de la soberanía en "tiempos normales"

¹⁰ GUZMÁN, Martín Luis, *El Águila y la Serpiente*, Ed. Porrúa, Col. Escritores Mexicanos Unidos, México, 1984, p. 312.

¹¹ *Idem*, p. 317.

¹² VASCONCELOS, José, *La Tormenta*, Ed. Botas, México, 1937, pp. 168-185.

¹³ *Documentos Históricos op. cit.*, pp. 468-473.

y en “tiempos anormales”; en el primer caso “la soberanía del pueblo se ejercita mediante el gobierno elegido popularmente”, y en el segundo, “en periodos de revolución, es también aceptado que son soberanas las asambleas revolucionarias debidamente integradas”. Existiendo, pues, “dos maneras de constituir poderes soberanos”.

Pasa después Vasconcelos a desarrollar dos argumentos con los que trata de fundar la legitimidad y soberanía de la Convención de Aguascalientes: 1º “como heredera y sucesora de la legalidad” y 2º como “Asamblea Revolucionaria”.

Analicemos el primer argumento del filósofo jurista oaxaqueño, según el cual la Convención es soberana como heredera y sucesora de la legalidad. Textualmente dice: “Las últimas elecciones generales verificadas en el país, elevaron al poder al gobierno encabezado por el señor don Francisco I. Madero. Este gobierno, legítimo y soberano, fue destruido por Victoriano Huerta, quien constituyó un gobierno de hecho, carente de legalidad y de soberanía. Las Cámaras legislativas y la Corte, legales en su origen, faltaron a su deber reconociendo a Huerta y perdieron por esto su legalidad y su honor”.

Desde una posición iuspositivista, formal-legalista, el argumento de Vasconcelos carece de sostén. El ascenso al poder de Huerta es perfectamente legal, de acuerdo al Derecho positivo y desde un punto de vista jurídico-formal.

En efecto, la llegada al poder de Victoriano Huerta es de acuerdo a las normas vigentes de la Constitución de 1857. Originalmente esta Ley Fundamental, en su artículo 79, mandaba que en las faltas temporales y en la absoluta del Presidente de la República “mientras se presenta el nuevamente electo entrará a ejercer el poder, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia”. Esta disposición constitucional fue reformada en varias ocasiones (1882, 1896 y 1904). Por la reforma constitucional de 1904 se creó de nuevo la vicepresidencia (recuérdese que fueron electos Madero, Presidente y Pino Suárez, Vicepresidente), y así a falta del Presidente su cargo sería ocupado por el Vicepresidente. El artículo 81 previó, además, la falta absoluta de ambos. En este caso la Constitución disponía que se haría cargo del Poder Ejecutivo, en calidad de Presidente interino, el Secretario del Despacho de Relaciones Exteriores, “y si no lo hubiere o estuviere impedido, uno de los demás secretarios, siguiendo el orden de la ley que establezca su número”.

En el caso que nos ocupa, el 19 de febrero de 1913, la Cámara de Diputados aceptó la renuncia a sus cargos de Madero y Pino Suárez, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución. De conformidad con la propia Carta Magna el Ministro de Relaciones Exteriores, Pedro Lascuráin, pasó a ocupar la Presidencia. Hecho el juramento, de inmediato nombró como Secretario de Gobernación a Victoriano Huerta, y a los veinte minutos renunció a la Presidencia. La Cámara de Diputados aceptó la renuncia y Huerta pasó a ocupar el Poder Ejecutivo, ya que a falta de Presidente y Vicepresidente electos y Secretario de Relaciones Exteriores, tocaba ocupar el cargo, según la Constitución, a “uno de los demás Secretarios, siguiendo el orden de la ley que establezca su número”; en este caso tocaba al Secretario de Gobernación, cargo que había ocupado Huerta minutos antes.

Desde un punto de vista legalista, pues, el argumento de Vasconcelos carece de sostén para afirmar la soberanía de la Convención como “heredera y sucesora de la legalidad”.

Con relación a este primer argumento de Vasconcelos, sostengo que la Convención, en cuanto que soberana, no es heredera de ninguna legalidad, sino fuente de nueva legalidad, creadora de otro Derecho.

El segundo argumento de Vasconcelos tiene mucha más fuerza, a pesar de no estar basado en el Derecho Positivo. El ilustre “Maestro de América” afirma que la Convención “es soberana como Asamblea Revolucionaria”.

Aquí Vasconcelos ya no apela a Derecho Positivo alguno, ya no fundamenta su argumento en ninguna ley, sino en un principio de Derecho Natural reconocido desde antiguo, que atraviesa toda la tradición iusfilosófica naturalista, y que es el llamado “Derecho de Resistencia” o de “Revolución” que tienen los pueblos para liberarse de gobiernos o sistemas sociales y jurídicos opresivos e injustos.

Este Derecho de Revolución hace radicar la soberanía “en las asambleas revolucionarias debidamente integradas”. Vasconcelos define la revolución como “la transformación violenta de un orden de cosas opresivo e injusto”, agregando que “casi todas las revoluciones pueden dividirse en dos finalidades esenciales: la política y la económica”.

El Derecho de Revolución no se encuentra en los textos positivos legales. Equivaldría a legitimar su propia destrucción como ley. En términos casi absolutos el Derecho Positivo, por medio de la Ley Fundamental (Constitución), se autodefende, así tenemos por ejemplo nuestro actual artículo 136 de la Constitución vigente (equivalente al 128 de la Constitución de 1857), que manda que la Constitución no perderá su fuerza y vigor

si se interrumpe su observancia por una rebelión, pues “tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia”. El Derecho de Revolución es siempre un Derecho Natural, que nace de la concepción, iusnaturalista también, de que la comunidad política, el pueblo, es la fuente originaria del poder, depositaria primigenia de la soberanía.

El maestro Genaro María González gustaba en su cátedra de Introducción al Derecho, en la Escuela Libre de Derecho, de exponer lo que llamaba “elementos de la relación jurídica de revolución” que dejó plasmados en su obra *Catolicismo y Revolución*.¹⁴ “El derecho de revolución —escribe—, como todo derecho, supone la existencia de una situación objetiva, así como la de un agente jurídico personal”.¹⁵ Los elementos de esa relación jurídica son:

- 1º *Los hechos condicionantes*. Según Genaro María González “se dan en la serie de circunstancias positivas y de naturaleza que determinan ilegitimidad o la ilegalidad de un orden jurídico y político. Estas circunstancias se traducen por la ineficiencia dinámica del régimen a raíz de la incapacidad orgánica de justicia y de poder, en la caducidad general de un orden normativo y la prescripción extintiva del poder como efecto de la persistencia de la arbitrariedad en el mantenimiento de la injusticia y en su proclamación, o de la insistencia en conservar una legalidad caduca”.¹⁶
- 2º *El titular del Derecho de Revolución*. Aquí es necesario distinguir entre un “titular permanente” que lo es siempre “la colectividad nacional”, el pueblo, y el “titular actual” que lo es “aquella fracción, más o menos numerosa, que haya logrado encarnar con justicia la representación jurídica y natural de dicha colectividad mediante la sumisión a los fines esenciales de la vida nacional”.¹⁷
- 3º *La Conjunción Dinámica*. Es decir, la fuerza que une los dos elementos anteriores, objetivo y subjetivo del Derecho de Revolución.
- 4º *Vías y Recursos Revolucionarios*. Es la cuestión del cómo y de los medios e instrumentos para hacer efectivo ese Derecho de Revolución.

Vasconcelos tiene muy claras las finalidades de la Revolución: una política y otra económica.

¹⁴ GONZÁLEZ, Genaro Ma., *Catolicismo y Revolución*, Imprenta Murguía. México, 1960. pp 64-73.

¹⁵ *Ibidem*, p. 64.

¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

¹⁷ *Ibidem*, p. 68.

La finalidad política que Vasconcelos destaca, considera que se encuentra plasmada en la Constitución de 1857, y es la salvaguarda de las “garantías individuales y derechos políticos”, porque “ampara nuestras libertades”. Está convencido de las reformas sociales que la Revolución debe establecer, pero advierte: “no olvide la revolución si quiere cumplir sus fines, el respeto que debe a la personalidad humana, única entidad que suele estar por encima aun de las revoluciones”.¹⁸ Lo que significa que para Vasconcelos, la dignidad humana es el valor político fundamental.

Pero Vasconcelos también es muy claro en la finalidad económica de la Revolución, y que la Convención debe encarar. Analiza: “Unos cuantos son los dueños de la tierra. Los grandes terratenientes ni siquiera explotan debidamente sus propiedades... De esta manera, privan a la mayoría de los mexicanos, no sólo de la propiedad de la tierra, sino de la oportunidad de trabajar esa tierra como arrendatarios o como labriegos”.¹⁹ Esto no lo puede resolver la Constitución —dice Vasconcelos—, no se soluciona aplicando la legalidad establecida; este problema, es competencia “de una asamblea revolucionaria”. Considera que “la asamblea revolucionaria no imparte la justicia que está en los textos, sino la justicia que está en los corazones”;²⁰ en otras palabras, se podría decir, que los textos legales establecidos no le sirven a la Revolución para hacer justicia; el titular actual del derecho de revolución, la “asamblea revolucionaria”, debe buscar la justicia que siente el corazón ante la realidad de miseria de la mayoría. Vasconcelos considera que la Convención debe *establecer e imponer* las normas que lleven a la reforma agraria y, en general, a resolver el problema de la injusticia. Advierte que se debe obrar con prudencia, no con medidas radicales en extremo, que pueden provocar “reacciones que dejen sin efecto los progresos conquistados con sacrificios”; deben ser “reformas acomodadas a las verdaderas necesidades sociales”, pues éstas reformas “son siempre definitivas y producen efectos benéficos inmediatos”.²¹

La Convención de Aguascalientes, obrará y hablará para bien de todos los mexicanos, y llevará adelante sus resoluciones, *soberanamente*, por los dos derechos: el de la ley y el de la revolución, el de la *razón* y el de la *fuerza*.²²

¹⁸ VASCONCELOS, *La Tormenta*, p. 181.

¹⁹ *Ibidem*, p. 183.

²⁰ *Ibidem*, pp. 183-184.

²¹ *Ibidem*, pp. 184.

²² *Ibidem*, pp. 185.

La Convención de Aguascalientes fue soberana en un cierto periodo, pues constituyó la unión de las principales facciones revolucionarias que lucharon contra Huerta y que postulaban, además, urgentes reformas sociales. Tenía la soberanía, como afirma Vasconcelos, por ser una "asamblea revolucionaria", es decir, "titular actual" del Derecho de Revolución. Los grupos revolucionarios reunidos en Aguascalientes encarnaban "los fines esenciales de la vida nacional": Primero, porque buscaban restaurar la legitimidad del poder, no su legalidad, ya que la primera la da el consenso de la comunidad política, y la segunda el Derecho Positivo; en tiempos de Revolución la legitimidad no coincide con la legalidad, la primera viene a ser producto de un nuevo Derecho aun no plasmado en textos, y la segunda es expresión de un Derecho caduco. Además, esos mismos grupos habían luchado por reformas sociales, siendo portadores de una lucha por la justicia que debía establecerse, también, en normas jurídicas nuevas.

4. Soberanía y un nuevo Derecho. Un Derecho Social, producto de la Revolución

La declaración de que la Convención es soberana, y el asumirse como tal, tiene la importancia de que, como máximo poder político, puede producir el Derecho; un nuevo Derecho. La Constitución de 1857 está formalmente vigente; pero carece de vigencia real. El estado de guerra civil, el precario funcionamiento de las instituciones locales y los grandes reclamos sociales, constituyen la realidad, que por sí misma exige otro Derecho.

En la Convención hay varias voces que se refieren a las cuestiones jurídicas fundamentales, reclaman otra jurisdicción que imponga la justicia, frente a una ley totalmente rebasada.

El mayor José Siurob Ramírez, representante de Federico Montes, gobernador y comandante militar del Estado de Querétaro, es, seguramente, una de las voces más interesantes en los debates de la Convención. Dedicado más a la medicina que a cuestiones jurídicas, a su modo expresa muy bien la relación entre soberanía y Derecho. Para él no se puede atacar con la ley la soberanía de la Convención; la ley no agota el Derecho, que es lo que *debe ser* de acuerdo a las circunstancias histórico-sociales. En la sesión del 24 de octubre expresa:

Para que esta Convención sea soberana, ponen ellos como obstáculo la barrera de la ley, que no puede ser barrera para nosotros desde el momento en que la ley no es el derecho, y que el derecho es lo que debe ser, y que la ley no es otra cosa sino lo que puede ser en virtud de las circunstancias; si nos han obligado a pasar por encima de la ley, no nos pueden poner a la ley como barrera. Nos han querido poner la razón de que deberíamos ser nombrados por el pueblo democráticamente y que, conforme a la ley, debíamos ser nombrados para que tuviéramos la soberanía popular, sin ponerse a considerar que no es esa la razón por la que estamos aquí; estamos aquí por la necesidad nacional, porque es una suprema necesidad que haya un poder que componga todas las facciones, que las sujete a su dominio; y ¿quién mejor para arrogarse ese poder que los que tienen en su manos la fuerza, esa fuerza salvadora que ha sabido conservar los principios de la República?

La Nación tiene nuevos ideales; todos los pueblos van cambiando de ideales a medida que van progresando en el camino de la civilización; ¿quién mejor para guardar esos ideales, para elevarlos a la categoría de derechos del pueblo, que esta Convención, es decir, la reunión de los hombres que han tenido tanto la conciencia de esos ideales, tanta seguridad en esas necesidades nacionales, que han sabido defenderlas exponiendo su vida? ¿cómo conservar esos ideales, defenderlos y llevarlos por el camino de la victoria?²³

El reclamo de justicia, que constituye el sentido más profundo del Derecho, requiere de una nueva ley para expresarse normativamente de manera adecuada; así lo expresan varios convencionistas explícita e implícitamente. Un miembro de esa histórica Asamblea, Paulino Martínez, es uno de lo que mejor lo dicen. En la sesión del 27 de octubre, con aclamaciones es recibida la representación del Ejército Libertador del Sur, la delegación enviada por el general Emiliano Zapata; el presidente Villareal les da la bienvenida, y contesta Paulino Martínez, a nombre de la representación zapatista con un precioso discurso con alusiones jurídicas: ley y justicia; necesidades que deben satisfacerse reconociendo derechos agrarias, laborales y educativos. Antes de transcribir algunos párrafos del discurso, merece la pena traer aquí la opinión de Vasconcelos sobre el valiente periodista:

Entre todos los que en la Convención hablaron, nadie representó mejor los intereses de México que Don Paulino Martínez, indio y exobrero y veterano de las luchas contra la opresión capitalista del porfirismo, y además, periodista, no asesino, era el auténtico representante de la mayoría vejada.²⁴

²³ *Documentos Históricos op. cit.*, p. 139.

²⁴ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 190.

Martínez reclama justicia y la opone a la ley injusta:

Solo... la falta de pan y de justicia fueron las causas principales que obligaron al pueblo a levantarse en armas. No todos los que iniciaron este movimiento pudieron comprender ni interpretar debidamente las justas aspiraciones de aquellas multitudes que se rebelaban en nombre de un pueblo oprimido y hambriento... Indios... raza humillada y proscrita del banquete de nuestra mentida civilización, sacudidos sus nervios en vibraciones de rebeldía, por los atropellos brutales sinnúmero, por las injusticias inauditas llevadas a cabo en la persona del indio desvalido, del esclavo de las haciendas, del artesano explotado en las ciudades, de todos los desheredados víctimas de la rapiña del cacique, del militar y del fraile, no podían conformarse con un simulacro de reivindicación que no llenaba las aspiraciones legítimas del pueblo, porque no dejaba satisfecha ninguna de sus necesidades.

Tierra y libertad, tierra y justicia, es lo que sintetiza el Plan de Ayala, para fundamentar la libertad económica del pueblo mexicano, base indiscutible de todas las libertades públicas; no sillones presidenciales para los ambiciosos de mando y de riqueza; no sinecuras para los que empuñaron las armas con deseos de subsistir al verdugo de hoy improvisando nuevos caciques con la punta de sus espadas, que si la revolución no hubiera puesto las armas en sus manos para crearse un seguro político de vida, rehusando volver a las tierras para fertilizarlas o a los talleres para transformar la materia en artículos por medio del trabajo de hombres libres, no asalariados que llevan a la boca el pan empapado con el sudor de una frente altiva; no privilegios para determinado grupo social sin igualdad política ni bienestar colectivo para los habitantes de la República; un hogar para cada familia, una torta de pan para cada desheredado de hoy, una luz para cada cerebro en las escuelas-granjas que establezca la revolución después del triunfo, y tierra para todos, porque la extensión del suelo mexicano puede albergar y sustentar cómodamente noventa o cien millones de habitantes.

Tal es, señores, en concreto, el programa político social de la revolución del Sur, sintetizado en el Plan de Ayala, y que aquellos llamados bandidos zapatistas están resueltos a sostener con la fuerza potente de su brazo y el espíritu inquebrantable de la raza indómita a que pertenecen.

Por lo expuesto, quedaréis perfectamente convencidos, y con vosotros el mundo entero, de que aquel grupo de abnegados luchadores, llamados con toda propiedad "Ejército Libertador", no es una chusma de obcecados que no tienen conciencia de la ley ni una orientación fija a donde encaminar sus pasos; precisamente porque tienen una conciencia plena de lo que debe ser la ley basada en la justicia, única expresión de toda libertad bien entendida, y porque saben que todo gobierno que no está legítimamente representado por la voluntad del pueblo, se convierte en gendarme de la plutocracia, imponiendo su autoridad con miles y miles de bayonetas, como dije, para convertirse en gendarme de la plutocracia y explotar a los de abajo en beneficio de los que están arriba; porque de eso tiene conocimiento plena

la revolución del Sur; porque sabe de dónde emanan la soberanía del pueblo y el gobierno legítimamente constituido.²⁵

Una discusión sobre requisitos formales que tienen que ver con la admisión de la delegación zapatista, con voz y voto, en la Convención, da pauta para una brillante intervención del abogado zapatista Antonio Díaz Soto y Gama, sobre una cuestión jurídica de fondo. El abogado potosino se pronuncia contra el legalismo y el formalismo; una Convención Revolucionaria, no debe actuar privilegiando las formas sobre la sustancia del Derecho que es el bien común, expresa. Dice Vasconcelos de Soto y Gama: "Fue Díaz Soto la figura más brillante de la Convención. Personalidad honesta y culta, maneras corteses, simpatía humana y un talento oratorio notable en cualquier sitio, no había quien lo igualará en la tribuna".²⁶

Aquí venimos con fórmulas y es verdaderamente doloroso ese criterio en momentos, perfectamente anormales, perfectamente revolucionarios. Creo que en la Asamblea habrá una mayoría de personalistas de criterio revolucionario, que es precisamente antilegalista, que es precisamente en contra de las fórmulas, contra los requisitos legales, contra las formas jurídicas. Se está violando la Constitución paso a paso, la gran Constitución de 57 que ustedes han enarbolado en su bandera; la Constitución no rige en ninguno de sus artículos. Esta Convención, que es de militares, está supliendo al Congreso de la Unión: es lo más anormal que se ha visto en el país; y, sin embargo, ustedes que violan la Constitución, que pasan por encima de todas las leyes, acuden a los requisitos, acuden a las condiciones cuando se trata del más grande de los bienes de la patria, que ayer invocaba con grandes voces y con gran escándalo. Nosotros, los revolucionarios del Sur, tenemos otro criterio enteramente distinto: el criterio del señor General Ángeles, el criterio del bien común; hay que discutir las necesidades del momento. Se nos quiere excluir de tener voz y voto cuando se va a discutir nada menos que nuestra bandera: el Plan de Ayala.²⁷

El teniente coronel David Berlanga, representante del gobernador de Aguascalientes Alberto Fuentes Dávila, también uno de los brillantes revolucionarios de a *deverás* de la asamblea convencionista, expresa muy bien la juridicidad, lo que el Derecho es, en una Convención Soberana. En una Junta previa celebrada el 29 de octubre dijo: "por más que nos

²⁵ *Documentos Históricos op. cit.*, pp. 174-177.

²⁶ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 187. Contrasta la opinión de Vasconcelos sobre Paulino Martínez, y Díaz Soto y Gama con la que tiene Martín Luis Guzmán. *Cfr. El Águila y la Serpiente, op. cit.*, pp. 323-325.

²⁷ *Documentos Históricos, op. cit.*, p. 234.

llamemos constitucionalistas, no está vigente la Constitución”,²⁸ la tarde anterior del día 28 de octubre, había dicho:

“...la Revolución está por encima de todos los códigos; es preciso pasar por encima de la ley para poder realizarla”.²⁹

Dicho de otro modo, la Revolución no reconoce otro Derecho, que el *derecho a la Revolución*.

Antonio Salamanca dice que todos los pueblos tienen un derecho inalienable que posibilita todos los demás: “*el derecho humano a la vida y a reproducir sus condiciones de vida*”. Y ese derecho “lleva en sí mismo”, “el derecho que tienen los pueblos a rebelarse” cuando su existencia es puesta en peligro. Es decir, el derecho humano universal a la vida es la cara de una moneda que tiene que ser completada en su contenido con el *derecho humano concreto a la revolución*.³⁰ Los miembros de la Asamblea de la Convención de Aguascalientes, están convencidos de ello.

Soberanía implica poder; poder decir y poder imponer el Derecho. La Convención de Aguascalientes, en cuanto que soberana, ejercita ese poder. El propio Salamanca se empeña en reivindicar la materialidad del ejercicio positivo del poder. Dice que se puede identificar ‘el poder’ con todo ejercicio despótico del mismo, sin embargo “los pueblos no pueden reproducir sus vidas sino se ‘apoderan del poder’ de ‘satisfacer’ sus necesidades vitales. Este último es un ejercicio positivo del mismo como ‘poder obedencial’ de los que mandan obedeciendo a las necesidades del pueblo”.³¹

5. La Convención, Asamblea Preconstituyente

Interpretando el sentir de los convencionistas, David Berlanga había dicho que la Revolución estaba por encima de toda ley, para que la propia Revolución fuera posible; había dicho, también, que la Constitución no estaba vigente.

²⁸ *Ibidem*, p. 341.

²⁹ *Ibidem*, p. 303.

³⁰ SALAMANCA, Antonio, *El Derecho a la Revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2006, p. 8.

³¹ *Idem*, p. 19.

La soberanía da la posibilidad de producir *otro Derecho*, que se manifieste en leyes que limiten el ejercicio del poder para evitar el autoritarismo y de normas que lleven a la justicia social, justicia para los campesinos y los obreros. Es menester producir otra Constitución; otra normatividad fundamental, no a partir de viejas normas, sino a partir del ejercicio soberano. “Una Constitución es legítima —esto es, reconocida, no solo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica— cuando la fuerza y la autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión es reconocida... *Legitimidad de una Constitución no significa que haya sido transmitida según leyes constitucionales antes vigentes*”³² dice Carl Schmitt. Creemos que la legitimidad del Derecho nuevo, ciertamente, no la da el ser producido siguiendo un proceso formal basado en la ley anterior, pero tampoco basta para su legitimidad la fuerza del poder que lo produce y avala. La legitimidad está en la justicia que porta y propone.

Esto significa que la nueva producción jurídica, que parte de la Convención soberana, es legítima por el poder de su soberanía, sin necesidad de ley alguna que la respalde, y por la justicia que propone para los desvalidos, por su propuesta de derechos para los campesinos y para los obreros.

En su *Manifiesto a la Nación*, dado el 6 de noviembre de 1914, la Convención de Aguascalientes, reafirma su soberanía y se declara Asamblea Preconstituyente.

Y esa misma Convención se ha declarado Soberana, para hacer efectivas y obligatorias sus resoluciones para todos los jefes del ejército, evitándose de esta manera la dictadura que podría resultar de permitir a cualquiera de ellos que tratara de imponer aisladamente su voluntad y su opinión al resto de los ciudadanos de la República.

Somos el Poder Supremo nacional, porque hemos sido el Supremo Poder de la Revolución. Nuestro movimiento armado no triunfó de la reacción debido al esfuerzo de uno de sus jefes, sino en virtud del concurso que hemos prestado todos para ello.

Y del mismo modo que obedecemos a una sola idea y estuvimos animados de una sola aspiración de redención y de progreso para lanzarnos contra la dictadura, de esa manera e impulsado por los mismos sentimientos, nos hemos reunido en esta Convención, ya no para derrocar y para destruir, sino para organizar y construir al nuevo Gobierno Republicano, en el cual se han de sintetizar todos nuestros ideales y todas nuestras tendencias.

³² SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Nacional, México, 1970, p. 101.

Esta Convención es Soberana porque en ella están sintetizados la fuerza y el pensamiento de la Revolución...

La República entera ha cifrado todas sus esperanzas de mejoramiento social y político en esta Convención, y para satisfacer sus anhelos debemos hacer respetar nuestras resoluciones, no precisamente porque contamos con la fuerza de las armas para ello, sino porque nos apoya la inquebrantable fuerza de la opinión pública.

Se ha pretendido relegarnos a un papel secundario con el pretexto de que somos o debemos ser la representación genuina de un hombre; siendo así que constituimos la base democrática del futuro gobierno, en nuestro carácter de Asamblea Preconstituyente...

Mexicanos: La primera Asamblea Preconstituyente emanada del movimiento revolucionario que derrocó a las dictaduras que acaban de pasar, os demanda vuestra colaboración unánime en la cual están vinculados los destinos nacionales, y debéis estar ciertos de que al proceder así, habéis merecido el bien de la Patria.³³

6. Algunos frutos de la Convención

Los esfuerzos por unificar a los revolucionarios y emprender las reformas sociales, objetivos de la Convención Revolucionaria de Aguascalientes, por lo pronto, quedaron frustrados. Las traiciones a la Convención no se hicieron esperar. La lucha, pues, no había terminado. Las facciones seguirían en pugna sangrienta. Carranza, que no había reconocido los acuerdos de la Convención, representaba el grupo más fuerte y, al final de cuentas, fue el que se impuso. Aquellos que siguieron sosteniendo los ideales y objetivos de la Convención, por más que estuvieran legitimados en justicia, pasaron a convertirse en un grupo revolucionario más entre aquellos que estaban en pugna.

En su propósito de crear otro Derecho, es decir de producir otras normas que reconocieran derechos sociales y llevaran a conseguir la anhelada justicia en México, el grupo convencionista con su gobierno nacido en Aguascalientes, y animando por su espíritu original, dio una *Ley Agraria* y un *Programa de Reformas Político-Sociales*.

6.1 Sobre la Ley Agraria

La *Ley Agraria* de la Soberana Convención Revolucionaria, fue dada en Cuernavaca el 26 de octubre de 1915, por el Consejo Ejecutivo "autoridad suprema de

³³ Fragmento del "Manifiesto a la Nación de la Convención de Aguascalientes", en *Documentos Históricos*, op. cit., pp. 468-470.

la Revolución, por no estar en funciones actualmente la Soberana Convención Revolucionaria". La ley se dicta conforme al Plan de Ayala, y

CONSIDERANDO: que habiendo el pueblo manifestado de diversas maneras su voluntad de destruir de raíz y para siempre el injusto monopolio de la tierra para realizar un estado social que garantice plenamente el derecho natural que todo hombre tiene sobre extensión de tierra necesaria a su propia subsistencia y a la de su familia, es un deber de las Autoridades Revolucionarias acatar esa voluntad popular, expidiendo todas aquellas leyes que, como la presente satisfagan plenamente esas legítimas aspiraciones del pueblo.³⁴

El artículo 1º, siguiendo lo mandado en el Plan de Ayala, establece que se restituyen a las comunidades e individuos, los terrenos, montes y aguas de que fueron despojados, bastando para que entren inmediatamente en posesión de sus propiedades que posean títulos anteriores a 1856. En el art. 3º, se reconoce el derecho tradicional o histórico que tienen los pueblos, rancherías y comunidades a poseer y administrar sus terrenos de común repartimiento y ejidos, en la forma que juzguen conveniente. El art. 4º reconoce el derecho de todo mexicano para poseer y cultivar una extensión de terreno, "cuyos productos le permitan cubrir sus necesidades y las de su familia"; por lo que, para hacerlo posible, se crea la "pequeña propiedad", y se establece que serán expropiadas todas las tierras del país, exceptuándose los terrenos pertenecientes a pueblos, rancherías y comunidades y aquellos predios que no excedan del máximo que la propia ley fija, estableciendo un cuadro de equivalencias que implican extensión, si son de riego o de temporal y otras cualidades (art. 5º). Las tierras expropiadas, si no pertenecen a "enemigos de Revolución", serán mediante indemnización (art. 7º). En cambio, se declaran "propiedad nacional" los predios rústicos de "los enemigos de la Revolución"; se considera a tales a los pertenecientes al llamado "Partido Científico", es decir políticos y financieros en torno al gobierno de Porfirio Díaz; colaboradores de éstos y de Victoriano Huerta y su gobierno; los cómplices del cuartelazo de la Ciudadela; los altos miembros del clero que ayudaron al sostenimiento del gobierno de Huerta; y a los que se hicieron de propiedades "por medios fraudulentos e inmorales abusando de su posición oficial" (art. 6º).

³⁴ "Ley Agraria de la Soberana Convención Revolucionaria", Documento Anexo en Arnaldo Córdova, *La Ideología de la Revolución Mexicana. Formación del nuevo régimen*, Ed. ERA e Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973, p. 471.

Es necesario recordar que, Venustiano Carranza, en su calidad de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo y “Jefe de la Revolución”, había dado meses antes, el 6 de enero de 1915, una importante Ley Agraria: “Que declara nulas todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, otorgadas en contravención a lo dispuesto en la Ley del 25 de junio de 1856.”³⁵ Esta ley ordena, también, restitución y dotación de tierras. Su autor fue el jurista Luis Cabrera.

6.2 El Programa de Reformas Político-Sociales

En Jojutla, Estado de Morelos, el 18 de abril de 1916, la “Soberana Convención Revolucionaria”, como fruto de sus labores, presenta al País un Programa de Reformas Político-Sociales. No es una ley; no se trata de normas, sino de bases políticas y sociales para producir Derecho. Sin embargo, las propuestas de reformas se redactan como artículos de ley.

Se inicia el programa con una especie de introducción, que lo llaman “Manifiesto a la Nación”. En el mismo se expresa el pensamiento más radical de la llamada Revolución Mexicana, y se manifiestan los propósitos de reconocimiento y defensa de derechos de los más desvalidos, de los pobres y oprimidos, de los humillados y ofendidos.

Considera como principio más alto y hermoso, “la devolución de tierras a los despojados y el reparto de las haciendas y de los ejidos entre los que quieran hacerlos producir con el esfuerzo de su brazos”; “redimir a la olvidada raza indígena, creándole aspiraciones, haciéndole sentir que es dueña de la tierra que pisa”; al trabajador, “al obrero, hombre humilde”, la Revolución otorgará derechos porque luchan en “condiciones de notoria desigualdad”, requieren de protección especial, la que “necesitan y merecen los débiles”, serán “los derechos de la clase trabajadora”.

El programa se inicia con la “Cuestión Agraria”, la que trata conforme los principios del Plan de Ayala y de la propia Ley Agraria que había dado la Convención y a la que ya hicimos referencia.

Después del Programa convencionista trata la “Cuestión obrera”, de esta forma:

³⁵ En Córdova, *op. cit.*, pp. 453-457.

Artículo 6. Precaver de la miseria y del futuro agotamiento a los trabajadores, por medio de oportunas reformas sociales y económicas, como son: una educación moralizadora, leyes sobre accidentes del trabajo y pensiones de retiro, reglamentación de las horas de labor, disposiciones que garanticen la higiene y seguridad en los talleres, fábricas y minas, y en general, por medio de una legislación que haga menos cruel la explotación del proletariado

Artículo 7. Reconocer personalidad jurídica a las uniones y sociedades de obreros para que los empresarios, capitalistas y patrones tengan que tratar con fuertes y bien organizadas uniones de trabajadores, y no con el operario aislado e indefenso.

Artículo 8. Dar garantías a los trabajadores, reconociéndoles el derecho de huelga y de boicotaje.

Artículo 9. Suprimir las tiendas de raya, el sistema de vales para el pago del jornal, en todas las negociaciones de la República.³⁶

Las propuestas de “Reformas sociales” son expresiones de derechos de las mujeres y los niños, muy avanzados para su época:

Artículo 10. Proteger a los hijos naturales y a las mujeres que sean víctimas de la seducción masculina, por medio de leyes que les reconozcan amplios derechos y sancionen la investigación de la paternidad.

Artículo 11. Favorecer la emancipación de la mujer por medio de una juiciosa ley sobre el divorcio, que cimente la unión conyugal sobre la mutua estimación o el amor, y no sobre las mezquindades del prejuicio social.³⁷

Las “Reformas administrativas” propuestas son varias y tocan diversos rubros. Un buen número tienen que ver con reforzar y hacer efectivo el derecho a la educación y la instrucción, implicando obligaciones del gobierno del Estado en sus ámbitos federal, estatal y municipal.

Transcribo los artículos referentes a las reformas políticas propuestas por la Convención, porque todas me parecen dignas de especial atención. Muy importante lo relativo al fortalecimiento de la autonomía —“independencia”, le llama— municipal, con la consecuente supresión de los Jefes Políticos; y sorprendente que proponga el régimen parlamentario como forma de gobierno.

Artículo 32. Realizar la independencia de los municipios, procurando a éstos una amplia libertad de acción que les permita atender eficazmente a los intereses comunales y los preserve de los ataques y sujeciones de los gobiernos federal y locales.

Artículo 33. Adoptar el parlamentarismo como forma de gobierno en la República.

Artículo 34. Suprimir la vicepresidencia de la República y las Jefaturas Políticas.

³⁶ “Programa de Reformas Político-Sociales de la Convención”, en Córdova, *op. cit.*, pp. 481-482.

³⁷ *Ibidem*, p. 482.

Artículo 35. Suprimir el Senado, institución aristocrática y conservadora por excelencia.

Artículo 36. Reorganizar sobre nuevas bases el Poder Judicial para obtener la independencia, aptitud y responsabilidad de sus funcionarios y hacer efectivas también las responsabilidades en que incurran los demás funcionarios públicos que falten al cumplimiento de sus deberes.

Artículo 37. Implantar el sistema del voto directo tanto en las elecciones federales como en las locales, y reformar las leyes electorales de la Federación y de los Estados, a fin de evitar que se falsifique el voto de los ciudadanos que no saben leer ni escribir.

Artículo 38. Castigar a los enemigos de la causa revolucionaria, por medio de la confiscación de sus bienes y con arreglo a procedimientos justicieros.³⁸

7. Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos y la Convención

Sostenemos que la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos (TIDH), tiene como elemento esencial, que la hace original, el hecho de que, su teoría y su *praxis*, parten desde el pobre, desde aquel empobrecido en sus derechos, que lo constituye en reclamante, aquí y ahora, de justicia. Esta TIDH nace en Indias, en Nuestra América, con la defensa que los derechos de los pueblos originarios hacen un Antonio de Montesinos, un Bartolomé de las Casas, un Alonso de la Veracruz, un Vasco de Quiroga entre otros varios. La TIDH concibe los derechos humanos como personales y comunitarios; como individuales y sociales.³⁹

Según hemos visto, los discursos de los convencionistas, representantes de la Revolución, reclaman derechos y justicia; cuando tocan la cuestión jurídica, cuando aluden al Derecho, de manera explícita en algunas ocasiones, e implícita en muchas otras, se refieren a los Derechos Humanos. Y la tradición de derechos humanos que está detrás de los argumentos de los convencionistas, es la Iberoamericana. Aunque de ninguna manera se menciona como tal, el modo en que entienden los derechos los revolucionarios presentes en la Asamblea de Aguascalientes, es desde los que padecen la injusticia, desde aquellos que carecen de derechos. Y esos derechos son los que nacen teniendo como objetivo la satisfacción de las necesidades concretas para lograr condiciones materiales de vida digna

³⁸ *Ibidem.* p. 484.

³⁹ *Cfr.* DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, Jesús Antonio, *Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, Ed. Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2014.

para todos; esos derechos no sólo son individuales, sino muchos de esos derechos son comunitarios, sociales y colectivos.

La TIDH no ha sido la hegemónica; es más, como tal ha permanecido oculta. El pensamiento dominante en relación a derechos humanos ha sido, desde que se inventó, el de la Ilustración, en sus versiones inglesa, francesa y norteamericana; esta tradición ilustrada de derechos humanos, es de corte eminentemente individualista.

En la Convención Revolucionaria de Aguascalientes, es claro que por derechos se entienden, prioritariamente, aquellos de los que carecen las mayorías y que implican la satisfacción de sus necesidades materiales para bien vivir: un pedazo de tierra del cual obtener el sustento; un trabajo digno, seguro y bien remunerado; instrucción y educación para todos; posibilidad de organización obrera para su fortalecimiento como clase, y poder exigir y negociar mejores condiciones de trabajo; organización interna, de acuerdo a sus normas, de pueblos, comunidades y rancherías. Derechos sociales, pues.

Hemos visto que el abogado zapatista, Antonio Díaz Soto y Gama es uno de los más combativos en la Convención; un reivindicante de los derechos, individuales y sociales, de los pobres. El abogado potosino es un teórico y práctico de la TIDH. Es claro que no la menciona así —la locución es reciente⁴⁰—; pero los planteamientos teóricos de Díaz Soto y Gama, en la Convención, además en toda su obra escrita, y en sus acciones como abogado defensor de derechos y reclamante de justicia, lo ubican en esta tradición de derechos humanos defensora de las causas de la vida digna del pueblo. Su *Historia del Agrarismo en México*, el escrito más importante de Díaz Soto, es un texto que podemos considerar expresión de la TIDH, por los temas tratados y el modo de abordarlos. Incluso dedicó páginas a los iniciadores de esta visión de derechos humanos, ya que se ocupó de las denuncias de injusticias que hace Vasco de Quiroga y se refiere a la obra constructiva y de denuncia de injusticias de los misioneros en Nueva España, especialmente de Bartolomé de Las Casas; fieles, todos ellos, a las

⁴⁰ *Cfr.* DE LA TORRE RANGEL, *op. cit.*, Presentación, p. VII-X; y ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Los inicios de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat (CENEJUS), San Luis Potosí-Aguascalientes, 2011.

enseñanzas de Cristo, fueron defensores de “los derechos y de la libertad de los indios”,⁴¹ dice el abogado zapatista.

REFLEXIONES FINALES

En la Convención de Aguascalientes, como Asamblea Preconstituyente, se establecieron varios presupuestos de la Constitución Mexicana de 1917, la primera *Carta Magna* que reconoce derechos sociales, derechos de obreros y campesinos; y pionera del nuevo constitucionalismo latinoamericano; Constitución ubicada no en la tradición hegemónica de derechos humanos, sino en aquella que hunde sus raíces en los derechos de los pobres.

Sin embargo, el Estado Social de Derecho, que tuvo como antecedente a la Convención Revolucionaria y como base al texto original de la Constitución de 1917, ha sido desmantelado por el neoliberalismo jurídico actual.

Cuando en la Convención reunida en Aguascalientes, en la Junta Previa del 29 de octubre, se discutió la aceptación del Plan de San Luis, en relación con el Plan de Ayala, en lo relativo a si el gobierno revolucionario debía respetar los contratos celebrados por el gobierno de Porfirio Díaz con inversionistas extranjeros, el coronel Guillermo Castillo Tapia se refiere a “esos grandes contratos mineros y financieros y agrarios que tanto han perjudicado... al indio...”⁴² Esa misma voz de lamento y reclamo de justicia es actual hoy, cien años después, en relación a los territorios de pueblos y comunidades indígenas, por las concesiones mineras y los megaproyectos hidroeléctricos que los despojan. La exigencia de derechos de pueblos y comunidades es tan actual hoy, como lo fue hace cien años, en que se hizo una Revolución.

⁴¹ Cfr. DÍAZ SOTO Y GAMA, Antonio, *Historia del agrarismo en México*, Rescate, Prólogo y Estudio Biográfico por Pedro Castro, Ed. Era, Conaculta y Universidad Metropolitana Iztapalapa, México, 2002, pp. 90-116.

⁴² *Documentos Históricos op. cit.*, p. 348.

AUTO-GOBIERNO Y CONSTITUCIÓN: LA EXPERIENCIA DEL AUTOGOBIERNO INDÍGENA EN CHERÁN Y EL AUTO GOBIERNO EN EL DERECHO COMPARADO

"Fer mans i mànigues"

Mtro. Gonzalo FARRERA BRAVO¹
Melissa BENÍTEZ BENÍTEZ²

SUMARIO: I. *Debate Conceptual*, II. *Implicaciones de Convenio 169 de la OIT en América Latina*, III. *Alcances de la Sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial*, IV. *Implicaciones del Autogobierno Indígena en Sistema Político Mexicano*, V. *Vacios y Defectos en la Materialización de los Derechos Humanos de los Indígenas en Materia de Autogobierno*, VI. *El Futuro del Autogobierno*, VII. *Ejemplos de Autogobierno en el Derecho Comparado: Québec y Cataluña* VIII. *A manera de conclusión.*

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad analizar el contexto político y jurídico del fenómeno del autogobierno, en un primer momento en el Estado de Michoacán, sus implicaciones jurídicas y políticas, el futuro de esta forma de organización política, los alcances del convenio 169 de la OIT y por último como se desarrolla en otras latitudes del mundo, la figura del autogobierno y el reconocimiento de derechos culturales y de asentamiento

Palabras clave: Autogobierno, derecho indígena, derechos humanos, derechos culturales, Constitución, Convenio 169 de la OIT.

Abstract: This paper try to analyze the political and legal context of the phenomenon of self-government, at first in the State of Michoacán, its legal and political implications, the future of this form of political organization, the scope of the

¹ *Catedrático e Investigador Honorario de la Escuela Libre de Derecho. Miembro de IPSA, APSA y ALACIP.*

² *Estudiante de la Licenciatura en Ciencia Política de la UAM Iztapalapa. Ayudante de Investigador del IJ UNAM y de la UAM Iztapalapa.*

Convention 169 of the OIT and finally as developed in other parts of the world, the figure of the self-governance and recognition of cultural rights and settlement

Keywords: Self-government, Indigenous rights, Human rights, Cultural rights, Constitution, Convention 169 OIT.

I. DEBATE CONCEPTUAL

Cuando se habla de autogobierno en la calle o en los medios de comunicación, se suele hacer referencia a reivindicaciones nacionalistas, cuando este término poco tiene que ver con dicha corriente política. Quería hacer una aclaración al respecto.

El nacionalismo es una doctrina política basada en un sentimiento personal de pertenencia a un territorio, muchos son los argumentos esgrimidos para dividir el mundo en naciones: raza, lengua, costumbres y otros factores históricos que inducen a sus creyentes a pensar que son diferentes de sus vecinos, y por tanto deben gobernarse a sí mismos. De ahí que los nacionalistas, especialmente los que buscan la secesión de su territorio actualmente contenido en una nación más grande usen el término autogobierno para defender sus reivindicaciones.

Para entender lo que significa autogobierno, debemos comprender primero qué es el gobierno. Éste consiste esencialmente en el ejercicio del poder, la elección de las leyes y su puesta en práctica. Reúne los tres poderes y es el resumen de la vida pública o política. Tradicionalmente este ejercicio ha estado en manos de élites más o menos exclusivas y numerosas: monarcas, aristócratas y políticos que se han dedicado con mayor o menor acierto a gobernar a los demás en un dudoso afán altruista. Todas estas formas de gobierno en las que una minoría decide sobre la totalidad de la sociedad son ex gobiernos, donde otras personas —supuestamente mejor calificadas que nosotros para su tarea— deciden qué es bueno o malo para nosotros y condicionan nuestras vidas de forma determinante.

El autogobierno es la negación absoluta de este sistema tradicional en el que vivimos inmersos. Consiste en el ejercicio del gobierno de forma individual en todos sus aspectos, tanto en la vida pública como en la privada; elegir libremente y de forma consciente las normas que pensamos que son correctas y justas y después aplicarlas a nuestra actividad diaria. Implica cuestionarse cualquier imposición externa, diseccionarla y tal vez encontrarle un sentido para interiorizarla, o bien descubrir la falacia o la

injusticia encubiertas en ella y descartarla por no estar a la altura de nuestras expectativas.

Es difícil gobernarse a uno mismo cuando el estado, en su afán regulatorio y paternalista, vulnera una y otra vez los derechos más fundamentales del individuo en aras del bien común, el interés general o la salud pública. No nos queda más remedio que acatar sus normas para disfrutar de los privilegios de pertenecer a un estado moderno; tenemos pocas opciones para vivir de acuerdo con nuestros principios: vulnerar la ley cuando ésta contradice nuestro fuero interno y acatar las consecuencias, o exiliarse de la sociedad y vivir al margen del mundo “civilizado”.

Por supuesto ninguna de estas opciones es satisfactoria. Serían necesarios importantes cambios en el sistema político y económico para que lleguemos realmente a gobernarnos a nosotros mismos, siendo completamente libres de elegir nuestro camino en la vida. No confundir esta idea con que “todo el mundo haga lo que le de la gana”. Nada más lejos de la realidad, ya que la pretensión del autogobierno no es la atomización de la sociedad en individuos aislados y egoístas, sino la refundación del orden social de modo que todas las relaciones —públicas y privadas— sean entre iguales, una suerte de asociación voluntaria donde las normas y reglas de convivencia sean de común acuerdo, y no una imposición cuyo único fin sea la perpetuación de un orden obsoleto.

En las últimas tres décadas el tema de la autonomía indígena adquirió singular importancia, tanto en los discursos y propuestas del movimiento indígena, como en los debates sobre la reconfiguración del Estado, en América Latina. La imagen de la autonomía como una moda o coyuntura, o propuesta aislada se ha modificado, ante su creciente expansión en el continente, tanto desde la perspectiva programática de las organizaciones indígenas, como de su incorporación para modificar la naturaleza de los estados, como ocurre en Bolivia y Ecuador.

La diseminación del concepto de autonomía ha dado lugar a la polisemia del concepto; de tal forma que para definir a “la autonomía”, es mejor pensar en “las autonomías”, como una imagen multicolor, con variables contenidos y significados culturalmente construidos. Los procesos que se documentan en los capítulos que integran este libro, son un buen ejemplo

de las diversas formas cómo “la autonomía” es asumida tanto como discurso, como práctica, así como en su reconocimiento legal.³

De acuerdo con nuestra norma fundamental, la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Nuestro país tiene cuando menos 62 grupos indígenas con sus propias lenguas, valores y tradiciones. Así mismo, con sus propios sistemas políticos, económicos, sociales y normativos a partir de los cuales organizan los diferentes aspectos de su vida.

La población indígena de nuestro país representa aproximadamente el 10% del total de la población mexicana (lo que equivale a un número aproximado de 12 millones de habitantes) contribuyendo a la riqueza nacional con alrededor de 60 lenguas distribuidas a lo largo del territorio nacional.

A lo largo del devenir histórico de nuestro país, los pueblos indígenas se han encontrado permanentemente relegados en todos los aspectos de la vida, los económicos, los políticos, los sociales, etcétera. Así mismo, han sido objeto de diversas políticas que con el transcurso del tiempo afortunadamente han ido mejorando hasta llegar a una política interculturalista que es la que se pretende hacer efectiva en la realidad.

En una primera etapa, a los pueblos indígenas les fue aplicada una política asimilacionista durante las luchas por la independencia (y en los primeros años del México independiente) en donde al indígena se le tenía que asimilar, para acrecentar la cantidad de población en nuestro país con la cual se pudiera hacer frente a las potencias imperialistas que buscaban recuperar las colonias perdidas.

Posteriormente las políticas estatales estarían directamente encaminadas a integrar al indígena a la nación recién formada, esto es, una política integracionista bajo la idea de “un solo Estado, una sola nación” que redundó en la aplicación de medidas encaminadas a homogeneizar la lengua, la cultura, las tradiciones, la religión, etcétera, con el único objetivo de imponer un solo parámetro de interpretación de la realidad: la visión occidental. A esto es lo que diversos teóricos del multiculturalismo han denominado nacionalismo de Estado, consistente en las políticas adoptadas por los Estados para lograr una “construcción nacional” con miras a transmitir a sus ciudadanos.

Durante mucho tiempo, estas ideas se mantuvieron vigentes en nuestro país (casi en la totalidad de los Estados existentes) bajo ideas como la del derecho de conquista y guerra. En México, en atención a los ordenamientos jurídicos constitucionales, sólo el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, establecieron un reconocimiento a los indígenas, a través del sujeto “tribus de indios”. Los artículos 13 fracción X y 50 fracción XI respectivamente, de los ordenamientos mencionados, confirieron facultades al Congreso General para arreglar el comercio entre la propia federación y entre los diferentes Estados federados y las tribus de indios. Estos ordenamientos constitucionales reconocían la existencia de las personas jurídicas “tribus de indios” en una situación semejante a la de los Estados, es decir, como preexistentes al establecimiento de la Federación Mexicana.

En las normas fundamentales emitidas con posterioridad a esos años, no se volvió a hacer mención a los indígenas, sus tradiciones, órdenes jurídicos o cualquier otro elemento que pudiera considerarse propio de estos sujetos.

A lo largo del siglo XX, y fundamentalmente en razón de la tesis que sostiene la existencia de una nacionalidad mexicana única a partir de una lengua, una historia, un territorio y una cultura comunes, la relación con los indígenas se ha desarrollado a partir de políticas gubernamentales específicas, primordialmente de carácter federal.

A principios del siglo XX, con motivo de la Revolución Mexicana, la situación parecía mejorar para los pueblos indígenas al incluirse sus clamores junto con los de los obreros y campesinos. Sin embargo, a pesar de ello, los clamores pasaron a confundirse con la de los diferentes sectores lo que impidió que se particularizaran y se presentaran como una demanda indígena propia.

Solamente a partir de la segunda mitad del siglo XX comenzarían a darse cambios ideológicos bajo lo que se conoce como multiculturalismo, esto es, el reconocimiento y respeto hacia las diversas formas culturales que puedan existir. No obstante los avances ideológicos que sobre el particular se darían, en el campo del derecho positivo aún tomaría algunos años el reconocimiento expreso de los derechos indígenas en algún texto jurídico.

En nuestro país, ningún cambio significativo se dio hasta el año de 1992, cuando el Constituyente Permanente (en el contexto de la protesta

³ Cfr. GONZÁLEZ, Miguel, BURGUETE CAL Y MAYOR, Afaceli, ORTIZ, Pablo, *La autonomía a debate Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina.*, Flacso Ecuador, 2011.

de 500 años de resistencia de los pueblos indígenas de América Latina), introdujo la noción de pueblos indígenas en su artículo 4º Constitucional para reconocer a nuestro país como una nación pluricultural:

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

Dos años después, nuestro país habría de experimentar uno de sus momentos más críticos posteriores a la Revolución: el levantamiento en armas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) bajo la bandera de justicia y libertad para los pueblos, comunidades y ciudadanos indígenas.

Después de complicados diálogos entre el EZLN y el gobierno federal fue posible llegar a un acuerdo preliminar en los llamados “Acuerdos de San Andrés Larráinzar” y cuyo contenido habría de reflejarse en la iniciativa de Ley de Derechos y Cultura Indígenas, presentada en 1996 por la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA).⁴

Ante la negativa del gobierno federal, los acuerdos no llegaron a materializarse en el texto constitucional, no obstante, sirvieron de parámetro para la reforma Constitucional llevada a cabo en el año 2001. En efecto, en diciembre de 2000 el entonces Presidente de la República Vicente Fox Quezada, presentó una iniciativa ante el Senado de la República que después de un debate intenso al interior del Congreso de la Unión, dio lugar a la reforma en materia indígena publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001.

Con la reforma de 2001 se intentó dar respuesta al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que contribuyeran a superar las desigualdades históricamente existentes. De este modo, en el artículo 2º Constitucional quedaron reconocidos diversos derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, el alcance de los mismos ha resultado limitado y no responde a cabalidad con las obligaciones asumidas por el Estado a nivel internacional.

⁴ ETXEBERRIA, Xabier (et), *Pueblos Indígenas, Estados y Derechos Humanos*, UIA-Deusto Universidad, México, 2012.

Si bien es cierto que la reforma llevada a cabo en el año 2001 constituye un cambio de la más trascendental importancia en cuanto a la relación entre los indígenas y el Estado, la misma ha resultado ser insuficiente y no puede considerarse como un camino agotado sino por el contrario, como un camino en constante perfeccionamiento.

Uno de los temas pendientes en la reforma de 2001 fue el relativo a los derechos de representación política de los pueblos indígenas. Sobre el particular, se han presentado diversas iniciativas tanto en la presente legislatura como en anteriores. Algunos de los temas coincidentes en las diversas iniciativas son: la necesidad de contar con legisladores indígenas, el establecimiento de cuotas o porcentajes destinados a indígenas al interior de la Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, la obligación de los partidos políticos para postular candidatos indígenas en determinadas regiones del país, el establecimiento de una circunscripción electoral indígena,⁵ etcétera.

Como comenta Will Kymlicka, respecto de la complejidad de la presente materia:

...minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales. Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichas cuestiones constituye el principal desafío al que se enfrentan las democracias en la actualidad.

Todo sistema normativo tiene su origen en la realidad y se da para la realidad. Cuando un sistema normativo desconoce la realidad, sólo existen normas imperativas, que aun cuando tengan el carácter de Derecho Positivo, provocan un desfaseamiento con la sociedad y sus necesidades causando grandes injusticias.⁶

Por citar tan sólo algunos ejemplos, pensemos en el derecho a la consulta previa o al consentimiento previo, libre e informado, los cuales son derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente en instrumentos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los

⁵ BARONNET, Bruno, Stahler Shok Richard, *Luchas “muy otras”: zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, UAM Xochimilco-CIESAS, 2011.

⁶ KYMLICKA, Will, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, Citizenship*, Oxford University Press, 2001.

Pueblos Indígenas de 2007, en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de diversos países latinoamericanos (principalmente de la Corte Constitucional Colombiana). El Municipio de Cherán es uno de los 113 municipios en que se encuentra dividido el estado mexicano de Michoacán de Ocampo, es considerado uno de los principales municipios habitados por comunidades purépechas y su cabecera es el pueblo de Cherán.

El municipio de Cherán se encuentra localizado en el centro del estado de Michoacán, en la región denominada como la Meseta Purépecha y se considera como uno de los principales zonas habitadas por el pueblo purépecha; tiene una extensión territorial de 221.88 kilómetros cuadrados, sus coordenadas extremas son 19° 38'-19° 51' de latitud norte y 101° 52'-102° 08' de longitud oeste y su altitud fluctúa entre un máximo de 3,299 y un mínimo de 2,200 metros sobre el nivel del mar.

Limita al noreste con el municipio de Zacapu, al sureste con el municipio de Nahuatzen, al sur y suroeste con el municipio de Paracho y al noroeste con el municipio de Chilchota.

De acuerdo a los resultados del Censo de Población y Vivienda realizado en 2010 por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía la población total del municipio de Cherán es de 18,141 habitantes, de los cuales 8,701 son hombres y 9,440 son mujeres.

El municipio de Cherán se integra por 15 localidades, las principales de las cuales y su población son las siguientes:

El gobierno le corresponde, como en todos los municipios de México, al Ayuntamiento que es electo mediante voto universal, directo y secreto para un periodo de tres años no reelegibles para el periodo inmediato pero si de forma no continua y está conformado por el Presidente municipal, un síndico y el cabildo integrado por siete regidores, cuatro electos por mayoría y tres por el principio de representación proporcional; todos entran a ejercer su cargo el día 1° de enero del año siguiente a su elección.

El gobierno interior de los municipios corresponde a los jefes de tenencia y a los encargados del orden que son electos por plebiscito para un periodo de tres años, en Cherán existen una jefatura de tenencia.

Para la elección de diputados al Congreso de Michoacán y a la Cámara de Diputados, el municipio de Cherán se encuentra integrado en los siguientes distritos electorales:

- **Ámbito Local:** VII Distrito Electoral Local de Michoacán con cabecera en la ciudad de Zacapu.
- **Ámbito Federal:** VII Distrito Electoral Federal de Michoacán con cabecera en la ciudad de Zacapu.

Cherán, significa "lugar de tepalcates". Algunos estudiosos dan el significado de "asustar" que proviene de "cherani".

Es una población que existió antes que se formara el imperio tarasco y fue de los primeros lugares conquistados por Hiquíngare y Tanganxoan, en su primera expedición de conquista, a la que fueron enviados por su padre y tío. Tariácuri, quien tenía afán de extender su dominio y conformar su imperio.

Durante la conquista española, a Michoacán comenzaron a llegar los misioneros franciscanos, que formaron grandes haciendas productivas, tomando la mano de obra indígena para el trabajo. En 1533 a la llegada de los españoles se le rebautiza con el nombre de San Francisco Cherán, otorgándole el título real por Carlos V. Es probable que los primeros en llegar a Cherán hayan sido los frailes Martín de Jesús y Juan de San Miguel, porque fueron los primeros evangelizadores de esa región; pero hay noticias de Fray Jacobo Daciano, que permaneció en ese lugar durante algún tiempo y seguramente, fue quien construyó una iglesia en el mismo lugar donde se encuentra la actual.

En 1822, mantenía la advocación de San Francisco, contaba con 2,344 almas, cuyas actividades se concentraban en trabajos de la tierra y cultivaban maíz principalmente. En la población se fabricaban zapatos.

En la segunda Ley territorial del 10 de diciembre de 1831, aparece como tenencia del municipio de Nahuatzen. Treinta años más tarde, es constituido en municipio, por ley territorial del 20 de noviembre de 1861.⁷

II. IMPLICACIONES DE CONVENIO 169 DE LA OIT EN AMÉRICA LATINA

Para nuestra región el Convenio 169 de la OIT, ha provocado un total de 14 ratificaciones, esto consecuencia de que muchos de los países son

⁷ Cfr. CHERÁN, en *Enciclopedia de los municipios y delegaciones en México*, INAFED, 2013. Consulta en <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/>

multilingües y multiculturales, y en algunos casos la base de su población la constituyen los indígenas o un porcentaje alto de la misma. Esto ha tenido como consecuencia un importante número de reformas constitucionales que incorporan el reconocimiento cultural y de los derechos de las poblaciones indígenas. Si bien los diversos factores varían de país en país, y no son suficientes para explicar completamente el alcance de la influencia del Convenio 169 de la OIT, esta influencia no se ha limitado en ser un modelo de legislación, para que los poderes locales la puedan emular. Este Convenio ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores, tanto órganos públicos como organismos de la sociedad civil, que han actuado en defensa de los derechos de estas comunidades. Este Convenio ha sido aplicado tanto por Tribunales locales así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión respectivamente.

Otra cuestión que se destaca es la modalidad de la incorporación del tratado al derecho interno con su respectiva jerarquía normativa, y en su caso de incorporación directa de derechos internacional. La tradición dominante en el continente es la monista, es decir la incorporación de un tratado internacional al derecho interno, una vez que ha sido debidamente ratificado.

Otro importante fenómeno fue la relación estrecha entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha visto apuntalada a raíz del trabajo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la gran mayoría de los países de la región se ha ratificado la Convención Americana de los Derechos Humanos y se ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La temática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha llegado bastante tarde a países como el nuestro, en donde la fuerte tradición positivista y el régimen monopartidista se convirtieron en claves para entender el por qué fue México uno de los últimos países en adecuarse a esta manera de entender a los derechos humanos como límites al poder estatal.

Consecuencia de esta revolución intelectual y gubernamental, el número de casos que la Comisión y que la Corte conoce respectivamente aumento exponencialmente, además otra importante consecuencia es que los países que suscribieron la Convención deberán adecuar sus sistemas

jurídicos a las nuevas pautas legales y a los criterios interpretativos que la Corte vaya desarrolladas.⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó el caso ante la CoIDH por la detención ilegal de estas personas, así como por sus condenas a 3 y 40 años de prisión “como consecuencia de dos juicios penales en los que no se observaron las garantías del debido proceso (...) por la utilización de sus confesiones obtenidas bajo tortura y por la falta de investigación y sanción de los hechos denunciados”.

Después de que el caso fue remitido a la Corte Interamericana, el gobierno mexicano presentó información según la cual el 11 de abril de 2013 fue revocada la sentencia condenatoria en perjuicio de las víctimas, y el 18 de abril siguiente se decretó su liberación y se ordenó la cancelación de sus registros penales.

Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. Estados Unidos Mexicanos

Fecha de remisión a la Corte: 2 de agosto de 2009

Sentencia: Octubre de 2010.

La CoIDH condenó al Estado mexicano por la violación y tortura cometidas en 2002 por elementos del Ejército contra las indígenas me'phaa Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega, en un contexto marcado por la pobreza, la discriminación y lo que determinó “violencia institucional castrense”.

La sentencia establece la reparación integral de los daños, así como garantizar la seguridad futura de Inés y Valentina, y castigar a los responsables en la justicia civil.

Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores Vs. Estados Unidos Mexicanos

Fecha de remisión a la Corte: 24 de junio de 2009

Sentencia: Diciembre de 2010.

Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel denunciaron que fueron torturados por parte de miembros del Ejército durante su detención, en 1999, por formar la organización de Campesinos Ecológicos de la Sierra de Petatlán y Coyuya de Catalán, para combatir la tala ilegal en la sierra de Guerrero. En 2001, el ex presidente Vicente Fox ordenó su liberación, pero no reconoció su inocencia.

La CoIDH responsabilizó al Estado mexicano de los tratos inhumanos de que fueron víctimas los llamados “campesinos ecologistas”, reconoció la violación de sus derechos a la libertad, integridad, y a las garantías y protección judiciales, y fijo el pago de 20 mil dólares a cada uno como compensación por el daño inmaterial.

Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos

Fecha de remisión a la Corte: 15 de marzo de 2008

⁸ GRIFFIN, Jams, *On Human Rights*, OUP, 2008.

Sentencia: Noviembre de 2009.

La CoIDH responsabilizó al Ejército mexicano de la desaparición de Rosendo Raddilla, ocurrida en Guerrero en 1974, y al gobierno de no investigar adecuadamente el caso.

El tribunal interamericano determinó que “frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”, por lo que ordenó a México a modificar su Código de Justicia Militar, para hacerlo compatible con los estándares internacionales.

Campo algodonerero: *Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. Estados Unidos Mexicanos*

Fecha de remisión a la Corte: 4 de noviembre de 2007

Sentencia: Noviembre de 2009

De acuerdo con la sentencia emitida por la CoIDH, el Estado mexicano incumplió con su deber de investigar, y con ello su deber de garantizar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal, quienes fueron asesinadas en Ciudad Juárez, Chihuahua.

El tribunal interamericano detectó la denegación de justicia por la indebida investigación de la desaparición y homicidio de las víctimas; falta de políticas de prevención; falta de respuesta de las autoridades y falta de reparación adecuada en favor de los familiares.

Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos

Fecha de remisión a la Corte: 21 de marzo de 2007

Sentencia: Agosto de 2008

El caso surgió a partir de que el ex canciller Jorge Castañeda Gutman no pudo participar en las elecciones presidenciales del 2 de julio de 2006 como candidato sin apoyo de partido alguno, no obstante que la legislación electoral federal deja exclusivamente a los partidos políticos la postulación de candidatos a cargos de elección popular.

A través de su sentencia, la CoIDH consideró que no hubo violación a los derechos políticos ni al derecho a la igualdad ante la ley en contra de Castañeda, pero que el Estado mexicano sí transgredió el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos por no tener previsto un

recurso judicial efectivo para atender los planteamientos de constitucionalidad de las leyes electorales.

Alfonso Martín del Campo Vs. Estados Unidos Mexicanos

Fecha de remisión a la Corte: Enero de 2003

Sentencia: Expediente archivado sin sentencia.

Alfonso Martín del Campo fue detenido arbitrariamente por policías judiciales de la Procuraduría general de Justicia del DF, quienes lo torturaron para confesar que era responsable de los asesinatos de su hermana Patricia y su esposo, Gerardo Zamudio Aldaba, cometidos en 1992.

Aunque en 2003 la Corte Interamericana decidió no conocer el fondo del caso, sí exhortó al Estado mexicano a atender las recomendaciones hechas por la CIDH, en las que exhortaba a liberar a Martín del Campo, revisar el proceso judicial que lo llevó a prisión, anular la confesión obtenida bajo tortura e investigar a los autores de las violaciones a los derechos humanos sufridas por la víctima.

Para Bolivia y Colombia, han asimilado este convenio vía el bloque de constitucionalidad, esto implica que esta incorporación del Tratado al Derecho Interno obliga al interprete constitucional leer conjuntamente los derechos humanos incluidos en la Constitución y en el Tratado, en dado caso de haber una diferencia sustancial, se debe utilizar el principio *pro homine*, aquel que extiende los alcances de los derechos humanos.

En el caso de Argentina, se concedió jerarquía constitucional a los tratados, pero solo aquellos listados expresamente por el gobierno de ese país, además de conceder al Congreso la facultad de elevar a jerarquía constitucional otros tratados a través del voto de la mayoría calificada.

En el caso de Venezuela, su ley fundamental es clara al darle status constitucional a los tratados de derechos humanos, pero la praxis constitucional en ese país no revela una adhesión total del Estado Venezolano, de la *praxis* en ese país queda si la naturaleza del convenio 169 de la OIT, es un verdadero tratado de Derechos Humanos.

En el caso de nuestro país, el pleno de la Suprema Corte sentó base de jurisprudencia acerca del status de los tratados internacionales de Derechos Humanos frente a la Constitución, quedando restringidos los tratados internacionales cuando vulneren a la Constitución Mexicana. La tendencia que ha adoptado nuestro país, es la genérica en América Latina, es el caso de Ecuador, y de Guatemala. También en el caso de Argentina, para

los tratados internacionales no incluidos en lista *numerus clausus* de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional como del Convenio 169. En todo caso y más allá de las tendencias, a nivel internacional se ha optado por la postura de dar mayor relevancia a los tratados internacionales de derechos humanos frente a la legislación local. Otra importante característica que permite medir los alcances del Convenio 169 de la OIT, es el tipo de acción judicial en el que es invocado, pudiéndose ser el *habeas corpus* o amparo, acciones político electoral, controversias constitucionales entre otros. Por otra parte, el Convenio ha sido utilizado regularmente por las propias comunidades indígenas, el defensor del pueblo, el ministerio público o defensa pública, o el poder Ejecutivo para justificar política pública destinada a una determinada población.

III. ALCANCES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN EL CASO DE LA ELECCIÓN DE USOS Y COSTUMBRES DE CHERÁN

La sentencia emitida por el Tribunal Electoral consecuencia del Juicio de Protección de los Derechos Políticos Electorales, con numeral SUP-JDC-00167/2012, tuvo como consecuencia general la posibilidad de celebrar elecciones bajo la modalidad “usos y costumbres” en la comunidad de Cherán, pero los efectos que plantea la sentencia dejaron interesantes déficits políticos, sociales y jurídicos que a continuación analizaremos:

CONSIDERANDO NOVENO DE LA SENTENCIA DEL JUICIO SUP-JDC-00167/2012

Al advertir que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2o constitucional y en específico de la obligación impuesta en el artículo segundo transitorio del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto del dos mil uno, por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al Artículo 1o., se reforma el Artículo 2º. Se deroga el párrafo primero del Artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al Artículo 18, y un último párrafo a la Fracción tercera del Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de la cual se determinó que a la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia indígena, las legislaturas de las entidades federativas debían realizar las adecuaciones a las constituciones y leyes locales que procedan y reglamenten lo estipulado en la misma, se advierte que el Congreso del Estado de Michoacán no ha emitido ni dictado normas secundarias en torno a los derechos de los pueblos indígenas. Dado que han transcurrido más de diez años desde el inicio de la vigencia de la reforma

constitucional en materia de derechos humanos se vincula al Congreso del Estado de Michoacán, para que de acuerdo a su agenda legislativa, armonice la Constitución y legislación interna al Pacto Federal y tratados internacionales en materia de derechos indígenas

La parte que exponemos a pesar del incidente de Ejecución de sentencia presentando ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Congreso Local no legislo ni instauro la modalidad de usos y costumbres en la Constitución Local, restringiendo el derecho político de las demás comunidades con similares características sociales a la de Cherán, de poder establecer la modalidad de usos y costumbres en sus propias localidades, una interpretación de carácter amplio acorde con el Convenio 169 de la OIT y otras disposiciones internacionales, debe de consagrarse la modalidad de usos y costumbres como una tercera alternativa dentro del sistema político mexicano.

El auto-gobierno indígena significa según la Declaración de las Naciones Unidas de 2007 que los pueblos indígenas “determinen libremente su condición política y que persigan libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Dadas las condiciones de colonia en nuestro país, y del dominio ancestral sobre sus territorios se debe garantizar su libre determinación en el marco del reconocimiento de un estado pluricultural y del reconocimiento étnico-lingüístico de sus culturas, el reconocimiento del derecho de autonomía-autogobierno, el reconocimiento de sus entidades territoriales y a sus recursos naturales en la modalidad de propiedad comunitaria o colectiva.

Esto implica el reconocimiento y la creación de otras modalidades de autonomía en la Constitución Federal que implicaría:

- Elección directa de las autoridades, por los pobladores y la comunidad indígena.
- Administración de los recursos económicos.
- Ejercicio de las facultades legislativas, reglamentarias, fiscalizadoras y ejecutivas del municipio, pero contextualizándolas en la modalidad de usos y costumbres.
- Órganos de gobierno autónomos en el ámbito de su jurisdicción.
- Competencias y atribuciones reconocidas en la Constitución Federal y en Tratados Internacionales de la materia.

La Autonomía Indígena municipal implicaría el reconocimiento del autogobierno de poblaciones que comparten un territorio común, cultura, lengua, historia, forma de vida y organizaciones sociales, políticas y económicas.

Otro importante instrumento sería la creación de un estatuto o Ley Orgánica de Autonomía Indígena, tenemos un excelente ejemplo en el caso de Bolivia en donde dicho instrumento tiene la siguiente finalidad:

- Establecer las condiciones sociales para poder refundar la institución municipal de acuerdo a la realidad, histórica, social, cultural y económica.
- Establecerá las particularidades culturales y sociales de cada comunidad, haciendo de cada estatuto o ley orgánica como únicos.
- Todos los estatutos deberán estar acorde a las Constitución Federal y a los Tratados Internacionales de la materia.
- Deberá ser redactado por el Consejo o Autoridad Municipal Indígena del Pueblo, bajo el principio de usos y costumbres, se deberá deliberar, así como por lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT en materia de Consulta Indígena.

- ✦ El Estatuto o Ley Orgánica Indígena Municipal deberá tener como principios mínimos los siguientes:
- ✦ Un Preámbulo en donde se especifique brevemente la historia del pueblo en cuestión, su relación con la Constitución federal en su artículo primero, el valor de esta declaración radica en exaltar el carácter histórico, social y cultural para expresar el sentido de la unidad territorial y poblacional.
- ✦ Un catálogo de disposiciones generales: Identidad del pueblo indígena, Identificación y ubicación territorio, la cosmovisión del pueblo indígena, valores y principios del autogobierno.
- ✦ Un catálogo de Derechos y Obligaciones individuales y colectivas: Derechos colectivos sobre la tierra, territorio y recursos naturales. Derechos colectivos políticos y culturales, derechos colectivos de libre determinación, estos deberán relacionarse con la parte dogmática de la Constitución Federal.

En materia de diseño institucional el Estatuto o Ley Orgánica de Autonomía Municipal Indígena deberá contener:

Estructura del Autogobierno: Órgano Ejecutivo, Legislativo-Deliberativo y Fiscalizador y la Justicia Comunitaria.

Organización Territorial Interna, Competencias, mecanismos de coordinación.

Régimen Electoral: Modalidad de usos y costumbres, Numero de representantes, procedimientos de revocatoria y referendos.

Esta propuesta refleja que el modelo de autogobierno indígena, es más allá de una figura transitoria, sobre todo en América Latina al menos seis países han incluido en sus constituciones alguna forma de Autonomía Indígena:

País	Año de incorporación constitucional
Panamá	1972
Nicaragua	1987
Colombia	1991
Venezuela	1999
Ecuador	2008
Bolivia	2009

En base a Miguel González, *Autonomía a debate, Autogobierno indígena y Estado Plurinacional en América Latina*, (2010).

Esta perspectiva fusiona a los movimientos sociales de carácter indígena con perspectivas de autonomía de facto y el reconocimiento de Derechos Humanos a la autodeterminación como pueblos indígenas, esto nos ayuda a entender que esta modalidad de gobierno no es la generalidad sino una excepción, esta perspectiva a pesar del esfuerzo y de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha sido considerada como una seria amenaza a los principios de integridad territorial y soberanía estatal de los Estados y de sus respectivas clases políticas.

IV. IMPLICACIONES DEL AUTOGobierno INDIGENA EN SISTEMA POLÍTICO MEXICANO

La representación política de las comunidades indígenas no necesariamente debería de limitarse al campo del establecimiento de cuotas al interior de los órganos de decisión política como la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores. Incluso, como se ha ya señalado, pudiera ser

que la representación política por escaños en el Congreso de la Unión no fuera la mejor opción en torno a la mayor representación política de las comunidades indígenas al no responder por entero a sus parámetros culturales propios.

En efecto, en diversas iniciativas se plantea el establecimiento de cuotas reservadas a miembros de comunidades indígenas para lo cual, la forma de acceder a los mismos, de acuerdo a nuestra actual legislación electoral, es mediante la postulación que de los candidatos hagan los partidos políticos.

Algunos de los problemas que a primera vista alcanzan a percibirse son el relativo a la autonomía de los partidos políticos para decidir a qué candidatos postular; el tema relativo a la participación de miembros de comunidades indígenas en estructuras políticas (los partidos políticos) ajenas a su forma de organización tradicional; la representación política de los miembros de comunidades indígenas en instituciones y figuras que son de igual modo ajenas a sus organizaciones tradicionales (como la Cámara de Diputados o la de Senadores y su participación en ellas como legisladores).

En cuanto a que los pueblos indígenas⁹ realmente no se sienten identificados con figuras como los partidos políticos y que por tanto, es necesario pensar en formas alternativas que desde la Constitución garanticen la efectiva representación de los diferentes sectores de la sociedad. La iniciativa en cuestión indica:

Los pueblos y las comunidades indígenas no se sienten representados por los diputados ni senadores elegidos por los partidos políticos, ya sea bajo el principio de representación proporcional o por la elección en los distritos uninominales, porque no responden a la lógica comunitaria, de derechos colectivos y de la comunidad.

Así mismo, en párrafos posteriores agrega:

Esto significa que la CPEUM debe contar con la estructura idónea para que los pueblos indígenas hagan exigible su derecho de elegibilidad, ello en salvaguarda a las garantías que les han sido consagradas en el artículo 2º Constitucional, teniendo en cuenta que su estructura política se organiza fuera de la estructura de sistemas políticos existente en nuestro país; sin embargo, los pueblos y comunidades indí-

⁹ SIERRA, Teresa, SIENDER, Rachel, *Justicias Indígenas y Estado*, Flacso Mexico-Ciesas, 2013.

genas sí participan en su propia dinámica política, la cual debe ser reconocida a fin de que en base a ella se instrumente la elección de sus diputados y senadores indígenas bajo el principio de representación política pluricultural.

Por si fuera poco, no se toma en cuenta que las figuras de Diputado y Senador son por demás ajenas a las formas tradicionales de representación política de las comunidades indígenas. Además, establece como mecanismo de acceso a tales cargos la figura de "representación política pluricultural de comunidades indígenas" la cual es una idea muy buena en tanto que implicaría el respeto hacia las formas tradicionales de elección en las comunidades indígenas pero el problema es que la iniciativa no nos desarrolla la misma y, por otro lado, nos conduce nuevamente a la elección de representantes a través de la figura de Diputados y Senadores.

Como se señaló en anteriores párrafos, la mayor participación y representación política de las comunidades indígenas no estiva en la mayor o menor cantidad de indígenas que puedan tener en los órganos de decisión política. Sin duda alguna que ello influiría pero existen otras formas de representación política a las que las comunidades indígenas podrían acudir y que en muchos de los casos responderían más a sus propios parámetros de interpretación cultural.

Tal es el caso de la participación a través de la consulta previa; del consentimiento previo, libre e informado; del ejercicio de su autonomía (limitado al pacto federal), entre otros, en cuyos campos queda mucho por hacer y en donde probablemente puedan obtenerse mejores resultados que garanticen una mayor representación política.

De la sentencia y del Convenio 169 de la OIT, se desprende que la Autonomía Indígena implica un régimen político reconocido por la Constitución, de autogobierno territorial en el cual el Estado reconoce derechos de naturaleza colectiva como individuales, a grupos indígenas o también a afrodescendientes de manera que ellos puedan ejercer el derecho de autodeterminación en varias dimensiones: económica, social, cultural y jurídica.

Esta autonomía indígena requiere de la creación de una jurisdicción étnica indígena o multiétnica legalmente reconocida como parte del orden administrativo-político estatal, en donde se prevalezca la naturaleza de estos derechos colectivos, con la condición de tener como límites a la constitución y a los principios que de ella emanen.

V. VACIOS Y DEFECTOS EN LA MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE AUTOGOBIERNO

A raíz del alzamiento zapatista en el año de 1994, la temática indígena salió a la luz pública e impactó en la estructura del Estado mexicano y en la vigente constitución, pero algunos elementos que implicó la reforma en materia indígena jamás se pudieron concretizar y ahora en la reforma de Derechos Humanos no se han podido materializar, teóricamente se ha discutido cuáles son los límites a los derechos humanos y sobre todo en América Latina la imposibilidad de modificar el contexto político-económico y social. El proceso hegemónico de la colegialización europea generó una serie de pautas culturales que difícilmente se pueden extirpar de nuestro imaginario colectivo, como la discriminación y el rezago cultural en las comunidades indígenas.

Sobre todo en la *praxis* política la diferencia del desarrollo y del bienestar social, aunado de la negativa gubernamental de otorgar mayor autonomía a las comunidades indígenas, ha generado que de *facto* dichas comunidades desarrollen estructuras paralelas a la estatal, que en muchos casos como en el mismo estado de Michoacán y de Jalisco para combatir a la delincuencia.¹⁰

Este fenómeno ha sido denominado como “autodefensas”, pero lo que podemos ver es la incapacidad por parte del estado en resolver las problemáticas sociales por parte de las autoridades, y que la figura que ofreció el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través del reconocimiento de las elecciones en la modalidad de usos y costumbres, sería el primer paso que ayudaría a descubrir a la sociedad mexicana, el verdadero estado de las comunidades indígenas que decidieron por así decirlo rebasar por la izquierda al mismo Estado.

El municipio indígena bajo el sistema de partidos, replicó el liderazgo caciquil que desde la Revolución instauró el partido hegemónico, ya en los acuerdos de San Andrés, el ejército zapatista de liberación nacional daba cuenta acerca del atraso y de la necesidad de reinventar políticamente al país.

En este sentido, la *praxis* social jamás cambió, los liderazgos caciquiles y el reparto del poder metió a las comunidades indígenas en una trampa

¹⁰ VAN DE HAAR, Gemma y Gaining GROUND. *Land reform and the Constitution of Community in the Tojobal Highlands of Chiapas, Mexico*, Utrecht University/Flacso Costa Rica/Clasco, 2001.

rotulada bajo el nombre de elecciones libres y democráticas, el auto gobierno indígena ayuda a materializar los aspectos contenidos en las convenciones y tratados internacionales. Esto implica un cambio en dos dimensiones: como eje de la política pública estatal y que ante su defecto la posibilidad de acudir a la justicia para exigir su materialización por parte del Estado.

La propia idea de los derechos humanos como límite al poder estatal, es ajena a la realidad oligárquica del poder consecuencia del neoliberalismo y del sistema de partidos. Esto implica que el poderoso o el Estado deben tener como medida a estos estándares constitucionales e internacionales para el ejercicio del poder. Los derechos humanos vienen a dar cuenta de la racionalización del poder, pero como en el caso de los derechos sociales, sufren del mismo problema de la incapacidad estatal para materializarlos.¹¹

Otra dimensión que debe reformarse en el campo de los Derechos Humanos, es el sujeto histórico que podía vulnerarlos, ha cambiado y se ha convertido en una gama de nuevos sujetos que en ciertos casos superan a los Estados, los poderes facticos, esta dinámica nueva como diría Ferrajoli, la posibilidad de que los Derechos Humanos invadan el mundo del Derecho Privado y por consecuencia de la esfera privada. Este defecto material de los derechos humanos de hoy en día, deja a las comunidades indígenas en nuevas hipótesis de violación de los mismos y faculta al Estado como mediador de esta disputa del interés colectivo frente al privado.

Esta reformulación de los Derechos Humanos implica el reconocimiento y la posibilidad de reformar el ámbito político del estado, como en el caso de Cherán, el poder plantear una modificación al sistema político estatal de Michoacán para contemplar un tercer modelo de elección del sistema político, y una nueva entidad dentro de los niveles de gobierno denominado municipio autónomo indígena.

Con respecto al derecho a la autodeterminación éste es uno de los principales que instan a los indígenas a distinguirse como minoría, si son pueblos gozan del derecho a la autodeterminación. Pero suponiendo que se ha resuelto esta primera pregunta se desprende la segunda: *¿Que implica la autodeterminación?*

Según la conferencia de Viena de 1993, los pueblos autóctonos deseaban que la declaración final los retomara, aplicándoles las disposiciones de la Resolución 1514 de la ONU sobre la descolonización:

¹¹ ZIEMELE, Inieta; *Expanding Human Rights Horizons*, Martinus Publisher, Boston, 2005.

Todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación” Algunos países europeos sugirieron que el ejercicio de este derecho concierne también a los pueblos pertenecientes a estados surgidos de la descolonización.

El debate de este derecho optó por una opción de corte conservador, en donde se debe aplicar sólo en casos de países producto de la descolonización, pero la Carta de la ONU contiene varias referencias a este derecho así como a la igualdad del derecho de los pueblos, los pactos de 1966 de los derechos humanos reiteran el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

La mayor parte de la doctrina estima que este derecho no puede aplicarse a las minorías nacionales y pueblos autóctonos, fuera de los pueblos sometidos a la dominación colonial, por más que tras el conflicto yugoslavo se diseñe una tendencia orientada a reconocer a los pueblos minoritarios, el derecho a la identidad cultural, así como al conjunto de derechos colectivos referentes a ésta y que se inscriban dentro del marco de los derechos humanos en su dimensión colectiva.¹²

VI. EL FUTURO DEL AUTOGOBIERNO Y LAS AUTODEFENSAS ANTE EL VACIO INSTITUCIONAL: UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA

La Constitución como ordenamiento jurídico, en razón de la materia regula, reviste particularidades específicas que la distingue de cualquier orden normativo. La íntima relación que vincula la Constitución con el sistema político que ella traduce, cualifica singularmente al orden normativo constitucional.

En el mundo de la actividad social el Estado ocupa una posición determinante y determinada. Por un lado es sustento existencial de la propia y por el otro, actúa conforme a los patrones provenientes de la sociedad. Refiriéndose a la dicotomía Estado-sociedad. El jurista alemán Konrad Hesse enseñó que “los presupuestos de tal dualismo han desaparecido en el Estado democrático y social contemporáneo. La vida social ha dejado de ser posible sin una organización responsable. Organizadora y planificadora. A la inversa el ‘Estado’ democrático no se constituye sino a través de la cooperación social”.

¹² NASH, Kate, *Cultural Politics of Human Rights*, OUP, 2012.

La voluntad de permanencia inmanente a las Constituciones escritas las determina sustancialmente. Si el hombre está en la existencia, el conglomerado social resultante de su naturaleza forma un agregado estable. También la formalización normativa de la estructura estatal está llamada a permanecer durante un periodo.

Desde una perspectiva estructuralista del Derecho, el fenómeno institucionalizador en las sociedades contemporáneas, entendido como “el modo de hacer las formas sociales históricamente duraderas”. Este encuentra expresión —entre otras— en el aparato jurídico, o sea en el “el derecho, que sí pasa a adquirir una permanencia que rebasa a la propia decisión política que la originó primariamente. La decisión sufre un proceso objetivador cuya expresión tangible es la norma jurídica (derecho=decisión política objetivada). El derecho constitucional se ocupa de las estructuras dotadas de permanencia, de los procesos de “larga duración” en el ordenamiento jurídico.

Es decir las estructuras fundamentales del ordenamiento es decir, las normas o instituciones de naturaleza constitucional son procesos de larga duración en el Derecho.

Para entender esta dinámica el jurista alemán Rudolf Smend nos ilustra:

En todo caso los artículos de una Constitución inspiran la dinámica política, que por lo que se refiere a su capacidad integradora, puede resultar estimulada; bien entendido que la finalidad integradora que se pretende tengan las normas constitucionales depende de la acción conjunta de todos los impulsos y motivaciones políticas de la comunidad.¹³

Una vez expuestas la ideas anteriores estamos en la posibilidad de entender los alcances de una reforma constitucional en el ámbito local, para poder agregar a la Ley Fundamental Michoacana lo relacionado en la modalidad de organización política denominada “usos y costumbres” o derecho consuetudinario.

De lo anterior hay que tomar en cuenta de la experiencia oaxaqueña y potosina que se encuentra en este trabajo, es la especificación y el reconocimiento de los pueblos originarios como comunidades políticas que se pueden gobernar a sí mismas.

¹³ Cfr. SMEND Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, UT Verlag, eBook, 2001.

Las experiencias constitucionales locales, indican dos modalidades del reconocimiento de los usos y costumbres:

- a) La perspectiva oaxaqueña separa a los partidos políticos de la modalidad de los usos y costumbres.
- b) La obligación en la Ley Fundamental potosina que demanda que los partidos políticos en las comunidades indígenas incluyan a miembros de las mismas en las candidaturas.

Además el marco electoral oaxaqueño señala el principio de no reelección, así como la duración de tres años del gobierno en la modalidad de usos y costumbres.

El marco legal oaxaqueño nos permite ver los derroteros, así como las perspectivas que implican una reforma en la materia.

Destaco la importancia de hacer la reforma constitucional en materia indígena ya que el reconocimiento constitucional, no sólo permitirá a la comunidad de Cherán, sino que permitirá un reconocimiento universal dentro del territorio michoacano de aquellas comunidades que puedan adecuarse a la hipótesis constitucional y poder gobernarse atendiendo a su cultura y cosmovisión. Esto implica que las futuras generaciones de indígenas michoacanos puedan perdurar su cultura y su organización política.

Se debe ponderar tanto por parte de la sociedad michoacana y de los partidos políticos representados ante el Congreso Local. Hacer una reforma seria e integral que permita reconocer y dotar de los instrumentos constitucionales mediante los cuales se puedan establecer las pautas constitucionales y electorales para la celebración de las elecciones mediante esta modalidad.

Las autoridades electorales y las jurisdiccionales de los ámbitos locales y federal respectivamente, no pueden invadir la soberanía estatal en la toma de esta decisión fundamental que sólo incube a los michoacanos que mediante la representación política en el Congreso Local.

Una de las facultades expresas que delega la Constitución Federal a la Constitución Michoacana, es la posibilidad de decidir la forma de gobierno interior, la adopción de la modalidad de usos y costumbres implica una forma de organización política distinta y paralela al sistema de partidos, que fue adoptada originalmente del modelo constitucional federal.

Este es un asunto de vital importancia no sólo en el periodo electoral próximo, ya que implica una nueva forma de organización social.

VII. EJEMPLOS DE AUTOGOBIERNO EN EL DERECHO COMPARADO: QUEBEC Y CATALUÑA

Québec

Aun cuando en la primera mitad del siglo XX el nacionalismo quebequés podía considerarse como un movimiento débil, las elecciones de 1962 significaron un claro triunfo para los partidarios de una mayor autonomía en el seno de Canadá, una tendencia que se afirmó posteriormente.

Por otro lado, los grupos independentistas que destacaron en la década de 1960 no lograron consolidarse plenamente, aunque recibieron un notable impulso tras la visita de Charles De Gaulle a Québec, en el verano de 1967. La actividad de los separatistas derivó entonces en acciones terroristas, como el secuestro y asesinato del Ministro de Trabajo y Viceprimer Ministro Pierre Laporte en octubre de 1970, realizado por el Frente de Liberación de Quebec (FLQ). Ese mismo año, el Gobierno canadiense aceptó al idioma francés como lengua cooficial en todo el país para frenar, en cierto modo, la corriente nacionalista.¹⁴

En las elecciones de 1973, ganadas por el Partido Liberal de Quebec (PLQ), el recién creado *Parti Québécois (PQ)* consiguió el 30% de los votos, y vencería posteriormente en las elecciones de noviembre de 1976.

Su líder, René Lévesque, fue elegido Primer Ministro quebequés. En su mandato, por lo tanto, se impuso una política de acentuado autonomismo. No obstante, su política de "Estado libre asociado", llevada a *referéndum* en Quebec en mayo de 1980, fue rechazada, lo que no fue obstáculo para su triunfo en las elecciones de abril de 1981, si bien su política posterior se caracterizó por la prioridad que se le dio a las cuestiones económicas con respecto a la reivindicación nacionalista. Esto hizo que en el Congreso Extraordinario del PQ celebrado en enero de 1985, un sector independen-

¹⁴ MARTEL, Marcel, *Speaking Up: A History of Language and Politics in Canada and Quebec*, Between Lines Publishers, Montréal, 2012.

tista se escindiera del partido y creara la Agrupación Democrática para la Independencia (RDI).¹⁵

En octubre de 1985 Lévesque dimitió como presidente del PQ y Pierre Marc Johnson fue elegido para sucederle como tal y como Primer Ministro.¹⁶

¹⁵ DICKINSON John Alexander, *A short History of Quebec*, Montréal, McGill University Press, 2008.

¹⁶ The Parti Québécois won the 1994 provincial election under the leadership of Jacques Parizeau amid continued anger over the rejection of the Meech Lake Accord. The Parizeau government quickly held a referendum on sovereignty in 1995. Premier Parizeau favoured a unilateral declaration of independence (UDI) followed by negotiations with the federal government if sovereignty were endorsed in the referendum. Lucien Bouchard and Dumont insisted that negotiations with the federal government should come before a declaration of independence. They compromised with an agreement to work together followed by a referendum question that would propose resorting to a UDI by the National Assembly only if negotiations to negotiate a new political "partnership" under Lucien Bouchard failed to produce results after one year.

The sovereigntist campaign remained moribund under Parizeau. It was only with a few weeks to go in the campaign that support for sovereignty skyrocketed to above 50%. On October 30, 1995, the partnership proposal was rejected by an extremely slim margin of less than one per cent.

Parizeau resigned and was replaced by Bouchard. The sovereigntist option was pushed aside until they could establish "winning conditions". Bouchard was suspected by hard-line sovereigntists as having a weak commitment to Quebec independence. Bouchard, in turn, was ill at ease with the ardent nationalism of some elements in the Parti Québécois. He eventually resigned over alleged instances of anti-Semitism within the hard-line wing of the party, and was replaced by Bernard Landry. Tensions between the left wing of the party and the relatively fiscal conservative party executive under Bouchard and Landry also led to the formation of the Union des forces progressistes, another social-democratic sovereigntist party that later merged with other left-wing groups to form Québec solidaire.

Mario Dumont and the Action démocratique du Québec put the sovereigntist option aside entirely, and ran on a fiscally conservative agenda. They won three consecutive by-elections, and their popularity soared fleetingly in opinion polls shortly before the 2003 provincial election, in which they won only four seats and 18% of the popular vote.

The federal Liberal Party Prime Minister Jean Chrétien came under sharp criticism for mishandling the "No" side of the referendum campaign. He launched a hard-line "Plan B" campaign by bringing in Montreal constitutional expert Stéphane Dion, who would attack the perceived ambiguity of the referendum question through a Supreme Court reference on the unilateral secession of Quebec in 1998 and draft the Clarity Act in 2000 to establish strict criteria for accepting a referendum result for sovereignty and a tough negotiating position in the event of a Quebec secession bid.

Jean Charest was lauded by federalists for his impassioned and articulate defense of Canada during the referendum. He left the Progressive Conservative Party to lead the provincial Liberals (no legal relation to its federal counterpart) and a "No" campaign in the event of another referendum, and led his new party to an election victory in 2003. He was reelected as provincial Premier in the election of 2007, and again in 2008, after having called a snap election.

Still today, the political status of Quebec inside Canada remains a central question. This desire for greater provincial autonomy has often been expressed during the annual constitutional meetings of provincial premiers with the Prime Minister of Canada. In Quebec, no single option regarding autonomy currently gathers a majority of support. Therefore, the question remains unresolved after almost 50 years of debate.

Tras ser adoptada por una extensa mayoría de 266 votos contra 16, el 27 de noviembre de 2006 la Cámara de los Comunes canadiense aprobó una resolución que reconoce a Quebec como "*nación dentro de una Canadá unida*", un gesto sobre todo simbólico, que no obstante suscita inquietudes en los sectores más contrarios al nacionalismo quebequés.¹⁷

El Ministro de Asuntos Intergubernamentales canadiense, Michael Chong, renunció el mismo día a su cargo en protesta por la resolución.

En las elecciones de 2012, el PQ liderado por Pauline Marois ganó la mayoría de los asientos de la Asamblea Nacional de Quebec y planteó la posibilidad de convocar a un nuevo referéndum por la independencia al expresar su deseo de que Quebec se convierta en un país independiente y su convicción de que eso sucederá: "Queremos un país".¹⁸

El multiculturalismo en Canadá es el sentido de una celebración igual de orígenes raciales, religiosos y culturales. Política de multiculturalismo fue adoptada oficialmente por el gobierno de Canadá durante los años

¹⁷ *Soft nationalists.*

So-called "soft nationalists" have been characterized as "those who were willing to support Quebec independence only if they could be reasonably reassured that it would not produce economic hardship in the short term". And as "people who call themselves Quebecers first, Canadians second. They are the voters who gave Brian Mulroney two back-to-back majorities in the 1980s, when he promised to bring Quebec into Canada's constitution "with honour and enthusiasm". They swing between a desire for full independence, and for the recognition of Quebec nationhood and independence within Canada. They are typically swing voters, and tend to be swayed by the political climate, becoming "harder" nationalists when angered by perceived rejection by English Canada (such as the blocking of the Meech Lake Accord [10]), but "softening" when they perceive sovereigntists as threatening the economic and social stability seemingly afforded by Canadian federalism.

Many also view the spectre of Quebec secession as a useful negotiation tool to gain more powers within Confederation. For example, Daniel Johnson, ran on a platform of *Égalité ou indépendance* (Equality or independence) in the late 1960s as a way of pressing for increased powers from the federal government. Lucien Bouchard expressed similar sentiments as a student.

Sovereigntists.

Besides the "sovereigntists" are moderate nationalists who do not believe Canada to be reformable in a way that could answer what they see as the legitimate wish of Quebecers to govern themselves freely. They opt for the independence of Quebec; however, at the same time they insist on offering an economic and political partnership to the rest of Canada on the basis of the equality of both nations. The political parties created by the sovereigntists created are the Bloc Québécois and the Parti Québécois, which its members define as a party of social democratic tendency. The Parti Québécois organized a 1980 referendum and a 1995 referendum, each of which could have led to negotiations for independence had it succeeded. The No side prevailed in both, but its margin was very narrow in the second referendum (50.6% No, against 49.4% Yes).[citation needed] Sovereigntists find their ideological origins in the Mouvement Souveraineté—Association, René Lévesque's short-lived precursor to the Parti Québécois.

¹⁸ Bouchard Gérard, *L'histoire comparée des collectivités neuves: une autre perspective pour les études québécoises*, March, Les Grandes Conférences Desjardins, McGill University Press, 2000.

1970 y 1980. El gobierno federal canadiense ha sido descrito como el instigador del multiculturalismo como una ideología por su énfasis público sobre la importancia social de la inmigración. El canadiense Comisión Real sobre bilingüismo y biculturalismo se refiere a menudo como el origen de la conciencia política moderna de la multiculturalidad.

Los canadienses han utilizado el término “multiculturalismo” tanto descriptiva (como un hecho sociológico) y prescriptiva (como ideología política). En el primer sentido “multiculturalismo” es una descripción de las diferentes tradiciones religiosas y las influencias culturales que en la unidad y la convivencia en Canadá constituyen la cultura canadiense. La nación se compone de personas de una multitud de orígenes raciales, religiosos y culturales, y está abierto al pluralismo cultural. Canadá ha experimentado diferentes olas de inmigración desde el siglo XIX, y por la década de 1980 casi el 40% de la población no es de origen británico, ni francés (los dos grupos más grandes, y entre los más antiguos). En el pasado, la relación entre los británicos y los franceses se le ha dado una gran cantidad de importancia en la historia de Canadá. A principios del siglo XXI, la gente de herencia británica y francesa componen la mayoría de la población, con un porcentaje creciente de personas que se auto identifican como “minorías visibles”.

El multiculturalismo se refleja en la ley a través de la Ley de Multiculturalismo de Canadá y la sección 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y es administrado por el Departamento del Patrimonio Canadiense. La Ley de Radiodifusión de 1991 afirma el sistema canadiense de radiodifusión debe reflejar la diversidad de las culturas en el país. A pesar de las políticas oficiales, los segmentos de la población canadiense se muestran críticos con el concepto de un mosaico cultural y la aplicación de la legislación multicultural. La ideología de Quebec difiere de la de las otras provincias en que sus políticas oficiales se centran en interculturalidad.

En el siglo 21 Canadá a menudo se caracteriza por ser “muy progresista, diversa y multicultural”. Sin embargo, Canadá hasta la década de 1940, vio a sí misma en términos de inglés y las identidades culturales, lingüísticas y políticas francesas, y en cierta medida de los aborígenes. Los inmigrantes europeos que hablan otros idiomas, como los canadienses de origen étnico, alemán y canadienses ucranianos, eran sospechosos, sobre todo durante la Primera Guerra Mundial, cuando se pusieron a miles en campamentos porque eran ciudadanos de las naciones enemigas. Cana-

dienses judíos fueron también sospechosos, sobre todo en Quebec, donde el antisemitismo era un factor y la Iglesia Católica de Quebec. Los judíos con la modernidad, el liberalismo, y otros valores inaceptables asociados.

Los asiáticos han encontrado obstáculos legales que limitan la inmigración durante los años 1800 y principios de 1900. Otros grupos étnicos específicos, que no emigraron durante este tiempo, enfrentan las barreras que dentro de Canadá impiden la plena participación en los asuntos políticos y sociales, incluida la igualdad de remuneración y el derecho a la voto. Mientras que los refugiados exesclavos negros de los Estados Unidos habían sido tolerados, las minorías raciales de origen africano o asiático fueron “más allá de los límites” (no era aceptable para la mayoría de la gente). A pesar de este estado de ánimo empezó a cambiar dramáticamente durante la Segunda Guerra Mundial, los canadienses japoneses fueron internados durante el conflicto en el extranjero y sus bienes confiscados. Antes de la llegada del proyecto de ley de Derechos del Canadá en 1960 y su sucesora la Carta Canadiense de Derechos y de las Libertades en 1982, las leyes de Canadá no proporcionaron mucho en el camino de los derechos civiles y fue típicamente de preocupación limitada a los tribunales. Desde 1960 Canadá ha puesto énfasis en la igualdad y la inclusión de todas las personas.

La inmigración ha jugado un papel integral en el desarrollo del multiculturalismo en Canadá durante la última mitad del siglo XX. Las restricciones legislativas sobre la inmigración (por ejemplo, la regulación de jornada continua y Ley de inmigración china) que había favorecido a británicos, estadounidenses y los inmigrantes europeos se modificaron durante la década de 1960, dando como resultado una afluencia de diversas personas procedentes de Asia, África y el Caribe. El número de personas que se convirtieron en los inmigrantes fue en constante aumento como se ve entre los años 2001 y 2006, el número de personas nacidas en el extranjero aumentó en un 13,6% en 2006. Canadá había crecido hasta tener 34 grupos étnicos con al menos cien mil miembros cada una, de las cuales once tienen más de 1,000,000 de personas y muchos otros están representados en cantidades más pequeñas. 16,2% de la población se identifica como una minoría visible.

Canadá tiene actualmente una de las tasas *per cápita* más alto de inmigración en el mundo, impulsada por la política económica y la reunificación familiar. En Canadá también se reacomoda a uno de cada diez de los refugiados del mundo. En 2008, había 65,567 inmigrantes en la clase de

familia, 21,860 refugiados y 149,072 inmigrantes económicos entre los 247,243 inmigrantes totales al país. Aproximadamente el 41% de los canadienses son de la primera o de segunda generación, es decir, uno de cada cinco canadienses que viven actualmente en Canadá no había nacido en el país. Los partidos políticos son cautelosos acerca de criticar el alto nivel de inmigración, ya que, como señaló el *Globe and Mail*,¹⁹ a principios de 1990, el Partido de la Reforma fue calificado “racista” por lo que sugiere que niveles de inmigración puede bajar de 250,000 a 150,000.

La idea de que la Provincia de Quebec debe seguir siendo una parte de la Confederación de Canadá, se basa en una variedad de justificaciones históricas y culturales, principalmente centrado en la composición de la cultura canadiense antes de la Confederación en 1867. La vista federalista de la historia de Canadá sugiere que Canadá como una nación está intrínsecamente ligada al pueblo canadiense, un producto de la síntesis imperial. Las realidades de la vida colonial eran para los colonos franceses y británicos que fueron fuertemente influenciadas por consideraciones locales, como el clima, la geografía y las sociedades aborígenes establecidas. Las realidades económicas de la Nueva Francia requirieron una relación de cooperación con estas sociedades ya establecidas, y los franceses estaban más que dispuestos a hacerlo, reconociendo unas 39 naciones aborígenes soberanos como socios estratégicos y aliados en la Gran Paz de Montreal en 1701, en efecto, este evento singular es la mejor representación del Federalismo, y serviría como modelo para desarrollos políticos posteriores. Después de la Guerra de los Siete Años, la autoridad colonial británica administra la Provincia de nueva creación de Quebec y decidió dejar muchas instituciones socio-culturales en el lugar, tales como la Iglesia Católica, Derecho Civil Francés, el régimen señorial y quizás lo más importante, el tradicional estilos de vida agrarios y los idiomas de los primeros habitantes, los primeros *Canadiens*. En este sentido, Canadá se libró de la hegemonía cultural del Imperio Británico y no fue asimilada. Los británicos se apresuraron a reconocer que la Monarquía y élites francesas se apresuraron a abandonar Nueva Francia, y que un resentimiento había estado creciendo contra la dominación imperial. La administración del Antiguo Régimen era consciente del desarrollo de una nueva cultura de muchos años antes de la conquista, y decidió no perseguir más impli-

¹⁹ SMITH, Angel, *Anarchism, Revolution and Reaction: Catalan Labor and the Crisis of the Spanish State, 1898-1923*, Berghahn Books, 2007.

cación en la colonia económicamente insostenible. Bajo la administración británica, la afluencia de nuevos capitales como consecuencia de la migración de los legitimistas en el Alto Canadá, las provincias marítimas y los municipios del Este y la amenaza de una reciente independencia y militarista de Estados Unidos, todo condujo a un desarrollo sustancial de la colonia. Es durante este periodo que Quebec y Montreal se convirtieron en el punto focal económico de la nueva colonia, y un fuerte defensor de una nueva identidad nacional. Durante las rebeliones de 1837, federalistas canadienses, como Louis-Joseph Papineau, Wolfred Nelson y William Lyon MacKenzie luchaban contra el gobierno colonial británico para la representación mejorada, entre otras quejas.

Québec en los últimos años

Los nacionalistas defienden el concepto de autonomía de la región de Quebec restante dentro de Canadá, mientras persigue una mayor autonomía y reconocimiento nacional por Quebec dentro de la federación canadiense. La *Unión Nationale* bajo Maurice Duplessis (1930 a 1950) era nacionalista sin llamar explícitamente a favor de la independencia, antes de la llegada de Daniel Johnson, Sr. como líder. El Partido Liberal de Quebec era un importante partido del nacionalismo federalista a través de las eras Lesage y Bourassa (1960 a 1990). Sin embargo, ya que los fracasos de los acuerdos de Meech Lake y Charlottetown, y el referéndum de 1995 sobre la independencia de Quebec, el partido no tiene un plan definitivo para el reconocimiento oficial nacional. Seguidores notables de esta ideología son Robert Bourassa, Jean Lesage y Brian Mulroney.

Recientemente, filósofo político de la Universidad de Montreal; Charles Blattberg²⁰ ha presentado una serie de argumentos destinados a integrar el nacionalismo quebequés dentro de un federalismo canadiense renovada, que reconozca el carácter multi-nacional de Canadá.

“Status-quo” federalismo

“Status-quo” federalistas, o “*federalistas Trudeau*” como a veces se etiquetan, defender Quebec restante dentro de Canadá y mantener el *statu quo* con respecto a la constitución canadiense y políticas en áreas de jurisdicción

²⁰ BLATTBERG, Charles, *Patriotic Elaborations: Essays in Practical Philosophy*; McGill—Queens University Press, 2010.

provincial compartida y exclusiva en áreas como la fiscalidad, la atención de la salud, y la inmigración. Defienden el gobierno federal canadiense asumiendo el papel principal en la democracia, con una ocasional invasión de lo que los gobiernos de Quebec consideran poderes provinciales exclusivos. Se niegan todo reconocimiento de la provincia de Quebec como una nación, sin embargo, algunos apoyan el reconocimiento del pueblo *Québécois* como nación.

No todos los federalistas en Quebec opuestos al nacionalismo quebequés ven a sí mismos como siendo ideológicamente conectado a Pierre Trudeau. Muchos simplemente apoyan el concepto de multiculturalismo canadiense y no se identifican con el nacionalismo de Quebec. Federalistas de este tipo vienen de todas partes del espectro político.²¹

La Cámara de los Comunes del Parlamento canadiense aprobó una moción gubernamental por la que se reconoce a los quebequeses como “una nación dentro de Canadá”. La moción fue aprobada por 266 votos a favor y 16 en contra gracias al apoyo del gubernamental Partido Conservador, la mayoría del Partido Liberal, el separatista Bloque Quebequés (BQ) y el socialdemócrata NDP. El líder del BQ señaló que el reconocimiento es una victoria que avanza la causa separatista. Minutos después, los diputados canadienses rechazaron una moción similar presentada por el Bloque Quebequés que especificaba que los quebequeses son una nación “actualmente” dentro de Canadá. A pesar del resultado de la votación, el líder del BQ, Gilles Duceppe, señaló que el reconocimiento es una victoria para los soberanistas que avanza la causa separatista de su movimiento político. Los independentistas de la provincia francófona de Québec han celebrado dos referendos separatistas, el último en octubre de 1995 que perdieron por escasas décimas, y han anunciado que convocarán una nueva consulta tan pronto como sea posible. El gobierno canadiense sorprendió al país la semana pasada cuando sin aviso presentó su moción reconociendo los quebequeses como una nación, horas después de que el BQ presentase un texto más radical que señalaba que los quebequeses son una nación, sin especificar en el contexto de Canadá. Los grupos indígenas, han expresado su preocupación porque amenaza con minar sus derechos y estatuto. La moción aprobada por el Parlamento está provocando crecientes tensiones dentro del país. El ministro de Asuntos Intergubernamentales, Michael

²¹ KEATING, Michael, *Nations Against the State: The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, Palgrave Macmillan, 2ª edición, 20011.

Chong, presentó su dimisión poco antes de la votación y justificó su oposición a la moción al afirmar que “no creo en un nacionalismo étnico”. Los grupos indígenas, que oficialmente son llamados *Primeras Naciones en Canadá*, también han expresado su preocupación por la moción que amenaza con minar sus derechos y estatuto dentro del país.²²

Cataluña

El nacionalismo catalán es una corriente de pensamiento político articulado sobre el principio de que Cataluña es una nación, con base en los derechos históricos de Cataluña, a su historia, a su lengua, y al derecho civil catalán. Entre algunos sectores el concepto de nación se extiende a todos los territorios de habla catalana, los llamados Países Catalanes. Esta corriente política se conformó ideológicamente en la primera década del siglo XX, como una variante del catalanismo, surgido como movimiento cultural en la década de los años 1830, y articulado como movimiento político en las últimas décadas del siglo XIX, siguiendo los parámetros del nacionalismo.

El Contexto histórico

Tras el fracaso del Sexenio, un sector del republicanismo federal encabezado por Valentí Almirall, dio un giro catalanista y rompió con el grueso del Partido Federal, que dirigía Pi y Margall. En 1879 Almirall fundó el *Diari Català*, que aunque tuvo una breve vida —cerró en 1881— fue el primer diario escrito íntegramente en catalán. Al año siguiente convocaba el Primer Congreso Catalanista del que surgiría en 1882 el *Centre Català*, la primera entidad catalanista claramente reivindicativa, aunque no se planteó como partido político sino como una organización de difusión del catalanismo y de presión sobre el gobierno. En 1885 se presentó al rey Alfonso XII un Memorial de greuges, en el que se denunciaban los tratados comerciales que se iban a firmar y las propuestas unificadoras del Código Civil; en 1886 se organizó una campaña contra el convenio comercial que se iba a firmar con Gran Bretaña —y que culminó en el mitin del teatro

²² “The ‘imaginary nation’ of sovereigntists is ‘hurting’ Quebec, Legault says”
<http://www.montrealgazette.com/news/imaginary+nation+sovereignists+hurting+Quebec+Legault+says/9714706/story.html>

Novedades de Barcelona que reunió a más de cuatro mil asistentes—; y en 1888 otra en defensa del derecho civil catalán, campaña que alcanzó su objetivo —“la primera victoria del catalanismo”, la llamó un cronista.

En 1886, Almirall publicó su obra fundamental *Lo catalanisme*,²³ en el que defendía el “particularismo” catalán y la necesidad de reconocer “las personalidades de las diferentes regiones en que la historia, la geografía y el carácter de los habitantes han dividido la península”. Este libro constituyó la primera formulación coherente y amplia del “regionalismo” catalán y tuvo un notable impacto —décadas después Almirall fue considerado como el fundador del catalanismo político—. Según Almirall, “el Estado lo integraban dos comunidades básicas: la catalana (positivista, analítica, igualitaria y democrática) y la castellana (idealista, abstracta, generalizadora y dominadora), por lo que “la única posibilidad de democratizar y modernizar España era ceder la división política del centro anquilosado a la periferia más desarrollada para vertebrar “una confederación o estado compuesto”, o una estructura dual similar a la del Austria-Hungría.²⁴

Durante esos mismos años ochenta fue cuando comenzó la difusión de los símbolos del catalanismo, la mayoría de los cuales no tuvieron que ser inventados, sino que ya existían previamente a su nacionalización: la bandera —les quatre barres de sang, 1880—, el himno —Els Segadors, 1882—, el día de la patria [l'11 de setembre, 1886—, la danza nacional —la sardana, 1892—, los dos patronos de Cataluña —Sant Jordi, 1885, y la Virgen de Montserrat, 1881

En 1887 el *Centre Català* vivió una crisis producto de la ruptura entre las dos corrientes que lo integraban, una más izquierdista y federalista encabezada por Almirall, y otra más catalanista y conservadora aglutinada en torno al diario *La Renaixença*, fundado en 1881. Los integrantes de esta segunda corriente abandonaron el *Centre Català* en noviembre para fundar la liga de Catalunya, a la que se unió el *Centre Escolar Catalanista*, una asociación de estudiantes universitarios de la que formaban parte los futuros dirigentes del nacionalismo catalán: Enric Prat de la Riba, Francesc Cambó y Josep Puig i Cadafalch. A partir de ese momento la hegemonía catalanista pasó del *Centre Català* a la Lliga que en el transcurso de los Jocs Florals

²³ GREER, SCOTT L. *Nationalism and Self-Government: The Politics of Autonomy in Scotland and Catalonia (SUNY Series in National Identities)*, State University of New York Press, 2008.

²⁴ HARGREAVES, JOHN, *Freedom for Catalonia? Catalan Nationalism, Spanish Identity and the Barcelona Olympic Games*, CUP, 2000.

de 1888 presentó un segundo memorial de greuges a la reina regente en la que en otras cosas le pedían “que vuelva a poseer la nación catalana sus Cortes generales libres e independientes”, el servicio militar voluntario, “la lengua catalana oficial en Cataluña”, enseñanza en catalán, tribunal supremo catalán y que el rey jurara “en Cataluña sus constituciones fundamentales”.²⁵

En 1891 la *Liga de Catalunya* propuso la formación de la Unió Catalanista que enseguida obtuvo el apoyo de entidades y periódicos catalanistas, y también de particulares —a diferencia de lo que había ocurrido cuatro años antes con el fracasado *Gran Consell Regional Català* propuesto por Bernat Torroja, presidente de la *Associació Catalanista de Reus*, y que pretendía reunir a los presidentes de las entidades catalanistas y los directores de los periódicos afines—. La Unió celebró en marzo de 1892 su primera asamblea en Manresa, a la que asistieron 250 delegados en representación de unas 160 localidades, donde se aprobaron las Bases para la *Constitución Regional Catalana*, más conocidas como las Bases de Manresa, que se suelen considerar como el *acta de nacimiento del catalanismo político*, al menos el de raíz conservadora.²⁶

Las Bases son un proyecto autonomista, en absoluto independentista, de talante tradicional y corporativista. Estructuradas en diecisiete artículos propugnan la posibilidad de modernizar el Derecho civil, la oficialidad exclusiva del catalán, la reserva para los naturales de los cargos públicos incluidos los militares, la comarca como entidad administrativa básica, la soberanía interior exclusiva, unas cortes de elección corporativa, un tribunal superior en última instancia, la ampliación de los poderes municipales, el servicio militar voluntario, un cuerpo de orden público y moneda propios y una enseñanza sensible a la especificidad catalana.

El siglo XX

Fue desde principios del siglo XX cuando el nacionalismo catalán empezó a tener importancia política con la victoria electoral en 1901 de la *Liga Regionalista*, un partido nacionalista conservador. En 1906 el ejército asaltó la redacción de un periódico de tendencia catalanista, lo que desató las iras de todos los nacionalistas. Eso se tradujo en la formación política Solida-

²⁵ *War and Revolution in Catalonia, 1936—1939: Historical Materialism, Volume 58*, OUP, 2011.

²⁶ Pelai Pages i Blanch, Patrick Gallagher, *What's up with Catalonia*, Haymarket books, 2014.

ridad Catalana, fruto de la coalición de las dos partes del movimiento. En las elecciones de 1907 obtuvo 41 de los 44 escaños del congreso catalán. La Semana Trágica de Barcelona ocasionó la disolución de Solidaridad.²⁷

El gobierno conservador de Eduardo Dato aprobó, en 1913, la creación de la Mancomunidad de Cataluña, una especie de gobierno autónomo que englobaba las 4 diputaciones provinciales y que estaba dirigido por líderes de la Liga. A partir de 1918 fue el partido más importante de Cataluña, aunque nunca consiguió la mayoría de los escaños catalanes en las cortes generales españolas. Su naturaleza conservadora hizo que participase en los últimos gobiernos de la Restauración, y que en 1923 no se opusiera a la dictadura de Primo de Rivera, que sin embargo disolvió la Mancomunidad. Por su parte, la mayoría del proletariado apoyaba el anarquismo, representado por la CNT.

Es poco antes de la dictadura de Primo de Rivera cuando, liderado por Francesc Macià aparece el primer partido independentista catalán, *Estat Català*. Pasada la dictadura, *Estat Català* se unió a partidos y organizaciones de izquierdas para constituir Esquerra Republicana de Catalunya, que se convirtió en hegemónico en Cataluña durante la Segunda República. Es este periodo, y tras la proclamación unilateral de una efímera República Catalana, el nacionalismo catalán consigue un Estatuto de autonomía de Cataluña (1932) (que restauró la Generalidad de Cataluña). La victoria franquista en la guerra civil inició una época de represión en contra de cualquier nacionalismo considerado traidor a España.²⁸

A pesar de la falta de libertad empezaron a organizarse huelgas obreras, como las de 1951, 1956, 1971 y 1974, a partir de las cuales la acción fue mayor. Poco después, el 20 de noviembre de 1975, murió Francisco Franco, y con su muerte se inició la Transición a la democracia.

En 1977, a principios de la Transición Española, se reinstuyó la Generalidad de Cataluña con Josep Tarradellas a la cabeza. Tras la redacción de la Constitución Española de 1978, que reconocía a España como un Estado con diversas nacionalidades y regiones, y el establecimiento de un gobierno, el 11 de agosto de 1980. Cataluña se convirtió en una autonomía dentro de España. Ese mismo año, las elecciones en Cataluña dieron el poder a Convergencia y Unión, liderada por Jordi Pujol, que se mantuvo en el poder hasta el año 2003.

²⁷ STRUBELL, Toni, Colm Tóibín, *What Catalans Want*, Catalonia Press, 2011.

²⁸ EAUDE, Michael, *Catalonia: A Cultural History*, Signal Books, 2007.

El siglo XXI

CiU siguió en el poder hasta su derrota electoral el 16 de noviembre de 2003. La nueva Generalidad pasó a estar formada por el tripartito PSC-ERC-ICV-EUiA con Pasqual Maragall como presidente de la Generalidad.

A nivel de diputados CiU consigue el mayor número, seguido del PSC, ERC, PP e ICV. El pacto de gobierno, primero de izquierdas, que hacía más de 20 años fue promovido por ERC que gracias a un aumento considerable en sus votos se erige como una de las principales fuerzas políticas de Cataluña, recuperando poco a poco la posición que tenía años atrás.

El día 30 de septiembre del 2005, después de más de dos años de negociaciones, el parlamento catalán aprueba un proyecto de nuevo estatuto de autonomía con una amplia mayoría parlamentaria, logrando así uno de los principales objetivos marcados en el programa del gobierno. Aprobado por el Congreso de los Diputados y el Senado, entró en vigor tras ser refrendado por los catalanes mediante consulta popular. El Partido Popular recurrió ante el Tribunal Constitucional español los 187 artículos de dicho Estatuto.²⁹ Tras cuatro años de espera, el Tribunal emitió sentencia el 28 de junio de 2010 declarando 14 artículos inconstitucionales, desatando variable rechazo en todos los partidos catalanes con representación parlamentaria a excepción de *Ciutadans* y el Partido Popular, que se mostró satisfecho con la resolución. A consecuencia de la sentencia, se convocó una manifestación el 10 de julio del 2010 donde quedó patente un auge del nacionalismo catalán, aun así en las últimas elecciones autonómicas y municipales ERC perdió una considerable cifra de votos que quedaron repartidos en otras alternativas al nacionalismo como pueden ser CiU, CUP o SI.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

- El Convenio 169 utiliza la palabra pueblos para referirse a las comunidades indígenas, pero tiene una restricción importante ya que se señala que su interpretación no puede en modo alguno en virtud de sus implicaciones en el derecho internacional. Ya que en el

²⁹ Para profundizar más en el tema, recomendamos el siguiente texto: Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Tur Rosario, *Las Consecuencias Jurídicas de la Sentencia 31/2010, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña*, Dykinson-Thomson, 2010.

momento de la elaboración del Convenio los representantes de los países, tuvieron la precaución que este derecho no desembocara en el derecho a la secesión. Esto orilla a los pueblos indígenas a dejar a la "interpretación" de la justicia, la constitución y lo dúctil del derecho, dejando prácticamente al campo político la acción de la autodeterminación frente al Estado.

- La sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial dejó importantes consecuencias dentro de la dinámica política, social y jurídica, ya que ayudó a que la comunidad de Cherán celebrara sus primeras elecciones en la modalidad de usos y costumbres, pero en materia federal no ha impulsado la adecuación al texto de nuestra Ley Fundamental Federal la modalidad de usos y costumbres a otros municipios del país.
- El nacimiento de las autodefensas en muchos estados del país, muestra la fragilidad institucionalidad del Estado mexicano y sus precarias opciones frente a la cuestión indígena del autogobierno.
- La dimensión de los derechos humanos frente a la realidad del autogobierno, tiene que ser redimensionada en dos sentidos: 1. reformular teóricamente a los derechos humanos frente al espacio privado, ya que este último es un nuevo agente de la violación de los mismos. 2. Establecer vías jurídicas procesales y de política pública para su materialización y cumplimiento.
- Desde el punto de vista del derecho y la política comparada, la experiencias de Québec y Cataluña respectivamente nos enseña que muchos pueblos buscan preservar su identidad, autonomía y cosmovisión, en este sentido la dinámica de los Estados Nacionales, arroja a muchas *naciones* que preservan su propia cultura, este es un importante parámetro para entender la importancia del fenómeno político de *usos y costumbres* como una modalidad de autogobierno vigente y jurídicamente perfectible.
- El municipio autónomo indígena, abre la puerta no sólo a este grupo étnico sino también a otras comunidades como los afro-mexicanos, quienes podrían establecer pautas para establecer su propio gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE Enrique, Tur Rosario, *Las Consecuencias Jurídicas de la Sentencia 31/2010*, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña, Dykinson-Thomson, 2010
- BARONNET Bruno, Stahler Shok Richard, *Luchas "muy otras": zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, UAM Xochimilco-CIESAS, 2011.
- BLATTBERG Charles, *Patriotic Elaborations: Essays in Practical Philosophy*; McGill-Queens University Press, 2010.
- BOUCHARD Gérard, *L'histoire comparée des collectivités neuves: une autre perspective pour les études québécoises*, March, Les Grandes Conférences Desjardins, McGill University Press, 2000.
- COURTIS Christian, "Apuntes sobre la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los Tribunales de América Latina", *Revista sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*.
- DICKINSON John Alexander, *A short History of Quebec*, Montréal, McGill University Press, 2008.
- EAUDE Michael, *Catalonia: A Cultural History*, Signal Books, 2007.
- ETXEBERRIA Xabier (et), *Pueblos Indígenas, Estados y Derechos Humanos*, UIA-Deusto Universidad, México, 2012.
- GONZÁLEZ Miguel, Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz, *La autonomía a debate Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Flacso Ecuador, 2011.
- Greer, Scott L. *Nationalism and Self-Government: The Politics of Autonomy in Scotland and Catalonia* (SUNY Series in National Identities), State University of New York Press, 2008.
- GRIIFIN Jams, *On Human Rights*, OUP, 2008.
- HARGREAVES John, *Freedom for Catalonia? Catalan Nationalism*, Spanish Identity and the Barcelona Olympic Games, CUP, 2000.
- KEATING Michael, *Nations against the State: The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, Palgrave Macmillan; 2ª edición, 2011.
- KYMLICKA Will, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada* (1998).
- , *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, Citizenship* OUP, 2001.

- , *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford: Oxford University Press, 1989/1991).
- MARTEL Marcel, *Speaking Up: A History of Language and Politics in Canada and Quebec*, Between Lines Publishers, Montréal, 2012.
- NASH Kate, *Cultural Politics of Human Rights*, OUP, 2012.
- Pelai Pages i Blanch, Patrick Gallagher, *What's up with Catalonia*, Haymarket books, 2014.
- ROULAND, Pierre Caps y Poumaréde, *Derecho de minorías y pueblos autóctonos*, Siglo XXI, 1999.
- SIERRA Teresa, Siender Rachel, *Justicias Indígenas y Estado*, Flacso Mexico-Ciesas, 2013.
- SMEND Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, UT Verlang, eBook, 2001.
- SMITH Angel, *Anarchism, Revolution and Reaction: Catalan Labor and the Crisis of the Spanish State, 1898-1923*, Berghahn Books, 2007.
- STRUBELL Toni, *Colm Tóibín, What Catalans Want*, Catalonia Press, 2011.
- VAN DE HAAR, Gemma, *Gaining Ground. Land reform and the Constitution of Community in the Tojobal Highlands of Chiapas, Mexico*, Utrecht University/Flacso Costa Rica/Clacso, 2001.
- War and Revolution in Catalonia, 1936-1939: Historical Materialism, Volume 58, OUP, 2011.
- Ziemele Inieta; *Expanding Human Rights Horizons*, Martinus Publisher, Boston, 2005.

Recursos Electronicos

- <http://www.jornada.unam.mx/2013/08/30/politica/017n1pol>
- http://www.parlament.cat/porteso/estatut/eac_es_20061116.pdf
- <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/>
- <http://www.montrealgazette.com/news/imaginary+nation+sovereignists+hurting+Quebec+Legault+says/9714706/story.html>

NOTAS EN TORNO A LA ENSEÑANZA JURÍDICA EN MÉXICO

F. Jorge GAXIOLA MORAILA

El impacto humano y social del derecho, en buena medida, depende de la formación, orientación y calidad de los abogados que aplican la normatividad jurídica, crean y operan instituciones que posibilitan la ponderación y garantía de los derechos.¹ Por eso reflexionar sobre la enseñanza jurídica incide en lo que más importa de él, que es la concreción práctica y vital del derecho; sus efectos reales en las personas y en las sociedades.

En estas notas se hará alusión a una crítica a las funciones y modelos de enseñanza jurídica tradicionales (1), posteriormente se hablará de algunas alternativas y tendencias (2), haciendo referencia incidental, y debo reconocer que coyuntural, al nuevo modelo constitucional que se instaura en México en torno a la garantía difusa de los derechos humanos (3), para concluir con algunas consideraciones personales y recapitulaciones (4).

1. El estudio de las funciones del derecho invita a desconcierto se puede oscilar entre la esperanza y el estupor.

Hay vías de pensamiento y literatura que asocian al derecho, y con razón, con la consecución de altos valores humanos y sociales: dignidad, libertad, igualdad ante la ley, justicia social, paz y estabilidad, entre otros derechos

¹ Owen Fiss es elocuente: "Algunos de nuestros graduados serán jueces; otros se ocuparán de propuestas y redacción de leyes; algunos serán abogados del gobierno, llevando casos en nombre de Estados Unidos o manejando las enormes agencias de persecución penal del Estado moderno; otros construirán las grandes empresas y asociaciones privadas del momento; algunos se dedicarán al comercio internacional y tratarán de asegurar la paz mundial; algunos formarán parte y liderarán agencias administrativas; otros serán los llamados —abogados de interés público—. En cualquiera de estas actividades un abogado debe ser capaz de manejar las palancas del poder, que a menudo permanecen ocultas tras los detalles técnicos. Pero él o ella también deben ser capaces de reflexionar acerca de los fines del sistema jurídico y de diseñar estructuras organizacionales para satisfacer esos fines." FISS Owen. "El derecho según Yale". Contenido en F. BÖHMER Martín. *La enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 26.

que tanto trabajo, vidas y sangre han costado. Hay también visiones que reducen el derecho a dominación, explotación y alienación. Para Luhman, por ejemplo, el derecho resuelve los conflictos, pero también los produce y hasta los hace posibles. Quizás si es terriblemente dura la siguiente frase de Robert Gordon es para que no podamos evadir la reflexión honesta:

...siendo personas profesionalmente entrenadas en el análisis de casos, en la búsqueda de intersticios y lagunas en las normas, en la explotación de la ambigüedad o de la incertidumbre y en el uso de jugadas estratégicas, los abogados tienen la capacidad de sabotear totalmente el sistema. Los clientes que pueden pagar por tales destrezas suelen agotar rápidamente las defensas de adversarios que carecen de dinero, y por lo tanto convertir el sistema jurídico en un mecanismo para infringir las normas cuyo cumplimiento era su misión asegurar. O peor aún, convertirlo en un medio de extorsión y opresión del débil por el fuerte.²

Sin embargo, reconocer este problema no implica rendirse ante él. No lleva a negar su tensa convivencia con funciones valiosas y efectivas de los sistemas jurídicos. En palabras de Ferrari:

El derecho, como el poder, puede tener eficacia también como instrumento de influencia social desde la base hacia el vértice. Utilizando de forma libre la terminología de Mannheim podemos sintetizar este concepto diciendo que el Derecho de una sociedad, esto es, el complejo de mensajes normativos institucionales y —susceptibles de juicio— a través de los cuales los miembros de esa sociedad se influyen recíprocamente, contiene tanto elementos ideológicos como elementos utópicos.³

Los modelos de enseñanza jurídica juegan un papel muy importante en esta tensión del derecho como control ideológico (dominación y ma-

² GORDON, Robert. "La práctica del derecho empresarial como un servicio público". Contenido en F. BÖHMER Martín, *op cit.*, pp. 176 y 177. En el mismo sentido Luis Gómez denuncia: "A lo sumo, la peor falta en que puede incurrir un profesional del Derecho reside en ser ineficaz respecto a la representación de los intereses de la persona —pública o privada— que cubre sus estipendios". GÓMEZ ROMERO, Luis, *La educación jurídica como adiestramiento para la utopía*. Contenido en *La enseñanza del derecho en México. Diagnóstico y propuestas*. Alianza por la Excelencia Académica. Edit. Porrúa. México 2007, pág. 32. Por su parte de la Torre remata: "La virtud del abogado consiste aquí en la habilidad de hacer triunfar una causa "imposible", es decir manifiestamente infundada e injusta, contra un adversario provisto por el contrario de una cantidad de buenas razones. Es tal virtud del "buen abogado" la que es capaz de transformar el error en la razón y la razón en el error y —con trucos casi de prestidigitador— hacer parecer lo que es lícito ilícito y lo que es ilícito lícito". LA TORRE, Massimo. "Juristas, malos cristianos": Abogacía y ética jurídica", trad. de Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Derechos y libertades*. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Año 8, N° 12, 2003, pp. 71-108. La referencia exacta está en la página 106.

³ FERRARI, Vincenzo, *Funciones del derecho*, Ed. Debate. Madrid 1989, p. 101.

nipulación) y el derecho como ruta utópica (protección, redistribución y equilibrio cooperativo).

Estos modelos pedagógicos pueden ser vistos de dos formas: como indicativos para un diagnóstico de las funciones predominantes del derecho, es verdad, pero también como influyentes en el grado futuro de participación de lo ideológico y de lo utópico en el derecho; como coadyuvantes para que su impacto opresivo no prevalezca sobre su impacto protector.

Por su parte, el entendimiento del concepto de derecho y las tendencias de sus formas de enseñanza, así como las universidades en que se imparten,⁴ también muestran contradicciones y tensiones importantes.

Primero se tratará la vertiente ideológica.

La concepción del derecho como ordenamiento cerrado de índole eminentemente textual que subyace todavía en los positivismos ideológicos y en los jusnaturalismos encubiertos,⁵ propicia modelos de enseñanza casi limitados al aprendizaje de contenidos legislativos y al desarrollo más o menos inconsciente de habilidades para operar discursivamente con ese lenguaje normativo;⁶ se trata de la aproximación conocida como "dogmática

⁴ Dice STEINER: "Las universidades son, desde su instauración en Bolonia, Salerno o el París medieval, bestias frágiles, aunque tenaces. Su lugar en el cuerpo político, en las estructuras de poder ideológicas y fiscales de la comunidad circundante, nunca ha estado exento de ambigüedades. Están sometidas en todo momento a tensiones fundamentales. Ninguna institución, ninguna organización de enseñanza superior, ha logrado conciliar de manera satisfactoria las contradictorias exigencias planteadas por la investigación, el conocimiento especializado o la conservación bibliográfica y archivística con las demandas de la educación general y la formación cívica. Las universidades albergan parroquias diversas y, a menudo, rivales. Los objetivos del sabio humanista, del pensador especulativo (hasta cierto punto solitario), del escudriñador de textos y archivos, del cronista de un pasado ilustre, coinciden de manera imperfecta, si es que coinciden de algún modo, con la tarea del pedagogo, del instructor general. Hay en la marmórea quietud de los institutos de estudios avanzados, en un día de Todos los Santos en Oxford, la eterna sensación de que el estudiante es un intruso. Y esto es seguramente cierto en el caso de la enseñanza universitaria de las ciencias teóricas. En términos ideales, la erudición y la filosofía pueden quedar fuera de la actividad docente. Estoy convencido de que deberían. La enseñanza y la camaradería, la provocación mutua en un seminario, han sido mi oxígeno personal. No puedo imaginar mi obra —ni siquiera, y en gran medida, mi ficción— sin ellas. Si me resisto a jubilar me es porque mis alumnos han sido indispensables. Esto es para mí un tesoro." STEINER, George, Errata. *El examen de una vida*. Ed. Siruela. España 2000, pp. 60 y 61.

⁵ Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, pp. 29 y 30.

⁶ "Este contraste entre los dos modos de ser de la ley —que puede ser cerrada o abierta, rígida o elástica, estar intacta o estar manipulada— la mayoría de las veces ha sido reconocido, y, en ocasiones, cuestionado en la historia del pensamiento jurídico. Históricamente, estas alternativas teóricas podrían rastrearse a partir de la temerosa veneración con la que se aceptaba la *lex horrendi carmenis*, inscrita en el bronce de las Doce Tablas en el derecho romano arcaico, que imponía el riguroso respeto de su letra: *dura lex, sed lex scripta est*. Esta fórmula consagró el fetichismo del documento jurídico". FROSINI, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, Ed. Ariel, España 1995, p. 22.

jurídica” que caracteriza a buena parte de la doctrina y de las concepciones pedagógicas de nuestros días.⁷

Esta visión dogmática supone la existencia de una disciplina, la “ciencia jurídica”, que dice ser autónoma, neutral y técnica. Se asume que su misión no es normativa, es decir, no consiste en determinar en abstracto ni de caso en caso prohibiciones, permisiones u obligaciones ni competencias o inmunidades, sino en describir cómo esas posibilidades deónticas fueron determinadas autoritativamente por el ordenamiento jurídico vigente.

La perspectiva de la dogmática jurídica que aquí se caracteriza asume la preexistencia de un derecho estable, determinado, cognoscible y a fin de cuentas justo, por lo cual sostiene la necesidad de abogados y jueces como operadores técnicos y sólo para hacerlo efectivo. Bohmer sostiene al respecto:

La elección de esta concepción general de la enseñanza del derecho respondió en su momento a importantes prioridades políticas. Coincidió con la construcción del Estado nacional y permitió homogeneizar el servicio de justicia a través de una férrea centralización que fue acompañada por el dogmatismo [...] en la formación de las elites. No eran tiempos de discusión democrática, eran tiempos de construcción de acuerdos alrededor de un proyecto de país diseñado desde el centro de decisión del Estado nacional.⁸

En consecuencia, este modelo dogmático, de corte legalista, no suele analizar ni presentar a la atención del estudiante o jurista problemas de primer orden como los de la reforma del material normativo (política legislativa y técnica legislativa), ni las técnicas necesarias para la determinación normativa y aplicación del derecho en entornos cooperativos (contractuales, societarios o administrativos), ni adversariales (solución

⁷ Rodolfo Vázquez la caracteriza diciendo que: “Como ideología, la concepción formalista o positivista ortodoxa puede asumir la posición extrema de identificar validez con justicia. La sola existencia de la norma exige no únicamente su obediencia jurídica sino también moral. El estudiante debe habituarse a repetir, sin criticar o cuestionar, el contenido de las normas y a entender que los juicios de orden político o moral deben reservarse al ámbito extra-universitario. El derecho no anuncia ni denuncia, no es un factor de transformación social. El estudiante se va perfilando así con un carácter de tipo conservador. Me refiero, naturalmente, a lo que se ha llamado “positivismo ideológico”, que tantas críticas ha recibido de los propios teóricos del positivismo, pero que es muy frecuente encontrar entre los profesionales del derecho. En buena medida esta herencia “continental” ha definido y caracterizado a gran parte de nuestras Facultades de Derecho latinoamericanas y no creo exagerar si digo que constituye nuestro paradigma más relevante.” Vázquez, Rodolfo. *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. Edit. Trotta. Madrid 2006, p. 247.

⁸ F. BÖHMER Martín. *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999, pp. 17 y 18.

judicial y extrajudicial de conflictos). En suma, cuando la dogmática predomina en los modelos de enseñanza, no se incentivan ni desarrollan las capacidades de los operadores jurídicos para criticar, justificar, reformar, moderar o siquiera aplicar la ley.⁹

Otro indicio del carácter ideológico y de la insuficiencia de la dogmática jurídica tradicional, radica en su frecuente desatención a consideraciones empíricas, sean estas condicionantes¹⁰ o consecuentes de lo jurídico. En ella prácticamente desaparecen del análisis los problemas asociados a la prueba de los hechos, tan importantes en la jurisdicción,¹¹ como también el análisis de las consecuencias reales en las personas y en las sociedades concretas de las normas jurídicas y de sus distintas posibles instituciones, prácticas y formas de aplicación.¹² En el primer caso, la desatención de las técnicas de probanza, muestra un insuficiente compromiso de la docencia con la eficacia

⁹ Para José Ramón Cossío: “En otros términos, la situación actual de los estudios “jurídicos” acerca del derecho puede resumirse de la siguiente forma. En lo que hace a la dogmática, primero, porque ha tenido pocos avances desde el siglo XIX, en tanto que sus formas de realización continúan basándose en la consideración de la ley en términos fundamentalmente textuales e intrasistémicos y, por ende, con casi total exclusión de otras “fuentes” del derecho; segundo, porque como consecuencia de lo anterior, sus formas de acercamiento al derecho continúan siendo aquellas que produjeron los franceses y los alemanes a lo largo del siglo XIX; tercero, porque continúan presuponiendo, a partir de considerar la existencia de una sociedad fundamentalmente homogénea, un derecho también homogéneo y, cuarto, porque de hecho se mantiene una fuerte separación entre las dogmáticas jurídicas y las teorías del derecho.” Cossío D. José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*. Edit. Porrúa. México 2001, pp. 342 y 343.

¹⁰ También se elude, con la salvedad de movimientos como el realismo escandinavo y el americano, la relación entre derecho y psicología, decisiva para la comprensión teórica del fenómeno jurídico y para el cálculo de las consecuencias de su aplicación: “Los senderos recorridos una y otra vez por los juristas, significativos y relevantes sin duda en el orden interno, se reiteraron una y otra vez, mas siempre desentendiéndose de todo lazo con lo biológico, lo social y lo psíquico”. MARÍ, Enrique, *Diferentes modos de acceso a la articulación entre derecho y psicoanálisis*. Contenido en Courtis, Christian. *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Ed. Eudeba, Buenos Aires 2001, p. 40.

¹¹ “En tanto criterio de justificación en el ámbito jurídico, la coherencia se divide en normativa y narrativa. La primera se puede configurar como una parte de la justificación externa de la premisa mayor de un silogismo decisional o de un silogismo conclusivo de una propuesta doctrinal de sentencia ferenda. La segunda se puede justificar como una parte de la justificación externa de la premisa menor de un silogismo decisional o de un silogismo conclusivo de una propuesta doctrinal de sentencia ferenda” Comanducci Paolo, *razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, Edit. Fontamara, México 1999, p. 59.

¹² Las cuestiones sobre los hechos (su —sucedida—, su contingencia, su controvertibilidad, la dificultad para probarlos, su difícil relación con las teorías de derecho que creamos) son debilidades de la educación jurídica contemporánea. H. Schuck, Meter. ¿Por qué los profesores de derecho no hacen más investigación empírica?, en F. Böhmer, Martín. *La Enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 131.

de los servicios de representación y decisión en juicio. En el segundo caso, la desatención de las consecuencias empíricas (vitales, sociales, económicas, políticas) evidencia pretender una separación del derecho respecto a su función social y, por tanto, se sugiere una excluyente de responsabilidad de los juristas y jueces en relación con las consecuencias reales de la aplicación y desaplicación del derecho; de los actos u omisiones del propio operador jurídico.

De esta forma, el modelo de la dogmática, llevado al extremo, hace sentir liberado al jurista de su responsabilidad frente a la realidad. En el extremo, puede llegar a sustituir la responsabilidad por una edificante actitud de adoración y culto a los textos, vistos como objetos para memorizar e interrelacionar en un universo lingüístico cerrado, dentro del cual las soluciones en el mundo conceptual y las satisfacciones personales son más fácilmente asequibles.

Es bien sabido que la crítica a la dogmática y a sus formas de enseñanza también ha mostrado la falsedad de sus supuestas autonomía y neutralidad. Es generalmente aceptado en teoría del derecho, que los procesos interpretativos de la dogmática en muchas ocasiones no sólo describen y ordenan, sino que también reformulan y redefinen los contenidos normativos, con lo que, aunque sea involuntariamente, se genera una nueva instancia normativa, sin lugar específico en el escalonamiento jerárquico de los sistemas normativos formales y sin instancias de control institucional.

Más radicalmente Duncan Kennedy llega a sostener que la enseñanza jurídica tradicional como la que aquí se describe busca, no sólo operar una silenciosa reforma del derecho, sino también una transformación inconsciente de sus operadores, produciendo hábitos de subordinación para el ascenso social, que prácticamente asegura el éxito de la función perversa del derecho y el fracaso de sus posibilidades emancipadoras.¹³

¹³ "Dentro y fuera del aula, los estudiantes aprenden un particular estilo de respeto. Aprenden a sufrir alegremente ser interrumpidos en medio de una frase, recibir bromas y ataques *ad hominem*, ser dejados de lado sin razón, soportar preguntas que por vagas resultan imposibles de responder, pero que de algún modo siempre se responden mal, ser abruptamente ignorado y recibir señales de aprobación tacañas (aunque estas cosas no sean la norma siempre y en todas partes). Aprenden, si tienen talento, que ofrezca alguna resistencia antes de ser doblegada. Aprenden a saborear migajas, a olfatear indicios del humor del amo, que puede significar la diferencia entre un buen día y uno miserable. Aprenden a tomar todo esto de buena gana, y que a veces hay timidez, buenas intenciones, y compromiso en que uno aprenda detrás de la fachada autoritaria. Lo mismo sucederá con muchos cascarrabias de toga en los años por venir." Kennedy, Duncan. *La educación legal como preparación para la jerarquía*. Contenido en Courtis, Christian. *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 394.

En la misma línea pero en un enfoque más allá del derecho, George Steiner denuncia el carácter criminal y pecaminoso de toda enseñanza utilitaria o gerencial, ya no en su futura función social, sino en lo más profundo de las vidas de los educandos:

Enseñar con seriedad es poner las manos en lo que tiene de más vital un ser humano. Es buscar acceso a la carne viva, a lo más íntimo de la integridad de un niño o de un adulto. Un Maestro invade, irrumpe, puede arrasar con el fin de limpiar y reconstruir. Una enseñanza deficiente, una rutina pedagógica, un estilo de instrucción que, conscientemente o no, sea cínico en sus metas meramente utilitarias, son destructivas. Arrancan de raíz la esperanza. La mala enseñanza es, casi literalmente, asesina y, metafóricamente, un pecado. Disminuye al alumno, reduce a la gris inanimidad el motivo que se presenta. Instila en la sensibilidad del niño o del adulto el más corrosivo de los ácidos, el aburrimiento, el gas metano del hastío.¹⁴

Así, el carácter ideológico, conservador y deficitario de esta concepción del derecho y de las formas de enseñanza típicas de la dogmática jurídica requieren revisiones a fondo y ajustes inmediatos. La urgencia de la renovación se aquilata más en nuestros días, caracterizados por la hiperinflación normativa, la incontrolable dinámica de sus reformas, la influencia política de poderes fácticos y el llamado *soft law*, el traslado de la deliberación parlamentaria a las cúpulas partidarias y el activismo judicial; en tiempos caracterizados también por nuevas tensiones que amenazan la paz global, por la necesidad urgente de soluciones sociales a problemas de la mayor gravedad y dificultad (guerras, desigualdad, criminalidad e inseguridad, por ejemplo), por entornos como el nuestro en México, que empiezan a ser dinámicos, democráticos y deliberativos y, por qué no decirlo, también injustos, inseguros, frágiles e inestables.

2. Por una parte, la enseñanza dogmática no peca, sino cumple una misión fundamental, cuando expone debida y didácticamente los ordenamientos jurídicos. Ésta es una tarea de gran importancia para el estudiante y de utilidad para el jurista práctico. En lo social contribuye a la transmisión, unidad, orden, predictibilidad y eficiencia de los ordenamientos positivos.

Por ende, los problemas más graves de la dogmática, no derivan de su contenido, sino de su forma de enseñanza y práctica reduccionistas y desarticuladas de otras disciplinas y quehaceres. Más aún en una época como

¹⁴ STEINER, George, *Lecciones de los maestros*, Ed. Siruela, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 26

la nuestra, en que se renuevan las concepciones del derecho, el compromiso con sus funciones axiológicas y sus formas de enseñanza. Veamos.

Las más recientes concepciones teóricas del derecho, que van permeando progresivamente la enseñanza, no lo presentan como un texto autónomo a cultivar, sino como un instrumento de acción social que tiene responsabilidades morales, políticas y sociales. Esto no lo priva de su especificidad técnica, pero sí de sus supuestas autonomía y neutralidad. Sobre todo de su desentendimiento de la realidad social y humana y de los valores que han de realizarse en ellas.

En el nuevo enfoque no se debe estudiar el derecho acompañado modestamente por sus llamadas "ciencias auxiliares", sino que se concibe como un fenómeno histórico y proyectivo, como una realidad sociocultural, susceptible de diversas aproximaciones teóricas, y demandante de explicaciones interdisciplinarios, donde tengan cabida los textos normativos, los valores y la realidad social e histórica. Por eso para Ferrajoli, la superación de las actuales crisis del derecho debe transitar por una reforma de la ciencia y de la cultura jurídicas:

...una cultura jurídica que tome en serio las constituciones tiene la tarea y la responsabilidad de restablecer, junto al significado de las palabras, el sentido mismo de la democracia y de sus garantías.¹⁵

Esta cuestión nos lleva a la tradicional polémica entre la vinculación o desvinculación conceptual entre moral, política y derecho. En este punto los objetivos teóricos son diversos y cruciales. Con esa reserva destaco una ventaja de la tesis de la separación en el plano teórico, por ser más rica en lo analítico y más favorecedora de la crítica y la reforma valorativa a los contenidos normativos y a las prácticas jurídicas. Pero que, aún en el caso de que en lo conceptual el derecho no requiera ser moral ni políticamente correcto para ser formalmente válido, que pueda concebirse un derecho injusto o antisocial, no significa que se renuncie a la aspiración y al compromiso por un derecho justo y efectivo. En síntesis, en esta perspectiva el derecho no se presenta necesariamente vinculado conceptualmente como parte de la moral ni de la política, pero su aplicación y enseñanza se presentan como responsabilidades que deben cumplirse con eficacia bajo

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Jus positivismo crítico y democracia constitucional* en *Isonomía*, No. 16, abril de 2002.

el imperio de la ética, considerando los valores morales y sociales en sus principios y consecuencias.

Esta visión implica un diferente entendimiento de lo jurídico y también de su práctica, al presentarse el derecho como parte del objeto de estudio crítico de la moral. Su contenido, práctica y efectos quedan ahora sujetos al juicio de la responsabilidad ética y política. En casos señalados, al juicio de la responsabilidad histórica; en otras palabras, quedan vigilados, denunciados u orientados por su función utópica.

Esta reconceptuación del derecho y de sus funciones obliga a un rediseño del enfoque de enseñanza. Aquí la docencia, sin renunciar a su función informativa, también asume su misión crítico-normativa y debe hacerlo generando entornos y prácticas deliberativas con responsabilidad y con justificación racional y axiológica, es decir, con argumentación lógica y moral. En esta nueva visión del derecho y su enseñanza, tiene cabida la universidad. Se cita a don Carlos de la Isla:

Donde todo está dicho por el dogma acabado y dominante y donde el proceso pedagógico consiste en la sistemática repetición, allí no hay lugar para la utopía. Sin embargo, el lugar ideal para la utopía es la Universidad, cuyo encargo esencial asignado por la sociedad sensata es pensar, pensar radicalmente, llevar a las aulas los problemas del mundo para someterlos al laboratorio del análisis crítico y, después del juicio libre y limpio, construir utopías, inventar soluciones y, por supuesto, comprometerse con ellas.¹⁶

Ahora bien, es frecuente la combinación desarticulada de materias estrictamente dogmáticas y de otras materias con propósitos formativos en valores. En la medida en que las consideraciones de responsabilidad y conciencia no se limiten a las llamadas "materias formativas", sino que tengan adecuada presencia transversal en las materias dogmáticas, se reduce el riesgo de confusión, frustración o cinismo en los estudiantes. Recuerdo con gusto que ya lo decía Gustavo R. Velasco, exrector de la Escuela Libre de Derecho y uno de los principales promotores de la revisión de su plan de estudios a mediados del siglo pasado:

Por lo que respecto a los problemas morales del abogado, a los deberes especiales que pesan sobre él, a los conflictos que hace hacer el ejercicio de su profesión, si puede y de suministrarle tanto información como consejo. Para este fin los profesos-

¹⁶ DE LA ISLA, Carlos, *De la perplejidad a la utopía*. Ed. Coyoacán, México, 1998, p. 29.

res deberán comentar las cuestiones morales cuando éstas se presenten e inclusive cuidar de destacarlas siempre que para ello se ofrezca ocasión.¹⁷

Por otro lado, en esta visión renovada se supera la idea de autonomía de la ciencia jurídica, lo que permite además de revisar la dogmática, a vincularla con teorías y técnicas de argumentación probatoria¹⁸ y sobre todo con consideraciones científicas sobre la realidad, como es el caso de la historia, la sociología, y la economía, entre otras. Es cierto que estas materias se han incorporado a los planes de estudios de la carrera de derecho desde hace tiempo. Lo que habría que procurar, como ha recalado Jerome Frank,¹⁹ es cultivarlas enfatizando sus interacciones con lo jurídico, de manera que el estudiante no aprecie un mundo fragmentado en realidades económicas, sociales, morales y jurídicas, sino una realidad que puede verse desde la integración de todas esas perspectivas y en la que, cuando se actúa comprometidamente, incluso como jurista, hay que hacerlo tomando en cuenta todos sus factores relevantes en forma articulada y coordinada.²⁰ La dificultad de lograr esa articulación (que ya habría sido denunciada por Carnap)²¹ no debe hacernos cejar en el objetivo.

En este entorno cambiante y más deliberativo, la enseñanza debe enfatizar el desarrollo de competencias abiertas sobre las cerradas.²² Esto

¹⁷ R. VELASCO, Gustavo, *La preparación del abogado*, Conferencia sustentada por el Lic. Gustavo R. Velasco, el 14 de abril de 1948, p. 46.

¹⁸ Hay relativa escasez de literatura sobre la prueba de los hechos en juicio, entre las obras más destacables traducidas al castellano está la de Michelle Taruffo, *la prueba de los hechos*, Ed. Trotta, 2002.

¹⁹ "Podría considerar —problemas estrictamente jurídicos— a la luz de otros estudios sociales (mal llamados —ciencias sociales—) como la historia, la ética, la economía, la política, la psicología y la antropología. Algunos simples cursos prejurídicos en esos campos, desconectados del material vivo de la acción humana con la que los abogados tienen que tratar, han probado ser un fracaso. La integración se debe lograr dentro de las facultades de derecho". FRANK Jerome, *Una defensa de las escuelas de abogados*. Contenido en F. BÖHMER Martín, *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 55.

²⁰ "Toda educación, toda socialización de la conciencia, arranca de una fragmentación de la realidad en parcelas separadas, de suerte que sea así posible un posterior (y peculiar) discurso unificador. Toda formalización permite un tratamiento lógico (y mitológico) de las hipotéticas parcelas separadas de la realidad. Toda sintaxis, al disponer las piezas sueltas en un orden (taxis), recupera (substituye) la totalidad perdida bajo forma de significado". PÁNIKER Salvador, *Filosofía y mística*. Ed. Kairós, Barcelona, España, 1999, p. 9.

²¹ "Si uno está interesado en las relaciones entre campos que, a tenor de las divisiones académicas al uso, pertenecen a departamentos diferentes, no se le acogerá como "constructor de puentes", como podría esperar, sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso intelectual". RUDOLF Carnap, *Biografía Intelectual*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1992."

²² SAVATER refiere que "...John Passmore establece una distinción entre capacidades abiertas y cerradas. La enseñanza nos adiestra en ciertas capacidades que podemos denominar —cerradas—, algunas estrictamente funcionales —como andar, vestirse o lavarse— y otras más sofisticadas, cómo

implica el mejor manejo de la teoría y filosofía del derecho y el uso de pedagogías dirigidas más hacia *aprender a aprender*, que simple o principalmente a retener información.²³ (Quizás no sobra recordar que, como recuerda De Closets, la cultura es lo que queda después de que olvidamos todo).²⁴

Por eso, hoy en día, se aprecia la necesidad de sumar a la exposición de tipo dogmático de instituciones clave (competencias cerradas), el estudio teórico de conceptos fundamentales, de formas lógicas de operación de normas jurídicas (como es el caso de la ponderación de derechos fundamentales o principios), la discusión de problemas y el desarrollo de habilidades para la solución integral de casos prácticos (competencias abiertas).

No es menor el cambio, cuando además de preparar al jurista para conocer el material normativo indeterminado, cambiante e hipertrofiado, también se le hace capaz de aprender y operar normatividades desconocidas y atender a las implicaciones reales de su actividad, tanto en lo estratégico y eficiente, como en lo moral y político.

En algunos entornos esta formación de capacidades abiertas y la reasunción del sustrato humano y social de la práctica jurídica suele vincularse con la docencia basada en análisis de casos. En este punto también hay una oposición al reduccionismo inverso al anteriormente descrito, por lo que debe quedar claro que recuperar la atención a la realidad, no debe

leer, escribir, realizar cálculos matemáticos o manejar un ordenador. Las capacidades —abiertas—, en cambio, son de dominio gradual y en cierto modo infinito. Algunas son elementales y universales, como hablar o razonar; y otras sin duda optativas, como escribir poesía, pintar o componer música." Agrega que "Otra diferencia: el ejercicio repetido y rutinario de las capacidades cerradas las hace más fáciles, más seguras, disuelve o resuelve los problemas que al comienzo planteaban al neófito; en cambio, cuanto más se avanza en las capacidades abiertas más opciones divergentes se ofrecen y surgen problemas de mayor alcance. Una vez dominadas, las capacidades cerradas pierden interés en sí mismas aunque siguen conservando toda su validez instrumental; por el contrario, las capacidades abiertas se van haciendo más sugestivas aunque también más inciertas a medida que se progresa en su estudio." SAVATER Fernando, *El valor de educar*, Ed. Ariel, México, 1997, p. 48.

²³ "En Estrasburgo se celebró un coloquio jurídico. El tema iba más allá del análisis de la educación superior. La pregunta inicial se formuló así: La enseñanza actual de las disciplinas jurídicas y económicas, ¿responde a las necesidades de la vida contemporánea? A la reunión asistían no sólo juristas sino banqueros, hombres de negocios, magistrados, políticos. La conclusión unánime fue: cultura general, comprensión de los problemas económicos, sociales y morales. La facultad deberá proporcionar una comprensión profunda y total, sociológica, histórica y filosófica de los hechos del mundo actual, lo que supone una transformación de los métodos de enseñanza, de su contenido; no necesariamente la creación de nuevos cursos, sino la interpretación de la filosofía, de la historia en la vida jurídica". DE LA ISLA, Carlos. *De la perplejidad a la utopía*. Ed. Coyoacán, México, 1998, p. 42.

²⁴ DE CLOSETS, François. *Cómo se aniquila la alegría de aprender*, Ed. Océano, México, 2003, p. 39.

implicar el descuido del dominio del ordenamiento jurídico y de sus formas lingüísticas y lógicas de operación; nada más significa hacerlo en forma responsable, interdisciplinaria, práctica y no reduccionista en sentido alguno. Por otra parte en la enseñanza por el método del caso deben combinarse el desarrollo de competencias estratégicas (la propias de los litigantes) y argumentativas en sentido normativo (como las de los jueces), buscando evitar que un énfasis en lo estratégico produzca actitudes cínicas en las que lo que importa es persuadir con efectividad, sin importar de qué ni para qué se persuade. Más bien opto por hacer énfasis en el aspecto normativo de la argumentación dentro del método de casos porque creo que los criterios de corrección, en la medida en que puedan operar y demostrarse, son mucho más valiosos que los de persuasión.

Hay pues que mantener técnicas de exposición y comprensión de textos y, al mismo tiempo, fortalecer las capacidades abiertas de análisis teórico, lógico y casuístico.

Ahora, en el mejor de los escenarios, el acompañamiento de la vertiente casuística de la enseñanza del derecho no versa principalmente sobre planteamientos pretéritos o hipotéticos, sino sobre la solución de casos reales bajo la dirección y responsabilidad de profesores aptos. Este modelo se conoce como "enseñanza clínica" ya que es tomado de las prácticas de instrucción de la medicina (cuando ésta se entiende como una ciencia para los enfermos y no para las enfermedades).²⁵ La enseñanza clínica tiene al menos tres efectos deseables:

Primero, conecta al estudiante con las complejidades, retos y dilemas de los casos prácticos, evitando la suerte de esquizofrenia que sufre el joven abogado cuando quiere poner en práctica lo aprendido en la escuela, pero ahora inserto en una realidad insospechadamente compleja y muchas

²⁵ "Una gran parte de las facultades de medicina se sustentan en las clínicas y dispensarios gratuitos. Ahora existen grandes clínicas jurídicas en los consultorios jurídicos gratuitos (*the offices of the Legal Aid Society*). Hoy en día, sin embargo, no son una contrapartida a las clínicas y dispensarios médicos. Los médicos más hábiles entregan una considerable parte de su tiempo a las clínicas, mientras que los consultorios jurídicos gratuitos están, en su mayoría, conformados por hombres que no son líderes en su profesión. Los consultorios se encuentran también limitados en la clase de casos que pueden tomar, y los profesores de derecho tienen un pequeño, si es que hay alguno, contacto directo con los esfuerzos que allí se realizan." Frank Jerome. *Una defensa de las escuelas de abogados*. Contenido en F. BÖHMER Martín. *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 51.

veces reticente a la prevalencia de los derechos y de los procedimientos reglados;

Segundo, desarrolla habilidades, es decir incentiva el desarrollo de capacidades con conocimiento, en sustitución de los peligros del conocimiento sin capacidades;

Tercero, y esto parece ser lo más importante, pone al alumno en contacto con algunos de los aspectos más dramáticos de la realidad social y de la vida; le permite participar en una vía para resolver problemas o, al menos, para reducir el horror en todo lo posible; además y, esto no es nuevo, pasa de Aristóteles hasta MacIntyre,²⁶ ese contacto, esa experiencia, desarrolla la indignación y la empatía que nutren las más genuinas convicciones éticas y los compromisos sinceros con las funciones utópicas del trabajo y del derecho. En palabras de Kant:²⁷

(...) es un deber no eludir los lugares donde se encuentran los pobres a quienes falta lo necesario, sino buscarlos; no rehuir las salas de los enfermos o las cárceles para deudores para evitar esa dolorosa simpatía irreprimible; porque éste es uno de los impulsos que la naturaleza ha puesto en nosotros para hacer aquello que la representación del deber por sí sola no conseguiría.

Esta concepción que pone a la vivencia (o al hábito en Aristóteles) como una fuente del genuino compromiso moral, tiene otro tipo de implicaciones en el ambiente universitario. Si la vivencia o el hábito son la vía más efectiva de asumir los valores éticos y políticos, no hay mejor manera de inculcar el respeto a derechos, la civilidad en la resolución de los conflictos y la deliberación racional en el tratamiento de las diferencias, que insertando a los estudiantes en un ambiente universitario de respeto de derechos (y deberes), civilidad y debate libre y juicioso. En consecuencia, una universidad que contribuya al respeto, a la libertad, a la garantía de los derechos y a la discusión madura, no debe limitarse a la transmisión verbal de sus valores, sino debe constituir su práctica cotidiana como elemento fundamental de formación.

²⁶ "Por lo tanto, la pregunta que surge es: ¿Qué consecuencias tendría para la filosofía moral considerar el hecho de la vulnerabilidad y la aflicción, y el hecho de la dependencia como rasgos fundamentales de la condición humana? Y una pregunta adicional: ¿De qué modo deberíamos empezar a responder a esta pregunta?" MAC INTYRE, Alasdair. *Animales racionales y dependientes*. Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p. 18.

²⁷ KANT, Immanuel, *la metafísica de las costumbres*, trad. cast. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 1999, p. 329 (sección 35).

Alarma el peligro de una enseñanza que fomente valores por medio de sus mensajes y de sus prácticas, si esos valores no están estrictamente sujetos al examen crítico, a la discusión abierta y al juicio de la experiencia histórica. También preocupa reconocer que las ciencias sociales y las filosofías contrarrevolucionarias y positivistas desde el siglo XIX han puesto en duda, y con buenas razones, la posibilidad de ese examen crítico de los valores, más allá de una racionalización psicológica de resortes subjetivos e ideológicos.

Aquí llegamos a dos callejones sin salida: educación con valores como adoctrinamiento (a veces criminal y genocida), o educación sin valores como información sin formación (como si ello fuera neutral e inofensivo).

Sin embargo, la segunda mitad del siglo XX, y los inicios del XXI, se han caracterizado porque la filosofía y el derecho han recuperado el estudio de los planteamientos éticos con altos niveles de rigor analítico y crítico. Es decir, han recuperado las discusiones éticas no como adoctrinamiento, dogma o adorno de la personalidad,²⁸ sino como cuestiones de la máxima importancia, sujetas al mayor control posible de la racionalidad deliberante y a restricciones de tipo semántico y discursivo. Esta imprescindible cautela en el análisis y en la deliberación ética, también responde a la asimilación de experiencias históricas que no deben repetirse, ni sostenerse donde se replican,²⁹ de episodios en que los ideales absolutos excluyentes de toda crítica y discusión abierta, sirvieron de pretexto a la opresión, humillación y muerte de millones de personas.

²⁸ A veces la ética opera como adorno a la personalidad al estilo de lo que Kundera denomina "poesía lírica": "La poesía lírica es un territorio en el que cualquier afirmación se hace verdad. El poeta lírico dijo ayer: la vida es vana como el llanto, hoy dice: la vida es alegre como la risa y en las dos ocasiones tenía razón. Hoy dice: todo termina y cae en el silencio, mañana dirá: nada termina y todo sigue sonando eternamente y las dos aseveraciones son válidas. El poeta lírico no está obligado a demostrar nada; la única demostración es el patetismo de la vivencia. El genio de lo lírico es el genio de la inexperiencia. El poeta sabe poco del mundo, pero las palabras que de él salen se estructuran en conjuntos hermosos que son definitivos como el cristal; el poeta es inmaduro y sin embargo su verso es tan acabado como una profecía ante la cual hasta él mismo queda asombrado." "El poeta lírico dibuja en sus poemas su autorretrato; pero como ningún retrato es totalmente fiel, podemos decir —con el mismo derecho— que retoca su cara con sus poesías", KUNDERA Milan, *La vida está en otra parte*. Ed. Planeta Mexicana. México, 2002, p. 240.

²⁹ Sobre este grave asunto de las ideas absolutas como motores de exterminio puede verse el magistral ensayo *the pursuit of the ideal* de Isaiah Berlin en *the proper study of mankind*. Farrar, Straus and Giroux, New York, 1997, pp. 1 a 17. Un demoledor estudio de prácticas institucionales denigrantes en nuestros días (en la prisión de Abu Ghraib, Irak), al estilo de la nazi, puede verse documentada y analizada por ZIMBARDO Philip, *The lucifer effect*. Random House Trade Paperback, New York, 2008

Todavía mejor, no asistimos sólo a un resurgimiento de la argumentación y la ética, sino de la argumentación y de la ética aplicadas.³⁰

Como ya se había dicho, ello es indispensable ante la mayor importancia y complejidad que la práctica jurídica reviste en la actualidad: Los pro-

³⁰ Atienza caracteriza a las actuales tendencias de entender el derecho como práctica argumentativa comprometida con principios en los siguientes términos. La lista es larga, pero vale la pena su transcripción total: "Quizás ninguno de esos autores (los dichos, MacCormik, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli) asuma todos los rasgos que ahora señalaré, pero sí la mayoría de los mismos que, por lo demás, están estrechamente ligados con el enfoque argumentativo del Derecho. Serían los siguientes:

- 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico;
- 2) La tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico;
- 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no tan sólo— en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto —o también— en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.;
- 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho;
- 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos;
- 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución;
- 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas —de sujeción del juez a la ley— pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales;
- 8) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral;
- 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política;
- 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia;
- 11) El debilitamiento de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho;
- 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones —y, por tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática;
- 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso;
- 14) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica." ATIENZA Manuel *El derecho como argumentación*. Ed. Fontamara, México, 2004, pp. 124 a 126.

cesos legislativos afrontan una sociedad más deliberativa.³¹ El relativamente reciente desarrollo jurisprudencial del derecho en México, el entendimiento de la jurisdicción como ponderación de principios y la aplicación difusa de los derechos humanos, entre otros rasgos de nuestra práctica jurídica actual, exigen un mayor dominio de la argumentación jurídica y del análisis de las implicaciones sistémicas y prácticas que pueden tener las decisiones judiciales, si no las queremos ver reducidas al predominio de subjetividades enmascaradas de grandes palabras.³² Las tendencias hacia la oralidad y los medios alternativos de solución de conflictos requieren y requerirán el desarrollo de habilidades y de competencias valorativas e incluso políticas (en el más alto sentido de la palabra) para el ejercicio de la profesión. La creciente efectividad del derecho en la solución de los conflictos políticos y sociales ha traído aparejada una intensa judicialización del espacio público, así como la aparición de nuevos retos para los juristas.

La actual debacle de las finanzas internacionales merece una mención especial entre los desafíos que se deberán enfrentar en el mundo entero a lo largo de los meses o años venideros. Es previsible que los paradigmas de política económica se seguirán transformando radicalmente, confiriendo al Estado un papel más activo en la regulación de la economía, de los flujos de información y de los mercados financieros. Esto, aunado a la organización e internacionalización del crimen y a la influencia de los medios y otras formas de telecomunicación en la cultura y en la política, no sólo hará necesaria la reconstrucción de la regulación de la iniciativa privada, sino también la del derecho público que deberá ser adecuado para

³¹ En concepto de Dworkin: "El principio legislativo de integridad requiere que la legislatura luche para proteger los derechos morales y políticos de todos, de modo que las normas públicas expresen un esquema de justicia y equidad coherente", DWORKIN Ronald. *El imperio de la justicia*, Ed. Gedisa, Barcelona 1988, pp. 161 y 162.

³² Piénsese, por ejemplo, el tipo de análisis que requiere la aplicación en casos concretos de la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que requiere de un análisis conceptual y de ponderaciones que demandan un alto nivel argumentativo: Jurisprudencia P/J. 130/2007 "Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica." "De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados."

gobiernos que querrán estar más involucrados en el control de la vida social y económica. Por ende gobiernos más fuertes deberán estar mejor sujetos al Derecho, a la transparencia y a la deliberación democrática, al tiempo que habrá que construir más efectivas y eficientes garantías a los derechos fundamentales.

De aquí la importancia del resurgimiento de la ética y de la política en la actual discusión filosófica de carácter crítico y abierto. De aquí la trascendencia de la reconcepción del derecho como un medio destinado a preservar valores humanos, de todas y cada una de las personas, y valores sociales.

En las teorías contemporáneas que intento describir no se trata de sustituir el derecho por la moral; se trata de reconocer *prima facie* el valor obligatorio de sus reglas, al mismo tiempo que asumir en su aplicación e interpretación la función axiológica y práctica de sus principios.³³

Además parece que en nuestros días el giro hacia la ética no es privativo de la filosofía y del derecho; hay aspectos propicios en las prácticas sociales (como es el caso del problema ambiental). Incluso Lipovetsky, célebre crítico de la sociedad del hiperconsumo y del imperio de lo efímero, reconoce la recuperación de la ética en el debate y en diversos aspectos del comportamiento social.³⁴

Rodolfo Vázquez ofrece una síntesis de la situación de los actuales estudios jurídicos que vengo describiendo como superadores del reduccionismo dogmático. Se transcribe:

³³ En palabras de MacCormick: "Una buena parte del debate contemporáneo está dedicado a la rehabilitación, de una forma u otra, de la concepción de que las razones de principio tienen primacía sobre el razonar simplemente a partir de reglas, y de que en el discurso jurídico las razones sustantivas tienen primacía sobre las simples —razones de autoridad—. En la medida en que tales argumentos pretenden subvertir o impugnar la teoría de que los sistemas jurídicos contienen de manera central sistemas de reglas en sentido estricto y específico, tales argumentos están simplemente equivocados. Pero si se los interpreta en el sentido de que la racionalidad jurídica, o el razonamiento jurídico en cuanto modo de discurso racional, debe contener siempre más que mero razonamiento a partir de reglas, entonces son manifiestamente correctos." MACCORMICK Neil. "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en BETEGÓN Jerónimo y DE PÁRAMO Juan Ramón. *Derecho y moral*, Ed. Ariel, España 1990, p. 20.

³⁴ "La verdad es que nuestra época presencia menos la desvalorización de todos los valores que una recuperación de la pregunta moral, que tiene que ver con el retroceso de la influencia de lo político y de los grandes sistemas de sentido. A medida que crece el poderío de la técnica y del mercado, el dominio ético se amplía, se redignifica, se reactiva; lo ilustran los debates sobre biotecnologías, el aborto y la eutanasia, el matrimonio homosexual, la adopción de niños por homosexuales la cuestión del velo islámico, el acoso moral". LIPOVETSKY, Gilles. *La felicidad paradójica*. Ed. Anagrama. Barcelona 2007, p. 343.

[En la concepción que entiende el derecho como argumentación —según la describe Manuel Atienza—]... la formación del jurista supone, entre otras, las siguientes tesis: la tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política; la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito o la utilidad, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia; la importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones —y, por lo tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática; ligada a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o de coherencia o de integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones; por último, la consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.

Desde el punto de vista ideológico, si por educación se entiende un proceso mediante el cual se preserva, transmite y recrea una cultura común —conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas—, tal proceso se justifica desde el modelo argumentativo y democrático cuando se favorece la formación y el ejercicio de la autonomía personal; el fortalecimiento de la dignidad humana y el trato igualitario de los individuos a través de la no discriminación; o, en su caso, de la diferenciación en virtud de rasgos distintivos relevantes”.³⁵

3. Un nuevo elemento recientemente entró a escena, quizás con uno de los papeles protagónicos, cuando se piensa en la enseñanza del derecho en México. Me refiero al llamado “nuevo modelo constitucional” que ha motivado a la Suprema Corte de Justicia mexicana a dar por terminada la Novena Época de jurisprudencias para dar entrada a los renovados criterios de la Décima.

El nuevo modelo lleva décadas en construcción en los entornos teóricos y jurisdiccionales, pero un acto legislativo y su interpretación por la Suprema Corte patentizan su predominio actual. En 2011 se reformó la Constitución, entre otros efectos para establecer en su artículo primero principalmente:³⁶

³⁵ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. Edit. Trotta. Madrid 2006, pp. 252 y 253.

³⁶ Artículo 1º En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

- a. Que las normas de derechos humanos de los tratados internacionales en que México sea parte son superiores a las leyes generales, federales y locales.
- b. Que todas las normas de derechos humanos (internas e internacionales) deben aplicarse bajo principios de universalidad, progresividad, interdependencia, e interpretarse del modo que brinde la protección más amplia y favorable a la personas.
- c. Que las autoridades (no lo limita a las judiciales) deben promover, proteger y garantizar los derechos humanos.

La SCJN discutió el alcance de esta importante reforma con motivo del cumplimiento de la sentencia del caso Radilla (Varios 912 / 2010), dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (hace inaplicables las leyes mexicanas de fuero militar a casos ajenos a la disciplina interna castrense). Con motivo de esta discusión y con base en la reforma constitucional aludida, la Corte mexicana decidió que la sentencia internacional era obligatoria para el Estado Mexicano (SCJN incluida) y estableció tesis con nuevos criterios de la mayor relevancia. Destaco tres:

- a. Interrumpió la jurisprudencia que reservaba el control de la constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial de la Federación, para que ahora también lo hagan, bajo ciertas reglas y de oficio, todos los jueces.
- b. Obliga a los jueces federales y locales a revisar de oficio si las leyes que aplican en cada controversia afectan derechos humanos (entendidos del modo más favorable y progresivamente). En caso de que consideren que se da tal violación deben desaplicar en el

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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.

caso la ley o norma contraria a los derechos humanos, como si no existiera (sin efectos generales ajenos al caso que se resuelva). En otras palabras, se establece el control difuso de la constitucionalidad (cuando la norma desaplicada viola un derecho consignado en la Carta Magna) y el control difuso de la convencionalidad (cuando viola tratados internacionales). No hace falta mencionar que esto implica gran discrecionalidad, dada la expresión normalmente vaga de los derechos fundamentales, su general desconocimiento en México, la poca jurisprudencia obligatoria en México al respecto y las heterogéneas características de los jueces en nuestro país.

- c. Obliga a las autoridades no judiciales a interpretar las normas en forma tal que resulten no violatorias de los derechos humanos (con progresividad y máxima protección y sin posibilidad de desaplicarlas).

Se han dictado jurisprudencias que han consolidado estos nuevos criterios. En jurisprudencia la Primera Sala de la Suprema Corte permitió la desaplicación de la Constitución si se está en presencia de una norma humanitaria internacional más favorable que la contradice.³⁷ En una tesis posterior de la Segunda Sala que mantuvo el principio de la supremacía constitucional.³⁸ En 2014 el Pleno de la Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011 que establece definiciones de la máxima importancia. Integra el derecho humanitario internacional al mismo nivel de la Constitución, incluyendo por igual las normas contenidas en los tratados y la llamada jurisprudencia internacional. Bajo el principio de interpretación más favorable a la persona, en caso de conflictos entre ellos deberá prevalecer la norma que otorgue mejor protección. Esto permite a cualquier juez federal o local desaplicar de manera difusa la Constitución, las leyes y la jurisprudencia mexicanas cuando ello sea necesario para aplicar una norma convencional o jurisprudencia internacional de derechos humanos más favorable. La desaplicación de la Constitución no puede hacerse, según la Corte, cuando se trate de una restricción a derechos expresamente contenida en ella.

³⁷ S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época; 1a. Sala; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 799. Jurisprudencia: 1a./J. 107/2012 (10a.).

³⁸ S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época; 2a. Sala; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1587. Tesis Aislada: 2a. LXXXII/2012 (10a.).

Estos nuevos criterios se presentan por la Suprema Corte y por la literatura que acompaña al proceso como consecuencias normativas necesarias de la interpretación de la reforma constitucional de 2011. Llama la atención que implican una profunda mutación constitucional sobre el sistema de fuentes que, aunque supongan hacerlo, no deriva necesariamente del texto de la reforma ni de sus documentos preparatorios (iniciativas y dictámenes) y que tampoco aborda su arreglo a otras disposiciones constitucionales que no se han modificado, como es el caso del art. 104-I que reserva a las tribunales federales (con exclusión de los locales) la interpretación de los tratados internacionales, del 14 que sujeta a los jueces las leyes, a su interpretación y sólo a falta de ellas a los principios del derecho, o para no alargar la lista, al 133 cuya interpretación es al menos compleja y refleja un paradigma de supremacía constitucional, tema no menor sobre el que deberíamos deliberar abiertamente sin eludir sus complejidades e implicaciones.

La práctica jurisdiccional ha mutado más rápidamente y las sentencias de todo tipo de jueces han resuelto la reinterpretación *conforme* de textos normativos o su desaplicación sobre la base de su entendimiento del alcance y ponderación de principios sobre derechos humanos, las más de las veces como si no tuvieran inevitables indeterminaciones semánticas ni complejas tensiones pragmáticas.

Al mismo tiempo abogados, jueces, profesores y alumnos aprendemos un nuevo lenguaje y necesitamos emplearlo aún antes de que esté definido (legal, jurisprudencial, teórico o doctrinalmente) y aún antes de que hayamos analizado sus fundamentos e implicaciones. El prestigio del nuevo modelo hace parecer reaccionarios o ignorantes a quienes no aceptan o adoptan las nuevas prácticas y léxicos y califican de vil a quien no asume y hace propio un modelo que se declara orientado a garantizar los derechos humanos.³⁹

³⁹ También aquí el exceso de confianza de los expertos es alentado por sus clientes: "Que los médicos se muestren inseguros, se interpreta, por lo general, como una manifestación de incapacidad y una señal de vulnerabilidad. La confianza tiene más valor que la incertidumbre, y existe una censura contra toda manifestación de incertidumbre ante los pacientes". Los expertos que reconozcan la magnitud de su ignorancia ya pueden esperar que los sustituyan por competidores más confiados que ellos, que pronto se ganarán el crédito de sus clientes. La apreciación no sesgada de la incertidumbre es uno de los pilares de la racionalidad, pero no es esto lo que las personas y organizaciones quieren. En circunstancias peligrosas, la extrema incertidumbre es paralizante, y admitir que no hacemos sino meras estimaciones es particularmente inaceptable cuando es mucho lo que está en juego. Actuar sobre la base de unos supuestos conocimientos es a menudo la solución preferida. KAHNEMAN, Daniel. *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. Debate, México, 2012, pp. 344 y 345

Obviamente soy partidario de que el derecho sirva a la efectividad de los derechos humanos, de un derecho más sustantivo que formal, de una jurisdicción eficazmente comprometida con las personas que el derecho protege. Pero optar por los derechos humanos y su efectividad no debe impedir, y más bien implica que analicemos críticamente todos los modelos, incluyendo este neoconstitucionalismo o garantismo cuyas implicaciones hay que revisar críticamente:

Al ganar prestigio en el debate académico sobre la justicia, el término, ha sido incorporado en el lenguaje judicial sin mayor rigor teórico. De tal forma que lo que surgió en el ámbito del derecho penal como una concepción orientada para reducir el decisionismo judicial y, por tanto, brindar mayor certeza, seguridad y garantías jurídicas a (los derechos de) las personas, en manos de algunos jueces constitucionales, se está transformando en un ardid para escapar de los vínculos constitucionales e impartir "justicia" desde la arbitrariedad moral o política. De esta manera, esta especie de "estrella polar" de la modernidad jurídica, en una trágica paradoja, se está convirtiendo en la mascarada del arbitrio judicial. En una suerte de "garantismo espurio" que, a la vez que cubre la arbitrariedad del juez, va perdiendo su significado original y, con éste, su sentido prescriptivo. No sería la primera vez que una empresa ilustrada, al entrar en contacto con la rozza materia, se convierte en su contrario.⁴⁰

Y hay mucho que analizar en un debate abierto que hasta ahora ha parecido políticamente incorrecto, por ejemplo, la relación entre aplicación judicial difusa de los Derechos Humanos, efectos sobre la protección efectiva, equilibrio de poderes y democracia. Los siguientes párrafos ofrecen ejemplos de posiciones críticas que contrastan con la abundante literatura de difusión y con los cursos de actualización sobre la materia que se multiplican dentro y fuera del Poder Judicial en estos últimos tres años:⁴¹

En palabras de Roberto Unger, la incomodidad con la democracia es uno de los pequeños secretos sucios de la jurisprudencia contemporánea. Un malestar que se manifiesta:

⁴⁰ SALAZAR UGARTE, Pedro. *Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana*. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla, Miguel Ángel Presno Linera. *Garantismo Espurio*. Fontamara, México 2011, pp. 20 y 21.

⁴¹ La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema (...) cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora. (...) El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático VÁZQUEZ, Rodolfo. *Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario*. Trotta. Madrid 2011, p. 240.

En la identificación incesante de las limitaciones de la regla de la mayoría (...) en que hayan de ser (...) los juristas (...) los responsables de obtener de los jueces (...) los avances que las políticas populares no consiguen lograr; en el abandono de la reconstrucción institucional de los raros y mágicos momentos de refundación nacional; en un ideal de democracia deliberativa aceptable tan sólo cuando se entiende como el estilo propio de una cortés conversación entre caballeros sentados en la sala de retratos de un club del siglo XVIII (...) y en el hecho de tratar al partido gobernante como una fuente subsidiaria y residual desde el punto de vista de la evolución legal, como algo que ha de tolerarse cuando han fracasado todos los otros modos más refinados de alcanzar una resolución legal.⁴²

En este contexto Bellamy propone el centro del debate en dos cuestiones que me parecen torales:

El constitucionalismo legal se sustenta sobre dos afirmaciones relacionadas entre sí... La primera es que podemos llegar a un consenso racional sobre los resultados sustantivos que una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igualdad de trato y respeto debería alcanzar. Tales resultados se expresan mejor en términos de derechos humanos y deberían dar forma a la ley fundamental de una sociedad democrática. La segunda es que el proceso judicial es más seguro que el democrático a la hora de identificar esos resultados.⁴³

Debe debatirse también la forma en que se fundamenta y argumenta un derecho más sustantivo y comprometido con la justicia (con los Derechos Humanos), para evitar que pueda decidirse por los jueces cualquier cosa con base en él si se cae en la tentación de sucumbir al impacto emotivo de su lenguaje y en la seducción del empoderamiento que implica a los juristas y jueces.

Los estudios críticos sobre esta materia sostienen que la visión convencional de los Derechos Humanos es emotiva, debido a que está formulada en términos abstractos que no han pasado la prueba del contraste empírico; y también reduccionista, en tanto que únicamente atiende a un aspecto de su desarrollo histórico. Debe recordarse además que, como indicio de su sesgo emotivo y su posible manejo político, el lenguaje de los derechos ha sido igualmente empleado para promover los intereses de sujetos con agendas políticas muy distintas a la emancipación desinteresada de la hu-

⁴² BELLAMY, Richard. *Filosofía y derecho. Constitucionalismo político*, Edit. Marcial Pons, Madrid 2010, p. 18.

⁴³ *Ibidem*, p. 19.

manidad. Entre tales casos Luis Gómez ha destacado,⁴⁴ en seguimiento de Costas Douzinas —profesor del Birbeck College en el Reino Unido—⁴⁵ el de Mohamed Al-Fayed, el dueño de los almacenes Harrods en el Reino Unido; el de Ernest Walter Saunders, el administrador de Guinness PLC que manipuló fraudulentamente el precio de las acciones de dicha compañía en la década de los ochenta,⁴⁶ o incluso el del Rey Constantino de Grecia, quien tras su destitución demandó a dicho país una indemnización de 500 millones de euros como compensación por la expropiación de algunas obras de su colección privada de arte.⁴⁷

En la medida en que permitamos se dé este emotivismo operará una pérdida de rigor argumentativo. “El movimiento de los derechos humanos”, apunta David Kennedy, “degrada la profesión jurídica en tanto promueve la combinación de argumentos humanitarios descuidados con una confianza excesiva en textos jurídicos cuya obligatoriedad y claridad es, cuando menos, dudosa. Esta combinación degrada las aptitudes jurídicas de quienes se dedican a estos temas, al mismo tiempo que los alienta a creer que sus proyectos gozan de mayor legitimidad justamente porque han sido presentados en términos jurídicos (descuidados)”.⁴⁸

El análisis crítico del nuevo modelo no ha de limitarse a las formas de determinar de caso en caso el significado indeterminado de principios y normas humanitarias, sino también a revisar las fuentes del derecho que a veces parecen adoptar un programa judicialista⁴⁹ o volver a modelos metafísicos o jusnaturalistas sin superar las objeciones epistemológicas que en el pasado las redujeron a ideologías. Encuentro nostalgia por esos modelos en las siguientes palabras de Zagrebelsky:

⁴⁴ En documento inédito sobre las corrientes críticas a los modelos de derechos humanos.

⁴⁵ Cfr. DOUZINAS, Costas, *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 1.

⁴⁶ *Saunders V. UK* (1997) 23 EHRR 242.

⁴⁷ *The Former King Constantine of Greece v. Greece* Appl. 25701/94.

⁴⁸ KENNEDY, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing international humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 8-10.

⁴⁹ Según Böckenförde, la expansión de los derechos constitucionales altera el carácter de la constitución de forma fundamental y dramática. La constitución deja de ser un mero marco (*Rahmenordnung*) para el proceso democrático de formación de voluntades. Se convierte en el fundamento (*Grundordnung*) de la comunidad. Una constitución como fundamento de la comunidad ya contiene todo el ordenamiento jurídico, al menos *in nuce*. El cometido del proceso político democrático se ve reducido a la mera puesta en práctica de lo que haya sido decidido por la constitución. El cumplimiento de este cometido es supervisado por el tribunal constitucional, que adquiere, de esta forma, todo el poder real. ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Fontamara, México 2010, p. 48.

Si más allá de la ley existe otro derecho, la convicción positivista según la cual donde no hay ley (o donde la ley es vaga, imprecisa, indeterminada) existe sólo política, cae necesariamente. Donde falta la ley puede existir política, la política que, fisiológicamente, está destinada a elaborarse en ley, pero puede haber también derecho no legislativo, es decir, derecho material. Este derecho material encuentra hoy su expresión en la Constitución, la cual a su vez, son un conjunto de principios en el que operan reenvíos y recepciones a un derecho material prepositivo”.⁵⁰

Lo que quiero apuntar en esta sección es que, hemos de cuidar que este nuevo modelo de neoconstitucionalismo en México no sea una nueva forma de dogmática jurídica como la descrita arriba (2) y no replique sus rasgos acrílicos e ideológicos con impermeabilidad al debate. Es la actitud a que hemos sido acostumbrados. Hemos de cuidar que de veras contribuya a la mayor garantía de los Derechos Humanos y no sólo a su judicialización que a veces protege los derechos (típicamente en los que Alexy llama derechos de defensa) y en otras ocasiones puede distorsionar la distribución de bienes escasos para su satisfacción (como típicamente en los derechos de prestación). Convertir al Poder Judicial en el único protector y garante de los derechos sociales puede restar efectividad a políticas públicas y asignaciones presupuestales destinadas al mismo fin (efectividad de derechos humanos), que deberían ser más aptas para atender necesidades a mayor escala y con criterios más equitativos que no dependan del acceso a la protección judicial de caso en caso.

En síntesis, éste no es el lugar para presentar objeciones al nuevo modelo ni tampoco para subrayar los muchos aspectos en que me parece apropiado (debo recalcar que creo en los derechos humanos y que apoyo todas las medidas para protegerlos y aumentar su efectividad). Lo que intento subrayar es que la cuestión de las fuentes y competencias constitucionales ha sido redibujada por los jueces en México sin que se haya producido un debate profundo en el parlamento, la academia y el foro respecto a si el nuevo modelo nos hará avanzar a más y mejor protección humanitaria, y cómo. No es momento de entrar a este tema, pero sí de llamar la atención a que estos aspectos, en todos sentidos constitucionales, son prácticamente ajenos al escrutinio social, académico y parlamentario.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El juez constitucional en el siglo XXI*, contenido en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, Coordinadores. *El juez constitucional en el siglo XXI*, Ed. UNAM, México 2009, p. 7.

Con todo lo anterior se quiere decir que la educación jurídica en México debe explicar y difundir el nuevo modelo constitucional, pero también debe debatirlo, revisarlo y contribuir a su todavía precaria definición e instrumentación normativa e institucional. Debe preguntarse si la ubicuidad del derecho humanitario en el discurso jurisdiccional sobre la aplicación de la ley es siempre la mejor herramienta del compromiso con realizar una sociedad menos desigual, insegura, injusta y precaria y cómo puede cumplir de la mejor manera esa responsabilidad.

4. Un comentario más sobre la recuperación de la responsabilidad social y los valores morales en la educación jurídica. Debemos alegrarnos por la abundancia de discusiones y textos actuales, críticos y abiertos al debate sobre problemas éticos y ético-jurídicos en el mundo, pero debemos cuidarnos de su aplicación extralógica a los entornos latinoamericanos, en muchos aspectos diferentes y más desiguales que los europeos y anglosajones en que se desarrolla buena parte de la investigación y deliberación ética y de teoría constitucional. Como lo dice Garzón Valdés, necesitamos una teoría ética y política específica o adaptada para países con déficit institucional como el nuestro.⁵¹

Por otra parte la universidad no sólo debe servir a la sociedad o no debe servir a cualquier sociedad, porque tiene también misiones humanas, críticas y reformadoras. Por ello la escuela para la democracia, dice Sauret en su vibrante obra póstuma, no está concebida para la sociedad, sino para la libertad.⁵² Agrega:

La escuela será el lugar donde el ciudadano en formación será capaz de reconocer sus conexiones y desconexiones más legítimas y donde encontrará una alternativa para el cultivo de relaciones humanas concretas y emociones verdaderas... Será la situación escolar la que sirva para desarrollar en el educando las virtudes republicanas, como reconocer la diversidad sin renunciar a la identidad, y espe-

⁵¹ "Esta insuficiencia institucional trae como consecuencia la necesidad de una especie de traducción adaptativa de los temas que filósofos del derecho trabajan en Europa o en los Estados Unidos. Cuestiones tales como las vinculadas con la función judicial y la interpretación del derecho, las garantías constitucionales, los criterios de legitimidad o la identificación de la regla de reconocimiento necesariamente tienen que ser vistas con una óptica que tenga en cuenta que en no pocos de nuestros países quienes detentan el poder real son "políticos de raza", es decir, "oportunistas con principios" según una definición supuestamente laudatoria..." GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *30 minutos de filosofía del derecho viejos y nuevos problemas*. Contenido en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho* No. 28. ITAM y Distribuciones Fontamara. México, 2008, p. 25.

⁵² Ver SAURET, Alberto. *Textos atorrantes. Laicidad, una imagen para iluminar*. Edit. Coyoacán, México, 2008, p. 129.

cialmente la fraternidad, que resulta la menos intelectualizable y, en consecuencia, necesaria de adquirir por connaturalidad, por la experiencia asimilable convertida en hábito de establecer nexos solidarios.⁵³

Es verdad, la universidad para la libertad, para el respeto, la crítica y la fraternidad se justifica por su efecto civilizador y evolutivo, pero sobre todo porque, en su faceta docente, tiene en sus manos una de las etapas más ricas y decisivas de las vidas de jóvenes seres humanos. Esta es la responsabilidad más grande y sobrecogedora de la docencia como medio de transmisión simbólica e inspiración vital.

Para terminar recapitulando: se observa que participamos en una transición del derecho, de sus formas de estudio y de su enseñanza universitaria. Al mismo tiempo México está configurando un nuevo modelo de aplicación y enseñanza del derecho que pone en el centro de los derechos humanos por medio de su exigibilidad judicial. La confluencia de ambas tendencias sobrecoge por la importancia de sus efectos y consecuencias en vidas concretas, en situaciones específicas del futuro, en las sociedades del mañana.

Esa transformación también es esperanzadora si no prescinde de la deliberación crítica abierta y la observación empírica de sus efectos sociales y de sus impactos personales en la formación de los jóvenes juristas.

Si se aborda críticamente, la nueva ruta de la enseñanza del derecho puede contribuir al estudio riguroso de los textos normativos, pero ahora irradiados de derechos fundamentales nacionales e internacionales y hacerlo de frente a la realidad. A una realidad que es necesario entender con herramientas históricas y empíricas, y ante la que hay que responder dentro de un compromiso de respeto a los derechos, las dignidades y las libertades, compromiso que requiere del desarrollo de instituciones y soluciones que doten de eficiencia y civilidad a los gobiernos, a los mercados y a la acción comprometida.

⁵³ SAURET, Alberto. *Textos atorrantes. Laicidad, una imagen para iluminar*. Ed. Coyoacán, México, 2008, p. 128.

LO LÚDICO DEL ORDEN PÚBLICO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO¹

I. Introducción. II. Una canasta, varias instituciones. A. Orden público contractual. B. Orden público regulatorio. C. Externalidades. 1. El debate sobre el carácter y los efectos de la interconexión. 2. Enfoque en lo relevante. D. Escudo de instituciones locales fundamentales. 1. Excepción a la aplicación del derecho extranjero conforme al derecho internacional privado. 2. Ejecución en México de sentencias extranjeras. 3. Nulidad y ejecución de laudos arbitrales. III. Conclusión. IV. Comentario Final. ANEXO I: Leyes que contienen alusión a ser “de orden público e interés general”. ANEXO II: Legislación procesal que contiene alusión al “orden público”.

I. INTRODUCCIÓN

El legislador nos ha puesto un acertijo. Existen (literalmente) centenares de leyes que utilizan la noción “orden público” con fines diversos² o se autoproclaman de “orden público”.³ ¿Quiere ello decir que todas esas referencias actualizan la causal de nulidad (o no ejecución) de un laudo arbitral por “orden público”?

La respuesta es un tajante ‘no’. Pero ello genera una duda lógica que exige la pregunta: ¿Qué no “orden público” es igual a “orden público”?

¹ González de Cossío, Abogados, SC (www.gdca.com.mx). Árbitro mediador y representante legal en arbitrajes nacionales e internacionales. Deseo agradecer la retroalimentación crítica que recibí de Laura González Luna, Bernardo Cortés y Ana Paula Portilla Ariza, que sirvieron para nutrir lo aquí expuesto. Muy en especial, quiero reconocer el profundo diálogo que sostuve sobre este tema con un jurista destacado (Don Andrés Bobadilla) que mucho nutrió mis reflexiones. Cualquier error es únicamente atribuible al autor.

² Por ejemplo, varios códigos procesales de México incluyen, en el contexto del *exequátur* de la sentencia extranjera, el concepto de orden público. (El **Anexo I** los enuncia).

³ De las 284 leyes que la página de Internet del Congreso de la Unión alude como vigentes (“Cámara de Diputados, Información Parlamentaria, Leyes Federales Vigentes,” www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio , 132 dicen ser “de orden público”). (Ver lista adjunta como **Anexo II**.) Y ello sin contar legislación diversa (como amparo) y varios reglamentos que siguen la misma práctica legislativa (por ejemplo, el Reglamento Ley General de Población, Reglamento de la Ley de Migración).

Curiosa e interesantemente la respuesta es “depende”. Depende de la *especie* de orden público en juego.

El concepto jurídico “orden público” ha dado lugar a confusiones y problemas, algunos propiciados por el escenario regulatorio descrito, otros porque diferentes expertos y juzgadores le atribuyen una acepción diferente; y aún otros porque se observa que la noción varía con el tiempo.⁴ En este ensayo describiré una teoría que expuse en el Seminario Especializado sobre Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC)⁵ que postula que dicha norma de textura abierta contiene en *verdad* cuatro instituciones jurídicas disímbolas —todas aludidas como “orden público”. Entender esto permite deslindar su alcance aplicando la especie de “orden público” correspondiente— resolviendo las confusiones y evitando problemas.

II. UNA CANASTA, VARIAS INSTITUCIONES

El “orden público” es un concepto jurídico abierto que contiene cuatro instituciones jurídicas distintas que por facilidad titularé:

- a) Orden público contractual;
- b) Orden público regulatorio;
- c) Externalidades; y
- d) Escudo protector de las instituciones jurídicas locales fundamentales.

Los explicaré por separado.

a) Orden público contractual

El “orden público contractual” está conformado por normas imperativas. Derecho que no admite pacto en contrario. Que desplaza la libertad de las partes; un límite a la libertad contractual.

⁴ Inclusive, ante problemas, hay quien ha postulado que debemos erradicar dicho concepto, motivando la sugerencia en la inseguridad que propicia, visible en la cantidad de debates que genera. Por motivos que aquí no abordo, seguir la sugerencia sería un yerro. (Para consultarlos, véase *El Orden Público en México: del Impresionismo al Puntillismo Jurídico*, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), enero 2012 y *Revista Mexicana de Derecho Privado*, No. 2, Julio-Diciembre 2012, p. 569 (ambos visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁵ Sesión del 6 de marzo de 2013.

Existen diferentes tipos de normas. Muchas buscan regular una materia indicando cómo debe ocurrir la actividad relacionada con la misma, tanto pública como privada. Otras buscan ser facilitadores de contratación. Se establecen como normas que aplican a menos que las partes hayan pactado en contra: *ius dispositivum*. Se trata de un régimen que busca nutrir los actos jurídicos con lo que las partes probablemente habrían pactado si hubieran tenido el tiempo, recursos y oportunidad para negociar *todos* los aspectos de su relación jurídica, algo muy raro.

Generalmente, el contenido exacto de los actos jurídicos es el resultado del tiempo y atención que las partes le dedican a las cuestiones que detectan como relevantes y de probable actualización. *Pero nunca piensan en todo*. Ello simplemente es imposible. La actividad económica ocurre con una cantidad finita de recursos. Ello incluye el tiempo para negociar y redactar el acto jurídico, así como el costo de hacerlo. Como resultado, todo acto jurídico es “incompleto”, aborda lo que las partes pudieron preveer y regular, y en la forma que pudieron llegar a un acuerdo. Ello necesariamente implica que no es la única ni la mejor manera de regularlo, sino la que las partes previeron y pudieron acordar.

Ello no debe extrañar, ni mucho menos entenderse como insinuativo de negligencia. Ceñirse a lo que —con la información disponible— parece relevante es sensato. Abordar más áreas puede ser poco práctico y posiblemente complique —inclusive frustre— el acto. Y hacerlo con el ánimo de *agotar* sería una labor sísifea: tan ardua como innecesaria.

Es ante ello que el derecho (generalmente civil y mercantil) hace una labor importante: destila y cristaliza las reglas que durante miles de años se han ido decantando como las naturales, las justas, para resolver escenarios diversos que pueden presentarse en una relación jurídica. Ello es tan plausible como útil: gracias a ello los agentes económicos pueden (podemos) celebrar actos jurídicos más o menos incompletos —dependiendo de las circunstancias— y confiar en que el derecho aplicable suplirá las lagunas de nuestro acto jurídico, haciéndolo viable.⁶

Dentro de dicho acervo de lecciones existe un universo de casos que la experiencia enseña que es mejor evitar. Los ejemplos no son muchos. Inclusive, a veces son difíciles de idear (mucho más en materia mercantil que en civil). Sin embargo, existen y tienen el diseño y propósito explicado.

⁶ Esta noción es consistente con la teoría sobre la distinción entre las cláusulas esenciales, naturales y accidentales que recoge nuestro derecho civil (*vid.* artículo 1839 del Código Civil Federal.)

Hay muchas maneras de llamar dichas normas. Algunos las aluden como “normas que no admiten pacto en contrario”. Otros “normas imperativas”. Nuestro Código Civil Federal —por citar un ejemplo— las alude como “interés público” y “orden público” en diferentes momentos. Por ejemplo, los artículos 6 y 8 dicen:

Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al *interés público*, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las *leyes prohibitivas o de interés público* serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. (énfasis añadido)

Con respecto al orden público, en el contexto del derecho de las obligaciones, los artículos 1830 y 1831 del Código Civil Federal establecen:

Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de *orden público* o a las buenas costumbres.

Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de *orden público* ni a las buenas costumbres. (énfasis añadido)

En el contexto del contrato de arrendamiento, el artículo 2448 del Código Civil Federal dice:

Las disposiciones contenidas en los artículos 2448-A, 2448-B, 2448-G y 2448-H son de *orden público* e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta. (énfasis añadido)

Se trata de límites a la libertad contractual. Nada más, y nada menos.

b) Orden público regulatorio

Mucha legislación contiene —con frecuencia en sus primeros artículos— la alusión a ser “de orden público e interés social”.⁷ Se trata de un régimen que *tiene* que aplicar, que *tiene* que ser observado; lo que el derecho

internacional privado llama *lois de police*. No es un habilitador de contratación. No es un derecho que busca establecer regímenes supletorios que admiten pacto en contrario; generalmente se trata de un régimen que aplica a una materia que el Estado ha considerado que merece ser regida de cierta manera, y su observancia es obligatoria. Como ejemplo piénsese en telecomunicaciones, concursal, competencia económica.⁸ Se trata de derecho que *tiene* que ser acatado, cuando aplicable.

c) Externalidades

Un acto de autoridad cuya constitucionalidad es puesta en tela de juicio mediante un juicio de amparo puede ser objeto de suspensión, salvo que “se contravengan disposiciones de *orden público*”, como lo establece el artículo 128 de la Ley de Amparo:⁹

Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- I. Que la solicite el quejoso; y
- II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de *orden público*. (énfasis añadido).

El artículo 129 contiene una lista enunciativa de casos donde se entiende que existe un “perjuicio al interés social o una contravención al orden público”. Su cita *in extenso* es conveniente dados los fines de este ensayo:

Se considerará, entre otros casos, que se siguen perjuicios al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, cuando, de concederse la suspensión:

- I. Continúe el funcionamiento de centros de vicio o de lenocinio, así como de establecimientos de juegos con apuestas o sorteos;
- II. Continúe la producción o el comercio de narcóticos;
- III. Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;
- IV. Se permita el alza de precios en relación con artículos de primera necesidad o de consumo necesario;

⁸ En forma interesante, aunque la Ley de Concursos Mercantiles y Ley Federal de Competencia Económica merecen ser consideradas como de ‘orden público’, no lo dicen.

⁹ Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“*Ley de Amparo*”).

⁷ Ver lista adjunta en Anexo II.

- V. Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave o el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país;
 - VI. Se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción;
 - VII. Se permita el incumplimiento de las órdenes militares que tengan como finalidad la defensa de la integridad territorial, la independencia de la República, la soberanía y seguridad nacional y el auxilio a la población civil, siempre que el cumplimiento y ejecución de aquellas órdenes estén dirigidas a quienes pertenecen al régimen castrense;
 - VIII. Se afecten intereses de menores o incapaces o se les pueda causar trastorno emocional o psíquico;
 - IX. Se impida el pago de alimentos;
 - X. Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida en términos de ley o bien se encuentre en alguno de lo supuestos previstos en el artículo 131, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incumplan con las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, salvo el caso de las cuotas compensatorias, las cuales se apegarán a lo regulado en el artículo 135 de esta Ley; se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; se afecte la producción nacional;
 - XI. Se impidan o interrumpan los procedimientos relativos a la intervención, revocación, liquidación o quiebra de entidades financieras, y demás actos que sean impostergables, siempre en protección del público ahorrador para salvaguardar el sistema de pagos o su estabilidad;
 - XII. Se impida la continuación del procedimiento de extinción de dominio previsto en el párrafo segundo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En caso de que el quejoso sea un tercero ajeno al procedimiento, procederá la suspensión;
 - XIII. Se impida u obstaculice al Estado la utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes de dominio directo referidos en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- El órgano jurisdiccional de amparo excepcionalmente podrá conceder la suspensión, aún cuando se trate de los casos previstos en este artículo, si a su juicio con la negativa de la medida suspensiva pueda causarse mayor afectación al interés social.

Si el lector desliza sus dedos sobre dicha lista concluirá que el común denominador a todas es que versan sobre instancias de actividad social indeseable. Hechos que deseamos evitar que ocurran. Actividad que genera lo que los economistas llaman “externalidades negativas”: efectos negativos que impactan a terceros.¹⁰ Por ende, los actos reclamados en amparo

¹⁰ La actividad económica puede generarle a terceros tanto costos como beneficios: ‘externalidades’. Si resulta en perjuicios se tratará de una externalidad *negativa*. Si genera beneficios será

no se suspenden cuando versan sobre ello. Hacerlo implicaría supeditar el interés de la sociedad al interés del quejoso en el juicio de amparo.

Esta interpretación se refuerza con lo dispuesto en el régimen constitucional de la suspensión. La fracción X del artículo 107 de la Constitución dice:

Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del **interés social**.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para **responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiere ocasionar al tercero** interesado. La suspensión quedará sin efecto si éste último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los **daños y perjuicios** consiguientes; (énfasis añadido).

Previo a la modificación del 6 de junio 2011, decía:

Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de **los daños y perjuicios** que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los **que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público**.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a **pagar los daños y perjuicios** consiguientes. (énfasis añadido)

Si se observa, el régimen constitucional de la suspensión del acto reclamado busca evitar lesionar a terceros (incluyendo el público) contemplando la necesidad de indemnizar cuando se les genera daños.

Entenderlo como se propone es de utilidad pues esclarece discusiones diversas. Una reciente es ilustrativa: el debate sobre si las tarifas de interconexión merecen ser consideradas de “orden público”. Mientras que

una externalidad *positiva*. (vid, Francisco González de Cossío, *El Estado de Derecho: Un Enfoque Económico*, Ed. Porrúa, 2007, pp. 14 y 47.)

algunos juzgadores consideraron que las tarifas de interconexión son de 'orden público' y se sigue perjuicio al interés social de suspenderlas, otros juzgadores sostuvieron lo contrario, y por ende la suspensión del acto reclamado era procedente.

Vale la pena incurrir en una digresión sobre lo ocurrido y lo resuelto, pues sirve a nuestro tema.

1. *El debate sobre la interconexión*

Como se sabe, la (anterior) Comisión Federal de Telecomunicaciones podía establecer una tarifa de interconexión si los entes regulados no se ponen de acuerdo sobre la misma. El acto (la resolución que las establece) se reclamó en amparo. Surgió la duda sobre la posibilidad de suspender el acto mientras su legalidad constitucional se analiza. El resultado fue un *pot pourri* de criterios.

Por un lado, hubo quien permitió la suspensión de la tarifa de interconexión sosteniendo que no se contravenía el orden público, pues no se priva a la colectividad de un beneficio ni se le infiere daño. La resolución es mejor entendida como una solución a un conflicto entre particulares:¹¹

SUSPENSIÓN DEFINITIVA EN EL AMPARO. PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES QUE IMPONE LA "TARIFA PROMEDIO PONDERADA DEL SERVICIO", AL DIRIMIR UNA CONTROVERSIA ENTRE CONCESIONARIOS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES SOBRE TARIFAS DE INTERCONEXIÓN. Procede conceder la suspensión definitiva en el juicio de garantías contra la resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, que impone la "tarifa promedio ponderada del servicio", al dirimir una controversia entre concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones sobre tarifas de interconexión, porque el paralizar los efectos que trae consigo no contraviene el orden público ni afecta el interés social en términos de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, ya que no se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes, ni se le infiere un daño que de otra manera no resentiría, por tratarse de una resolución dictada como resultado de un conflicto entre particulares (énfasis añadido).

¹¹ Registro No. 169590, [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Mayo de 2008; p. 1169, Tesis; I.9o.A.99 A, Tesis Aislada (Administrativa).

A su vez:¹²

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL SECRETARIO DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES EN EL RECURSO DE REVISIÓN INTERPUESTO CONTRA UNA DETERMINACIÓN DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, EN LA QUE FIJA LAS TARIFAS DE INTERCONEXIÓN QUE REGIRÍAN ENTRE EMPRESAS CONCESIONARIAS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIÓN, HASTA EN TANTO ÉSTAS CONVENGAN LAS APLICABLES O SE EMITA PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A SU DISCREPANCIA ANTE LA CITADA COMISIÓN. Procede conceder la suspensión en el amparo contra una resolución del secretario de Comunicaciones y Transportes en el recurso de revisión interpuesto contra una determinación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, en la que fija las tarifas de interconexión que regirían entre empresas concesionarias de redes públicas de telecomunicación, hasta en tanto éstas convengan las aplicables o se emita pronunciamiento respecto a su discrepancia ante la citada comisión, pues debe entenderse que tal decisión se encuentra orientada a dirimir una *controversia entre particulares, de modo que sus efectos únicamente pueden afectar a éstos*, al encontrarse vinculados por los servicios que se prestan entre ellos, por lo que con la medida cautelar *no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público*, pues el hecho de paralizar los efectos de dicha resolución *no priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes, ni tampoco se le infiere un daño* que de otra manera no resentiría. Lo anterior es así, porque *las tarifas de interconexión resultan ajenas a los usuarios de las aludidas empresas*, en la medida en que la indicada resolución no impone en modo alguno la obligación de que se modifiquen o reduzcan en igual medida los precios de servicios como el de telefonía que una de ellas ofrece a sus clientes, aun cuando aquella a la que favoreció el fallo haya pactado, como anexo a los contratos celebrados con algunos usuarios, un descuento especial en el costo de las llamadas, condicionando ese beneficio a que la resolución reclamada no sea revocada, modificada o suspendida, pues en ese caso aquél quedaría sin efectos, incrementándose en consecuencia la tarifa correspondiente mediante la aplicación de la original, porque si bien es cierto que tal descuento se ha traducido en un beneficio para los usuarios, también lo es que éste no deriva de manera directa, inmediata u obligatoria de la resolución inicialmente mencionada, sino que ha sido el efecto de una decisión libre y espontánea del proveedor, en términos del artículo 60 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que prevé el principio de libertad tarifaria. Esto es, *la señalada determinación no establece un derecho o beneficio para el consumidor en general, ni para los usuarios de una de*

¹² Registro No. 164885, [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Marzo de 2010; p. 3080, Tesis; I.9o.A.121 A, Tesis Aislada (Administrativa).

las compañías concesionarias en lo particular, sino que sólo dispone transitoriamente las referidas tarifas. (énfasis añadido)

Por otro lado, hubo quien negó la suspensión razonando que la interconexión es de orden público:¹³

INTERCONEXIÓN. DEBE REVOCARSE LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO CONTRA LAS CONDICIONES PARA REALIZARLA Y LA FIJACIÓN DE SUS TARIFAS, SI SE CONCEDIÓ PARTIENDO DE LA BASE DE QUE NO SE INFRINGÍA EL ORDEN PÚBLICO, EN APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 10/2011, AL CONSTITUIR UN HECHO SUPERVENIENTE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 140 DE LA LEY DE AMPARO.

Si se parte de la base de que una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es susceptible de constituir un hecho superveniente para efectos de modificar o revocar la suspensión otorgada en un juicio de amparo, y que la identificada con el número P./J. 10/2011, sustentada por el Pleno de ese Alto Tribunal, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, julio de 2011, página 5, de rubro: "TELECOMUNICACIONES. ES IMPROCEDENTE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES QUE FIJAN ASPECTOS NO ACORDADOS POR LAS PARTES SOBRE LAS CONDICIONES DE INTERCONEXIÓN, OBLIGACIÓN DE INTERCONECTAR Y FIJACIÓN DE TARIFAS", establece que el tema relativo a *la interconexión es de orden público*, pues no basta que ésta se logre, sino que debe realizarse en forma óptima, con lo cual resultará beneficiado el usuario final, se concluye que, tratándose de la suspensión otorgada contra las condiciones para realizar la interconexión y la fijación de sus tarifas, dicho criterio jurisprudencial incide en los requisitos para el otorgamiento de aquélla, esto es, el atinente a la afectación del orden público a que se refiere el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo. Por tanto, si la medida cautelar se concedió partiendo de la base de que no se infringía el requisito contenido en este último numeral, la emisión de la citada jurisprudencia tiene como consecuencia la alteración del sistema de cosas o estado jurídico que se tuvo en consideración al momento de decretarla; de ahí que debe revocarse, en aplicación de ese criterio obligatorio, al constituir un hecho superveniente en términos del artículo 140 de la Ley de Amparo. (énfasis añadido)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de criterios negando la suspensión al considerar que sí se seguía perjuicio al interés social y se contravenían disposiciones de orden público:¹⁴

¹³ Registro No. 2002155, [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3; p. 1894, Tesis; I.7o.A.59 A (10a.), Tesis Aislada (Común).

¹⁴ Registro No. 161445, [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Julio de 2011; p. 5, Tesis; P./J. 10/2011, Jurisprudencia (Común, Administrativa), Pleno. Contradicción de Tesis

TELECOMUNICACIONES. ES IMPROCEDENTE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES QUE FIJAN ASPECTOS NO ACORDADOS POR LAS PARTES SOBRE LAS CONDICIONES DE INTERCONEXIÓN, OBLIGACIÓN DE INTERCONECTAR Y FIJACIÓN DE TARIFAS.

De los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 7, 9-A, 38, fracción V, 41, 42, 43 fracciones II, IV, V y VII, 44 fracciones II y III y 71, apartado A, fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, y 95, fracción III, del Reglamento de Telecomunicaciones, se advierte que las resoluciones en las que se fijan aspectos no acordados por las partes sobre las condiciones de interconexión, obligación de interconectar y fijación de tarifas, emitidas por la Comisión Federal de Telecomunicaciones o por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, constituyen la expresión material de la facultad constitucional del Estado de ejercer su rectoría en materia de telecomunicaciones y tienden a cumplir con los objetivos que con la regulación en materia de interconexión persigue el ordenamiento legal citado, consistentes en permitir el amplio desarrollo de nuevos concesionarios y servicios de telecomunicaciones fomentando una sana competencia entre éstos, promoviendo una adecuada cobertura social y asegurando la viabilidad de la prestación del servicio en condiciones óptimas, en beneficio de la sociedad. Por tanto, *la suspensión de los efectos de esas resoluciones es improcedente, pues de otorgarse la medida cautelar se seguiría perjuicio al interés social y se contravendrían disposiciones de orden público. Lo anterior, tomando en cuenta que dichas resoluciones constituyen actos administrativos, por lo que gozan de presunción de validez y legalidad.* (énfasis añadido)

El criterio parece anclarse en dos premisas. Primero, en que sí se perjudica el interés social y contraviene el orden público. Segundo, en considerar que los actos administrativos gozan de presunción de validez y legalidad.

El razonamiento genera dudas. Con respecto a la primera premisa, nunca queda claro el motivo por el cual se concluyó que se genera perjuicio al interés social y se contravienen disposiciones del orden público. Es decir, asevera sin justificar. Y el punto merecía explicación, no suposición. Después de todo, había buenos motivos no sólo de ambos lados del debate, sino también para considerar que lo que se discutía era en esencia el monto (costo) de un insumo de una actividad, lo cual no impacta a terceros, sólo a los involucrados. Con respecto al segundo, si fuera *el* motivo para negar la suspensión, nunca procedería en materia administrativa: todos los actos administrativos tienen presunción de validez.

268/2010, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Noveno y Décimo Tercero, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 3 de mayo de 2011.

El tema es complejo pues en el contexto del debate se argumentó que la materia sobre la que versan las tarifas (el espectro radioeléctrico) es un bien público. Además, el resultado que la resolución podía tener en terceros: propiciar insolvencia de proveedores si la tarifa es demasiado baja. Y en dicho caso, el sistema entero sufre —lo cual daría fuerza al argumento de externalidades—. Además, es admitido que la telefonía es un servicio importante sobre el que descansa mucha actividad económica.¹⁵

2. Enfoque en lo relevante

Regresando a nuestro tema, el análisis sobre si un acto debe ser suspendido o no mientras su constitucionalidad es aquilatada mediante juicio de amparo se ciñe en esencia a determinar si ello impacta negativamente a terceros. A la sociedad. Ello es la *ratio legis* que se destila del régimen de la suspensión del acto reclamado *pendiente lite* el juicio de amparo.

¿Por qué llamarlo ‘orden público’? El que el derecho de amparo haya llamado a dicho concepto ‘orden público’ obedece a que se ha utilizado la técnica legislativa de usar un texto abierto con miras a dar una facultad al juzgador para determinar caso por caso si se “sigue perjuicio al interés social o se contraviene el orden público”. Dicha medida es la solución a una tensión, que no permite reglas mecánicas apriorísticas: por un lado, la conveniencia de permitir la suspensión del acto reclamado mientras se discute y analiza su legalidad constitucional; por otro, el deseo de evitar externalidades negativas —la afectación negativa a terceros.

Ante el dilema expresado, el legislador ha optado por depositar confianza en el juzgador constitucional para resolver el problema *in casu*, tomando en cuenta los intereses en juego. ¿Cómo? Ejerciendo discernimiento. Y la técnica legislativa para lograrlo ha sido la utilización de una norma de textura abierta: “orden público”.¹⁶ Pero ello no debe distraer de

¹⁵ No es mi deseo tomar bando en el debate. Mi único propósito es derivar las lecciones para el tema aquí abordado, exponiendo todas las aristas del dilema.

¹⁶ Recientemente un Colegiado emitió una tesis con un criterio consistente con esta noción:

LAUDO ARBITRAL. ORDEN PÚBLICO SERÁ DETERMINADO POR EL JUEZ CUANDO SE RECLAMA SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. Como el concepto de “orden público” no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen. Esto es así, dado que una interpretación conjunta de la fracción II del artículo 1457, con la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, incluso

lo que en verdad se está discutiendo: externalidades negativas. Si se lastima a *terceros* (la sociedad) mientras se ventila la constitucionalidad de la medida que afecta un interés *particular*. Algo muy distinto a lo explicado en el contexto de orden público contractual y regulatorio.

d) Escudo de instituciones locales fundamentales

La porosidad del sistema jurídico local ante el tráfico jurídico internacional abre la posibilidad que instituciones extranjeras se filtren a nuestro sistema. Ello dista de ser negativo. Todo lo contrario, el sistema contemplado en los artículos 12 a 15 del Código Civil Federal, que sirve de engrane de unión entre el sistema jurídico local y los sistemas extranjeros, es consistente con los paradigmas más aceptados sobre el tema y es producto de una sana concepción del flujo internacional de actividad humana, incluyendo económica.¹⁷ Sin embargo, dicha posibilidad requiere de una válvula de escape. Que el régimen que, como regla, permite que el derecho mexicano dé efectos a instituciones extranjeras o derechos nacidos conforme a siste-

con el precepto V, inciso 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, lleva a la conclusión de que son dos las hipótesis que pueden ocasionar que el juzgador de oficio declare que un laudo arbitral es nulo o que no lo reconozca como una resolución acorde al sistema jurídico mexicano y por ende deniegue su ejecución, y es cuando: a) Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía del arbitraje; o, b) Cuando el laudo sea contrario al “orden público” mexicano. Así las cosas, la referencia a la legislación mexicana es para guiar al juzgador quien debe velar que el objeto de la controversia pueda ser objeto de arbitraje, es decir, que no exista alguna disposición legal mexicana que lo impida; mientras que por otra parte, el concepto de “orden público” es más amplio, pues no basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de “orden público” para que se tenga necesariamente que concluir que se transgrede el mismo, sino que es necesario un estudio más profundo, caso por caso, que permita concluir que con su reconocimiento y ejecución es evidente que sí se transgrede nuestro orden jurídico. En conclusión, se reitera deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el “orden público”. (Registro No. 2001132, [TA]; 10a. Época; T.C.C., SJF y su Gaceta. Libro X, Julio de 2012, Tomo 3, p. 1878. Tesis; 1.7o.C.20 C (10a.), Tesis Aislada (Civil), Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6/2012.)

¹⁷ Esta aseveración descansa en la concepción de ‘sistema’ como ‘orden jurídico’ en el sentido defendido por Santi Romano (*L'ORDINAMENTO GIURIDICO*, 1918, 1945. Versión recientemente consultada: *L'ORDRE JURIDIQUE*, Dalloz, 2002). Es decir, la tesis pluralista. Me apoyo en ella por ser la que sirve para anclar la concepción del régimen citado como un ‘sistema’. Pero admito que no es la única concepción. Por ejemplo, *cf* la teoría unitaria de la *grundnorm* de Kelsen (*Teoría Pura del Derecho*), o la de Raz (Joseph Raz, *The Concept of a Legal System, An Introduction to the Theory of Legal System*, Second Edition, Clarendon Press, 2003). Aunque la noción de Romano posiblemente no sea la más aceptada (¿o difundida?), la cito y sigo por que para mi gusto explica muchos ‘ordenes jurídicos’ que, conforme a las teorías alternativas, no se lograrían concebir adecuadamente.

mas jurídicos extranjeros no tenga por efecto mecánicamente dejar entrar *todo*, permitiendo ciegamente el acceso a nuestro sistema de instituciones que nuestra cultura jurídica considere *ofensivas*.

Esto último es importante. No se desprecian las *diferencias* —de hecho, son bienvenidas—. ¹⁸ El que exista una institución jurídica *diferente* no necesariamente quiere decir que sea *repudiable*. Tiene que tratarse de una institución jurídica no sólo *diversa* sino *adversa*. Ofensiva. Grosera a nuestra cultura y tradición jurídica. Que atente contra nuestras instituciones jurídicas; y *no solo cualquier institución jurídica, sino las más caras*. ¹⁹ Es por eso que las definiciones más sofisticadas y aceptadas que han buscado darle contenido a la figura siempre utilizan un adjetivo superlativo, como “fundamental”. ²⁰ Para dejar claro que tiene que afectarse algo que la cultura jurídica local considera *muy* importante. ²¹ Lo trivial

¹⁸ Prueba de ello es el principio de respeto por los derechos adquiridos (artículo 13.I del Código Civil Federal) y permisión de aplicación en México de la institución extranjera desconocida (artículo 14.III del Código Civil Federal).

¹⁹ De allí la definición propuesta en *El Orden Público en México: del Impresionismo al Puntillismo Jurídico*: “las instituciones jurídicas que reflejan los sentimientos más caros de una sociedad determinada” (Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, noviembre 2012 (www.caic.com.mx); Revista Mexicana de Derecho Privado, No. 2, Julio-Diciembre 2012, p. 572).

²⁰ Por ejemplo, la definición de Estados Unidos: “las nociones más *básicas* de moralidad y de justicia de un sistema jurídico” (*Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier*, Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)). Al adoptar dicha moción, no sólo hizo se eco de casos venerables y fuentes autoritarias (como el *Restatement (Second) Conflict of Laws*), sino que hizo hincapié en la necesidad de interpretar ‘orden público’ en forma estrecha, so pena de convertir a dicha causal en un mecanismo jingoísta (“parochial” fue la palabra usada) para defender intereses nacionales, lo cual dañaría a todo el sistema internacional de solución de controversias. En *Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, SA v Southwire Co* (484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980) se dio eco al mismo razonamiento sosteniendo que, inclusive las normas locales de usura— aunque “odiosas, inmorales e ilegales” (“odious, illegal, and immoral” fueron sus palabras)— no son orden público. En *Karaha Bodas Co., LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* (364 F.3d 274 (5th Cir. 2004)) se determinó que la causal de ‘orden público’ no se actualizaba inclusive ante tres cuestiones que se argumentaron: (i) abuso de derechos; (ii) la necesidad de obedecer un decreto nacional que obligaba la conducta gubernamental materia del arbitraje, y (iii) el que se hubieran escondido pruebas. Al hacerlo, se hizo eco de la definición de *Parsons & Whittemore* (y otros casos que han seguido la estela de *Parsons*) incluyendo la necesidad de interpretar la causal estrechamente. En *obiter*, se indicó que el orden público tampoco se actualiza en presencia razonamiento jurídico erróneo o equivocada aplicación del derecho.

²¹ El derecho comercial internacional ofrece otro ejemplo interesante. La nota 5 del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“GATS”) establece que “(...) orden público únicamente podrá invocarse cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses *fundamentales* de la sociedad.” (énfasis añadido.) La interpretación excepcional y sólo en casos extremos no se ha quedado en letra muerta. El Grupo Especial el caso *Antigua y Barbuda v. Estados Unidos* (Juegos de Azar) (WT/DS285/R, 10 de noviembre de 2004) hizo hincapié en ello. En el párrafo 6.470 hizo eco favorable de la definición adoptada por el Juez

y lo medianamente importante es tolerado; dejado fuera del espectro de “orden público” por ser parte de las diferencias que merecen deferencia, diversidad cultural inherente a la sociedad internacional.

Ese conjunto de elementos que una cultura jurídica considera sagrados es lo que debe entenderse como “orden público”. En México ello es velado mediante tres regímenes:

1. La excepción a la aplicación del derecho extranjero conforme al derecho internacional privado;
2. La excepción a la ejecución en México de sentencias extranjeras; y
3. La posible nulidad o no ejecución de laudos arbitrales.

Las tres figuras citadas tienen comunes denominadores y diferencias. A continuación se identificarán:

1. *Excepción a la aplicación del derecho extranjero conforme al derecho internacional privado*

El artículo 15.II del Código Civil Federal establece:

No se aplicará el derecho extranjero:

- I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y
- II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del *orden público* mexicano. (énfasis añadido)

El “orden público” en dicho precepto es la válvula de escape de la aplicación rígida del sistema conflictual que establece, como punto de partida, el principio de territorialidad, ²² luego los casos en que aplica un derecho distinto ²³ (y la forma de hacerlo ²⁴). Su objeto es evitar que ‘por la puerta

Lauterpacht en su opinión separada en *Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* ((*Netherlands v. Sweden*), 1958 I.C.J. 55, 90 (decisión de 28 de noviembre): “concepciones *fundamentales* de la nación acerca del derecho, la decencia y la moralidad”. (énfasis añadido.)

²² Artículo 12 del Código Civil Federal.

²³ Artículo 13 del Código Civil Federal.

²⁴ Artículo 14 del Código Civil Federal.

trasera' se filtren disposiciones ofensivas a las instituciones jurídicas que contemplan los valores más importantes de México: el orden público.

Se justifica catalogarlo bajo la canasta "escudo de instituciones jurídicas locales fundamentales" pues es el mecanismo que evita que el régimen del derecho internacional privado mexicano, que adopta los cánones internacionales más aceptados sobre la materia, tenga por efecto permitir la entrada de instituciones foráneas que puedan ser ofensivas.²⁵

2. Ejecución en México de sentencias extranjeras

La fracción VII del artículo 1347-A del Código de Comercio dice:

Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones:

(...)

VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al **orden público** en México. (...) (énfasis añadido).

El artículo 569 del Código Federal de Procedimientos Civiles dice lo mismo.

La utilización del concepto "orden público" en dichos preceptos tiene como propósito de evitar que la (plausible) predisposición favorable del Derecho mexicano con respecto a la ejecución de fallos extranjeros no resulte inadvertidamente en una forma de permitir la entrada —de nuevo, "por la puerta trasera"— de decisiones que ofendan las instituciones jurídicas más fundamentales del sistema jurídico mexicano.

Merece ser incluido en la especie de orden público catalogable dentro de la canasta de "escudo de instituciones jurídicas locales fundamentales" puesto que lo que busca es evitar que la permisividad a la ejecución en México de normas jurídicas individualizadas de otras jurisdicciones que tengan por efecto filtrar en el sistema mexicano instituciones foráneas ofensivas.

3. Nulidad y ejecución de laudos arbitrales

En el contexto de *nulidad* de laudos, el artículo 1457 del Código de Comercio establece:

²⁵ Esta aseveración toca el debate (que no abordo) de derecho internacional privado consistente en si puede existir una norma local contraria al orden público local. Hay quien asevera que por definición ello es imposible, mientras que otros consideran que puede acontecer.

Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

(...)

II. El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al **orden público**. (énfasis añadido)

En el contexto de *ejecución*, el artículo 1462 del Código de Comercio establece:

Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

(...)

II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al **orden público**. (énfasis añadido)

Ambos preceptos establecen al "orden público" como una causal que de oficio debe examinarse a efecto de determinar si debe anularse o no ejecutarse un laudo. La *ratio* de ambos es justamente la defendida: que no se dé efecto a fallos que ofendan las nociones más importantes de justicia y moralidad del sistema jurídico mexicano.

En forma consistente con dicha noción, el Poder Judicial mexicano ha emitido una serie de decisiones que han (correctamente) decidido si se está en presencia de auténtico "orden público" del género que justifica anular un laudo o no ejecutarlo. Por ejemplo:

- "Orden público" versa sobre **intereses colectivos**, no individuales;²⁶
- **Bienes públicos** no son "orden público";²⁷
- **Interés público** no es "orden público";²⁸
- **Derecho público** no es "orden público";²⁹

²⁶ Expediente 596/2011, Juez Quincuagésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal, 7 de noviembre de 2011. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, 1er Circuito. Amparo en Revisión 195/2010.

²⁷ Incidente de nulidad de laudo arbitral número 213/2005-V, Juzgado duodécimo de Distrito en materia Civil en el Distrito Federal, sentencia del 28 de marzo de 2006.

²⁸ Contradicción de tesis 2/89 (entre las sustentadas por Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito), Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de noviembre de 1989.

²⁹ Exp. 596/2011. Juez Cuadragésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en Revisión 195/2010. Amparo en Revisión 358/2010.

- **Contratación pública** no es “orden público”;³⁰
- Un **documento público** no es “orden público”;³¹
- La **caducidad** no es “orden público”;³² y
- La **cosa juzgada** no es “orden público”.³³

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó la siguiente definición de orden público para efectos de nulidad y ejecución de laudos, ofrecida después de explicar que, aunque en presencia de un concepto jurídico indeterminado, tiene un “núcleo duro”:³⁴

las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.³⁵

Dicha definición constituye un desarrollo no solo encomiable sino consistente con la teoría aquí propuesta.³⁶ Nótese la utilización de términos y

³⁰ Han existido muchos casos en los que contratos con entes públicos han generado disputas que se han ventilado en arbitraje. Como regla, el litigio que ha surgido de ello no ha acogido la posibilidad que el orden público mexicano se vea transgredido por el hecho que un ente público (sea dependencia o entidad) haya pactado arbitraje. Recientemente un caso (amparo en revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito) decidió que la rescisión administrativa no era arbitrable por ser una materia de orden público. Ello merece comentario que no se hace aquí. De querer abundar, consúltese González de Cossío, *Arbitraje y Contratación Gubernamental*; visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje y *El Orden Público en México: del Impresionismo al Puntillismo Jurídico*, Revista Mexicana de Derecho Privado, No. 2, Julio-Diciembre 2012, p. 569). En este contexto, lo único que hago notar es que es el único caso en que así ha ocurrido. A su vez, dicho caso muestra peculiaridades que no permiten generalizarlo. Es más una anomalía que reflectivo de una tendencia.

³¹ En un caso deportivo (no reportado) un tribunal arbitral otorgó escaso valor probatorio a una prueba consistente en un documento público: una fe de hechos emitida por un notario público. En nulidad se decidió que ello no actualizaba la causal ‘orden público’. Al tratarse de un caso deportivo, la sede no fue México. Sin embargo, el análisis fue en base a derecho mexicano.

³² Amparo en revisión 527/2011.

³³ Amparo en revisión 755/2011.

³⁴ Amparo en Revisión 755/2011, párrafos 69 y 70 de la ejecutoria.

³⁵ Que se deriva del siguiente texto (párrafo 81) de la sentencia: “... un laudo arbitral es **contrario al orden público** y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.”

³⁶ La decisión es encomiable por otros motivos no tocados aquí. Para abundar, consúltese el *Dispute Resolution Newsletter*, Año 1, Número 1; www.gdca.com.mx/Boletín. En resumen, adopta la postura “minimalista” de orden público, deslinda la noción de otras instituciones jurídicas con las cuales frecuentemente se confunde (lo que aquí he llamado “orden público contractual”, regu-

adjetivos consistentes con la noción aquí defendida (resaltados por facilidad):

las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo **ofensivo y grave** del yerro cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses **fundamentales** de la sociedad.

No cualquier yerro en la decisión contenida en el laudo merece considerarse contraria al ‘orden público’. Tiene que ser “ofensivo” y “grave” (la “y” es copulativa). Y tiene que afectar intereses “fundamentales” de la sociedad.

III. CONCLUSIÓN

Aunque se llamen *igual*, el orden público contenido en los siguientes regímenes *es diverso*:

1. Derecho contractual;
2. Áreas reguladas;
3. Amparo;
4. El sistema conflictual del derecho internacional privado;
5. Ejecución de sentencias extranjeras;³⁷ y
6. La causal de nulidad³⁸ o no ejecución³⁹ de laudos arbitrales.

IV. COMENTARIO FINAL

Como puede verse, el ‘orden público’ no es un concepto unívoco. Más bien, está compuesto por un conjunto de instituciones que constituyen una palestra de figuras que conforman un *continuum*. Están ubicadas en di-

latorio y “externalidades”). Y en forma importante, se nutre de literatura internacional para dibujar dicha acepción. Es decir, la decisión de la Suprema Corte de Justicia Mexicana es plausible tanto en *fondo* como *método*.

³⁷ Ver Anexo II de este ensayo.

³⁸ Artículo 1457.II del Código de Comercio.

³⁹ Artículo 1462.II del Código de Comercio.

ferentes geografías del sistema jurídico mexicano, y cumplen funciones distintas. Es decir, *aunque se llamen igual, no son lo mismo*.

Este ensayo propone un catálogo de las mismas a efecto de comprender su (verdadero) contenido y función. Pero aún más importante, para evitar confusión. Comprender que existen instituciones jurídicas diversas necesariamente implica que cierto tipo de 'orden público' no puede ser utilizado para los fines de otro 'orden público'. Se trata de instituciones *diferentes*, aunque bautizadas en forma *idéntica*.

ANEXO I:

LEYES QUE CONTIENEN ALUSIÓN A SER
DE "ORDEN PÚBLICO"

1. El artículo 1 de la Ley de Asociaciones Público Privadas dice: "La presente Ley es de **orden público** y tiene por objeto regular los esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas, bajo los principios de los artículos 25 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

2. El artículo 1 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece: "Las disposiciones de este Código son de **orden público** y de observancia general en el territorio nacional y para los ciudadanos mexicanos que ejerzan su derecho al sufragio en el territorio extranjero en la elección para Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. (...)"

3. El artículo 1 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal dispone: "Las disposiciones contenidas en el presente Estatuto son de **orden público** e interés general y son norma fundamental de organización y funcionamiento del gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

4. El artículo 1 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público dice: "La presente Ley es de **orden público** y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen: (...)"

5. El artículo 1 de la Ley de Aeropuertos establece: "La presente Ley es de **orden público** y tiene por objeto regular la construcción, administración, operación y explotación de los aeródromos civiles, los cuales son parte integrante de las vías generales de comunicación".

6. El artículo 1 de la Ley de Aguas Nacionales dice: "La presente Ley es reglamentaria del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de aguas nacionales; es de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de **orden público** e interés social y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable".

7. El artículo 1 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular dispone: “La presente Ley es de *orden público*, de interés social y observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto lo siguiente”.

8. El artículo 2 de la Ley de Asistencia Social dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* e interés general, de observancia en toda la República y tienen por objeto sentar las bases para la promoción de un Sistema Nacional de Asistencia Social que fomente y coordine la prestación de servicios de asistencia social pública y privada e impulse la participación de la sociedad en la materia”.

9. El artículo 1 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público dispone: “La presente ley, fundada en el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias, así como en la libertad de creencias religiosas, es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de asociaciones, agrupaciones religiosas, iglesias y culto público. Sus normas son de *orden público* y de observancia general en el territorio nacional”.

10. El artículo 1 de la Ley de Aviación Civil dice: “La presente Ley es de *orden público* y tiene por objeto regular la explotación, el uso o aprovechamiento del espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, respecto de la prestación y desarrollo de los servicios de transporte aéreo civil y de Estado”.

11. El artículo 1 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados establece: “La presente Ley es de *orden público* y de interés social, y tiene por objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, 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”.

12. El artículo 1 de la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones dispone: “La presente Ley es de *orden público* y de observancia en todo el territorio nacional”.

Tiene por objeto normar la constitución y funcionamiento de las Cámaras de Comercio, Servicios y Turismo y de las Cámaras de Industria, así como de las Confederaciones que las agrupan.

También tiene por objeto normar al Sistema de Información Empresarial Mexicano”.

13. El artículo 1 de la Ley de Capitalización del Procampo dispone “Se emite la presente Ley de Capitalización del PROCAMPO, en el marco de los artículos 25, 27 fracción XX y demás dispositivos correspondientes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Desarrollo Rural Sustentable, y otras disposiciones aplicables.

La presente ley es de aplicación general y regirá en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos; sus disposiciones son de *orden público* e interés general. Tiene por objeto establecer las disposiciones para el acceso anticipado y la utilización como garantía crediticia, de los pagos futuros a que tienen derecho los beneficiarios del Programa de Apoyos Directos al Campo, en adelante “PROCAMPO”, cuando así convenga a sus intereses de acuerdo con lo establecido en la Ley de Desarrollo Rural Sustentable y demás ordenamientos aplicables”.

14. El artículo 2 de la Ley de Comercio Exterior dispone: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de aplicación en toda la República, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte. La aplicación e interpretación de estas disposiciones corresponden, para efectos administrativos, al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Economía”.

15. El artículo 1 de la Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo dice: “La presente Ley es de *orden público* y observancia general en todo el territorio nacional, y se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”.

16. El artículo 1 de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable establece: “La presente Ley es reglamentaria de la Fracción XX del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y es de observancia general en toda la República.

Sus disposiciones son de *orden público* y están dirigidas a: promover el desarrollo rural sustentable del país, propiciar un medio ambiente adecuado, en los términos del párrafo 4o. del artículo 4o.; y garantizar la rectoría del Estado y su papel en la promoción de la equidad, en los términos del artículo 25 de la Constitución.

Se considera de interés público el desarrollo rural sustentable que incluye la planeación y organización de la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, y de los demás bienes y servicios, y

todas aquellas acciones tendientes a la elevación de la calidad de vida de la población rural, según lo previsto en el artículo 26 de la Constitución, para lo que el Estado tendrá la participación que determina el presente ordenamiento, llevando a cabo su regulación y fomento en el marco de las libertades ciudadanas y obligaciones gubernamentales que establece la Constitución”.

17. El artículo 1 de la Ley de Energía para el Campo dice: “La presente Ley es reglamentaria de los artículos 25, 27 fracción XX y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y es de observancia general en toda la República Mexicana.

Sus disposiciones son de *orden público* y están dirigidas a coadyuvar al desarrollo rural del país, estableciendo acciones de impulso a la productividad y competitividad, como medidas de apoyo tendientes a reducir las asimetrías con respecto a otros países de conformidad con lo que establece el artículo 13 fracción IX y demás disposiciones de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable (...)”

18. El artículo 1 de la Ley de Extradición Internacional establece: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público*, de carácter federal y tienen por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales, o condenados por ellos, por delitos del orden común”.

19. El artículo 1 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación dispone: “La presente Ley es de *orden público* y tiene por objeto reglamentar los artículos 74, fracciones II y VI, y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública”.

20. El artículo 1 de la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público*, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional”.

21. El artículo 1 de la Ley de Fondos de Aseguramiento Agropecuario y Rural establece: “Esta Ley es de *orden público* y observancia general en todo el territorio nacional. Tiene por objeto crear y regular la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Fondos de Aseguramiento Agropecuario y Rural, que se constituirá por los Fondos de Aseguramiento y por sus Organismos Integradores, que se registren ante la

Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos de esta Ley, con los siguientes propósitos específicos:”

22. El artículo 1 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone: “La presente Ley es de *orden público* y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano”.

23. El artículo 1 de la Ley de Inversión Extranjera dice: “La presente Ley es de *orden público* y de observancia general en toda la República. Su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional”.

24. El artículo 1 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos establece: “Esta ley es de *orden público* y de aplicación en todo el territorio nacional en materia de Derechos Humanos, respecto de los mexicanos y extranjeros que se encuentren en el país, en los términos establecidos por el apartado “B” del artículo 102 constitucional”.

25. El artículo 1 de la Ley de la Economía Social y Solidaria, Reglamentaria del Párrafo Séptimo del Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo Referente al Sector Social de la Economía dispone: “La presente Ley es reglamentaria del párrafo séptimo del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo concerniente al Sector Social de la Economía.

La presente Ley es de *orden público*, interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y se aplicará sin perjuicio de otras disposiciones que dicten los Poderes Ejecutivo y Legislativo Federal y de las Entidades Federativas, así como municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias”.

26. El artículo 1 de la Ley de la Policía Federal establece: “La presente Ley es reglamentaria del artículo 21 constitucional, en materia federal en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Policía Federal, en el ámbito de competencia que establece esta Ley y las disposiciones aplicables. Es de *orden público* y de aplicación en todo el territorio nacional”.

27. El artículo 1 de la Ley de la Propiedad Industrial dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de observancia general en toda la República, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internaciona-

les de los que México sea parte. Su aplicación administrativa corresponde al Ejecutivo Federal por conducto del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial”.

28. El artículo 1 de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores dispone: “La presente Ley es de *orden público*, de interés social y de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos. Tiene por objeto garantizar el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores, así como establecer las bases y disposiciones para su cumplimiento, mediante la regulación de:”

29. El artículo 1 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y de Reformas y Adiciones a las Leyes General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, para Regular las Agrupaciones Financieras, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y Federal de Protección al Consumidor establece: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y tiene por objeto regular el funcionamiento de los sistemas de ahorro para el retiro y sus participantes previstos en esta Ley y en las leyes del Seguro Social, del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado”.

30. El artículo 1 de la Ley de Migración dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de observancia general en toda la República y tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales”.

31. El artículo 1 de la Ley de Nacionalidad establece: “La presente Ley es reglamentaria de los artículos 30, 32 y 37, apartados A y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus disposiciones son de *orden público* y de observancia general en todo el territorio nacional. Su aplicación corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores”.

32. El artículo 1 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos dispone: “Esta Ley es de *orden público* y tiene por objeto regular las vías generales de comunicación por agua, la navegación y los servicios que en

ellas se prestan, la marina mercante mexicana, así como los actos, hechos y bienes relacionados con el comercio marítimo”.

33. El artículo 1 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dice: “La presente Ley es de *orden público* y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:”

34. El artículo 1 de la Ley de Planeación establece: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* e interés social y tienen por objeto establecer:”

35. El artículo 1 de la Ley de Productos Orgánicos dispone: “La presente Ley es de *orden público* y de interés social y tiene por objeto:”

36. El artículo 1 de la Ley de Protección al Ahorro Bancario dice: “La presente Ley tiene por objeto establecer un sistema de protección al ahorro bancario en favor de las personas que realicen cualquiera de las operaciones garantizadas, en los términos y con las limitantes que la misma determina; regular los apoyos financieros que se otorguen a las instituciones de banca múltiple para la protección de los intereses del público ahorrador, así como establecer las bases para la organización y funcionamiento de la entidad pública encargada de estas funciones.

Esta Ley es de *orden público* e interés social y reglamenta las disposiciones constitucionales conducentes”.

37. El artículo 3 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros establece: “Esta Ley es de *orden público*, interés social y de observancia en toda la República, de conformidad con los términos y condiciones que la misma establece. Los derechos que otorga la presente Ley son irrenunciables”.

38. El artículo 1 de la Ley de Puertos dispone: “La presente ley es de *orden público* y de observancia en todo el territorio nacional, y tiene por objeto regular los puertos, terminales, marinas e instalaciones portuarias, su construcción, uso, aprovechamiento, explotación, operación y formas de administración, así como la prestación de los servicios portuarios”.

39. El artículo 2 de la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares dice: “Las disposiciones de la presente ley son de interés social y de *orden público* y rigen en toda la República”.

40. El artículo 1 de la Ley de Seguridad Nacional establece: “Las disposiciones de la presente Ley son de *orden público* y de observancia general en todo el territorio nacional”.

41. El artículo 1 de la Ley de Sistemas de Pagos dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y tiene por objeto propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos que la propia Ley señala, al establecer, para los efectos previstos en este ordenamiento, el carácter definitivo e irrevocable de las órdenes de transferencia y de la compensación y liquidación derivados de éstas, que se procesen a través de dichos sistemas, incluyendo los relacionados con operaciones con valores”.

42. El artículo 1 de la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado dice: “La presente Ley es de *orden público* y tiene por objeto regular las actividades y servicios financieros para el otorgamiento de Crédito Garantizado, para la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento destinado a la vivienda con la finalidad de asegurar la transparencia en su otorgamiento y fomentar la competencia”.

43. El artículo 1 de la Ley de Uniones de Crédito establece: “La presente Ley es de *orden público* y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las uniones, así como las operaciones que las mismas podrán realizar”.

44. El artículo 1 de la Ley de Vivienda dispone: “La presente Ley es reglamentaria del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de vivienda. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social y tienen por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa. (...)”

45. El artículo 1 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado dice: “La presente Ley es de *orden público*, de interés social y de observancia en toda la República, y se aplicará a las Dependencias, Entidades, Trabajadores al servicio civil, Pensionados y Familiares Derechohabientes, de:”

46. El artículo 1 de la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres establece: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de observancia general en toda la República, en materia de equidad de género e igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, en los términos del

Artículo Cuarto, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

47. El artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores dispone: “La presente Ley es de *orden público* y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto desarrollar el mercado de valores en forma equitativa, eficiente y transparente; proteger los intereses del público inversionista; minimizar el riesgo sistémico; fomentar una sana competencia, y regular lo siguiente:”

48. El artículo 1 de la Ley del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas dice: “La presente Ley tiene por objeto establecer y regular la operación, funcionamiento y administración del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas. Sus disposiciones son de *orden público* y de observancia general en todo el territorio nacional”.

49. El artículo 1 de la Ley del Registro Público Vehicular establece: “La presente Ley tiene por objeto establecer y regular la operación, funcionamiento y administración del Registro Público Vehicular. Sus disposiciones son de *orden público* y de observancia general en todo el territorio nacional”.

50. El artículo 1 de la Ley del Seguro Social dispone: “La presente Ley es de observancia general en toda la República, en la forma y términos que la misma establece, sus disposiciones son de *orden público* y de interés social”.

51. El artículo 1 de la Ley del Servicio Militar dice: “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se declara obligatorio y de *orden público* el servicio de las armas para todos Armada, como soldados, clases u oficiales, de acuerdo con sus capacidades y aptitudes”.

52. El artículo 1 de la Ley del Servicio Postal Mexicano establece: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y tiene por objeto regular todo lo relativo a la prestación del servicio público de correos y de los otros servicios que expresamente se contemplan”.

53. El artículo 2 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica dispone: “Todos los actos relacionados con el servicio público de energía eléctrica son de *orden público*:”

54. El artículo 1 de la Ley del Sistema de Horario en los Estados Unidos Mexicanos dice: “La presente Ley es de aplicación general y regirá en

todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de *orden público* e interés general, su aplicación y vigilancia estará a cargo del Ejecutivo Federal por conducto de las dependencias que conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal tengan asignada competencia sobre la materia que regula el presente ordenamiento”.

55. El artículo 1 de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica establece: “La presente Ley, reglamentaria del Apartado B del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de *orden público*, de interés social y de observancia general en toda la República, y tiene por objeto regular:”

56. El artículo 1 de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas dispone: “La presente Ley es de *orden público* y de interés general y tiene por objeto:”

57. El artículo 1 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada dice: “La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de *orden público* y de aplicación en todo el territorio nacional”.

58. El artículo 1 de la Ley Federal de Cinematografía establece: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* e interés social y regirán en todo el territorio nacional”.

59. El artículo 1 de la Ley Federal de Correduría Pública dispone: “La presente ley es de *orden público* y de observancia en toda la República. Su objeto es regular la función del corredor público”.

60. El artículo 1 de la Ley Federal de Defensoría Pública dice: “La presente Ley tiene por objeto regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece.

Sus disposiciones son de *orden público* y de aplicación en todo el territorio nacional”.

61. El artículo 1 de la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “Esta Ley es reglamentaria del párrafo segundo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus disposiciones son de *orden público*, de interés social y tiene por obje-

to regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, así como el procedimiento correspondiente, la actuación de las autoridades competentes, los efectos de la resolución que se emita y los medios para la intervención de terceros que se consideren afectados por la misma”.

62. El artículo 1 de la Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil dispone: “La presente ley es de *orden público* e interés social y tiene por objeto:”

63. El artículo 1 de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes dice: “Esta Ley es de *orden público* e interés general. Tiene como objeto la creación del Sistema Federal de Justicia para Adolescentes, el cual incluye a los órganos, instancias, procedimientos, principios, derechos y garantías previstos, y derivados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Ley, la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y los tratados y convenios internacionales aplicables”.

64. El artículo 1 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria establece: “La presente Ley es de *orden público*, y tiene por objeto reglamentar los artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales”.

65. El artículo 1 de la Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas dispone: “Se expide la presente Ley de conformidad con el artículo 27, fracción XX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con lo que se establece en el Título III, Capítulo IX de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable.

Sus disposiciones son de *orden público*, de observancia general en toda la República y de interés público porque regulan actividades relacionadas con la planeación y organización de la producción agrícola, de su industrialización y comercialización”.

66. El artículo 1 de la Ley Federal de Protección al Consumidor dice: “La presente ley es de *orden público* e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario”.

67. El artículo 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión establece: “La presente Ley es de *orden público* y tiene por objeto regular el servicio de radiodifusión”.

68. El artículo 1 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental dispone: "La presente Ley regula la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños cuando sea exigible a través de los procesos judiciales federales previstos por el artículo 17 constitucional, los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

Los preceptos de este ordenamiento son reglamentarios del artículo 4o. Constitucional, de *orden público* e interés social y tienen por objeto la protección, la preservación y restauración del ambiente y el equilibrio ecológico, para garantizar los derechos humanos a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de toda persona, y a la responsabilidad generada por el daño y el deterioro ambiental".

69. El artículo 1 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece: "La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de *orden público* e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia".

70. El artículo 1 de la Ley Federal de Sanidad Animal dispone: "La presente Ley es de observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto fijar las bases para: el diagnóstico, prevención, control y erradicación de las enfermedades y plagas que afectan a los animales; procurar el bienestar animal; regular las buenas prácticas pecuarias aplicables en la producción primaria, en los establecimientos dedicados al procesamiento de bienes de origen animal para consumo humano, tales como rastros y unidades de sacrificio y en los establecimientos Tipo Inspección Federal; fomentar la certificación en establecimientos dedicados al sacrificio de animales y procesamiento de bienes de origen animal para consumo humano, coordinadamente con la Secretaría de Salud de acuerdo al ámbito de competencia de cada secretaría; regular los establecimientos, productos

y el desarrollo de actividades de sanidad animal y prestación de servicios veterinarios; regular los productos químicos, farmacéuticos, biológicos y alimenticios para uso en animales o consumo por éstos. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social.

71. El artículo 1 de la Ley Federal de Sanidad Vegetal dice: "La presente Ley es de observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto regular y promover, la sanidad vegetal, así como la aplicación, verificación y certificación de los sistemas de reducción de riesgos de contaminación física, química y microbiológica en la producción primaria de vegetales. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social".

72. El artículo 1 de la Ley Federal de Seguridad Privada establece: "La presente ley tiene por objeto regular la prestación de servicios de seguridad privada, cuando estos se presten en dos o más entidades federativas, en las modalidades previstas en esta ley y su reglamento, así como la infraestructura, equipo e instalaciones inherentes a las mismas. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional".

73. El artículo 1 de la Ley Federal de Telecomunicaciones dispone: "La presente Ley es de *orden público* y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones, y de la comunicación vía satélite".

74. El artículo 1 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental dice: "La presente Ley es de *orden público*. Tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal".

75. El artículo 2 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: "Las disposiciones de esta Ley son de *orden público*, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional. Su aplicación administrativa corresponde al Ejecutivo Federal por conducto del Instituto Nacional del Derecho de Autor y, en los casos previstos por esta Ley, del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial".

76. El artículo 2 de la Ley Federal del Mar dispone: "La presente Ley es de jurisdicción federal, rige en las zonas marinas que forman parte del territorio nacional y, en lo aplicable, más allá de éste en las zonas marinas donde la Nación ejerce derechos de soberanía, jurisdicciones y otros de-

rechos. Sus disposiciones son de *orden público*, en el marco del sistema nacional de planeación democrática”.

77. El artículo 5 de la Ley Federal del Trabajo dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:”

78. El artículo 1 de la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para Elaborar Cápsulas, Tabletas y/o Comprimidos establece: “La presente Ley tiene por objeto controlar la producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transporte, almacenaje y distribución de precursores químicos, productos químicos esenciales y máquinas para elaborar cápsulas, tabletas y/o comprimidos, a fin de evitar su desvío para la producción ilícita de narcóticos. Sus disposiciones son de *orden público* y de observancia general en todo el territorio nacional”.

79. El artículo 1 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas dispone: “La presente Ley es de *orden público* y de observancia general en el territorio de la República y áreas bajo la jurisdicción del Estado mexicano, y tiene por objeto establecer medidas de control a los sujetos obligados que realicen Actividades Reguladas relacionadas con las sustancias químicas susceptibles de desvío, así como respecto de las instalaciones, tecnología, equipo especializado y corriente utilizado para dichas actividades”.

80. El artículo 1 de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal dispone: “La presente Ley es de *orden público* y de interés social, sus disposiciones se aplican en toda la República y tienen por objeto fomentar el desarrollo de la microindustria y de la actividad artesanal, mediante el otorgamiento de apoyos fiscales, financieros, de mercado y de asistencia técnica, así como a través de facilitar la constitución y funcionamiento de las personas morales correspondientes, simplificar trámites administrativos ante autoridades federales y promover la coordinación con autoridades locales o municipales para este último objeto”.

81. El artículo 1 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público dice: “La presente Ley es de *orden público*, de observancia general en toda la República y tiene por objeto regular la administración y destino, por parte del SAE, de los bienes siguientes:”

82. El artículo 1 de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal establece: “Las disposiciones de esta Ley, son de *orden público* y observancia general y tienen por objeto establecer las medidas y procedimientos que garanticen la protección y atención de personas intervinientes en el procedimiento penal, cuando se encuentren en situación de riesgo o peligro por su participación o como resultado del mismo”.

83. El artículo 1 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación dispone: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato”.

84. El artículo 1 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización dice: “La presente Ley regirá en toda la República y sus disposiciones son de *orden público* e interés social. Su aplicación y vigilancia corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de las dependencias de la administración pública federal que tengan competencia en las materias reguladas en este ordenamiento”.

85. El artículo 1 de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas establece: “El objeto de esta ley es de interés social y nacional y sus disposiciones de *orden público*”.

86. El artículo 1 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia dispone: “La presente ley tiene por objeto establecer la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, así como para garantizar la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las disposiciones de esta ley son de *orden público*, interés social y de observancia general en la República Mexicana.

87. El artículo 1 de la Ley General de Asentamientos Humanos dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* e interés social y tienen por objeto:”

88. El artículo 1 de la Ley General de Bibliotecas establece: “Esta ley es de observancia general en toda la República; sus disposiciones son de *orden público* e interés social y tiene por objeto:”

89. El artículo 1 de la Ley General de Bienes Nacionales dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés general y tiene por objeto establecer:”

90. El artículo 1 de la Ley General de Cambio Climático dice: “La presente ley es de *orden público*, interés general y observancia en todo el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción y establece disposiciones para enfrentar los efectos adversos del cambio climático. Es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de protección al ambiente, desarrollo sustentable, preservación y restauración del equilibrio ecológico”.

91. El artículo 1 de la Ley General de Contabilidad Gubernamental establece: “La presente Ley es de *orden público* y tiene como objeto establecer los criterios generales que regirán la contabilidad gubernamental y la emisión de información financiera de los entes públicos, con el fin de lograr su adecuada armonización. (...)”

92. El artículo 1 de la Ley General de Cultura Física y Deporte dice: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y de observancia general en toda la República, reglamenta el derecho a la cultura física y el deporte reconocido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, correspondiendo su aplicación en forma concurrente al Ejecutivo Federal, por conducto de la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte, las Autoridades Estatales, del Distrito Federal y las Municipales, así como los sectores social y privado, en los términos que se prevén”.

93. El artículo 1 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas establece: “La presente Ley es de *orden público* e interés social, de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso y desarrollo de las lenguas indígenas”.

94. El artículo 1 de la Ley General de Desarrollo Social dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional, y tiene por objeto:”

95. El artículo 1 de la Ley General de Educación dice: “Esta Ley regula la educación que imparten el Estado —Federación, entidades federativas y municipios—, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios. Es de observancia general en toda la República y las disposiciones que contiene son de *orden público* e interés social”.

96. El artículo 1 de la Ley General de la Infraestructura Física Educativa establece: “La presente ley es de observancia general en toda la república, y sus disposiciones son de *orden público* e interés social”.

97. El artículo 1 de la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés social, reglamentaria del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular, fomentar y administrar el aprovechamiento de los recursos pesqueros y acuícolas en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción; del 73 fracción XXIX-L para establecer las bases para el ejercicio de las atribuciones que en la materia corresponden a la federación, las entidades federativas y los municipios, bajo el principio de concurrencia y con la participación de los productores pesqueros, así como de las demás disposiciones previstas en la propia Constitución que tienen como fin propiciar el desarrollo integral y sustentable de la pesca y la acuicultura”.

98. El artículo 1 de la Ley General de Población dice: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de observancia general en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social”.

99. El artículo 1 de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil establece: “La presente Ley es de *orden público*, interés social y observancia general en el territorio nacional y tiene por objeto establecer la concurrencia entre la Federación, los Estados, los Municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, así como la participación de los sectores privado y social, en materia de prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, garantizando el acceso de niñas y niños a dichos servicios en condiciones de

igualdad, calidad, calidez, seguridad y protección adecuadas, que promuevan el ejercicio pleno de sus derechos”.

100. El artículo 1 de la Ley General de Protección Civil dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y tiene por objeto establecer las bases de coordinación entre los tres órdenes de gobierno en materia de protección civil. Los sectores privado y social participarán en la consecución de los objetivos de esta Ley, en los términos y condiciones que la misma establece”.

101. El artículo 1 de la Ley General de Salud dice: “La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de *orden público* e interés social”.

102. El artículo 1 de la Ley General de Sociedades Cooperativas establece: “La presente Ley tiene por objeto regular la constitución, organización, funcionamiento y extinción de las Sociedades Cooperativas y sus Organismos en que libremente se agrupen, así como los derechos de los Socios.

Sus disposiciones son de *orden público*, interés social y de observancia general en el territorio nacional”.

103. El artículo 1 de la Ley General de Turismo dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés social, de observancia general en toda la República en materia turística, correspondiendo su aplicación en forma concurrente al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Turismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias a las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, así como a los Estados, Municipios y el Distrito Federal. La interpretación en el ámbito administrativo, corresponderá al Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Turismo”.

104. El artículo 1 de la Ley General de Víctimas dice: “La presente Ley general es de *orden público*, de interés social y observancia en todo el territorio nacional, en términos de lo dispuesto por los artículos 1o., párrafo tercero, 17, y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, y otras leyes en materia de víctimas”.

105. El artículo 1 de la Ley General de Vida Silvestre establece: “La presente Ley es de *orden público* y de interés social, reglamentaria del párrafo tercero del artículo 27 y de la fracción XXIX, inciso G del artículo 73 constitucionales. Su objeto es establecer la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, relativa a la conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y su hábitat en el territorio de la República Mexicana y en las zonas en donde la Nación ejerce su jurisdicción”.

106. El artículo 1 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente dispone: “La presente Ley es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social y tienen por objeto propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para:”

107. El artículo 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral dice: “La presente ley es de *orden público*, de observancia general en toda la República y reglamentaria de los artículos 41, 60 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (...)”

108. El artículo 1 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública establece: “La presente Ley es reglamentaria del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Seguridad Pública y tiene por objeto regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública, así como establecer la distribución de competencias y las bases de coordinación entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en esta materia.

Sus disposiciones son de *orden público e interés social* y de observancia general en todo el territorio nacional”.

109. El artículo 1 de la Ley General para el Control del Tabaco dispone: “La presente Ley es de utilidad pública y sus disposiciones son de *orden público* e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. A falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente la Ley General de Salud”.

110. El artículo 1 de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres dice: “La presente Ley tiene por objeto regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la Nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social y de observancia general en todo el Territorio Nacional.

111. El artículo 1 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad establece: “Las disposiciones de la presente Ley son de *orden público*, de interés social y de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos”.

112. El artículo 1 de la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia dispone: “La presente Ley es de *orden público* e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto establecer las bases de coordinación entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios en materia de prevención social de la violencia y la delincuencia en el marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

113. El artículo 1 de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos dice: “La presente Ley es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la protección al ambiente en materia de prevención y gestión integral de residuos, en el territorio nacional. Sus disposiciones son de *orden público* e interés social y tienen por objeto garantizar el derecho de toda persona al medio ambiente adecuado y propiciar el desarrollo sustentable a través de la prevención de la generación, la valorización y la gestión integral de los residuos peligrosos, de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial; prevenir la contaminación de sitios con estos residuos y llevar a cabo su remediación...”

114. El artículo 1 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos establece: “La presente Ley es reglamentaria del artículo 73, fracción XXI, párrafo primero, en materia de trata de personas, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y es de *orden público* e interés social”.

115. El artículo 1 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: “La presente Ley es reglamentaria del párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de secuestro. Es de *orden público* y de observancia general en toda la República y tiene por objeto establecer los tipos penales, sus sanciones, las medidas de protección, atención y asistencia a ofendidos y víctimas, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de gobierno. Para ello la Federación y las Entidades Federativas, en el ámbito de sus competencias, estarán obligadas a coordinarse en el cumplimiento del objeto de esta Ley”.

116. El artículo 1 de la Ley Minera dice: “La presente Ley es reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia minera y sus disposiciones son de *orden público* y de observancia en todo el territorio nacional. Su aplicación corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Economía, a quien en lo sucesivo se le denominará la Secretaría”.

117. El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente establece: “La presente Ley es de *orden público*, de aplicación en todo el territorio nacional y tiene por objeto regular la organización y el funcionamiento de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, a fin de garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal en el orden federal, mediante la asesoría, representación y defensa, recepción de quejas y emisión de recomendaciones en los términos que este mismo ordenamiento establece”.

118. El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal dispone: “(Objeto de la Ley). Esta ley es de *orden público*, interés social, observancia general en el Distrito Federal y tiene por objeto organizar la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, este ordenamiento y demás disposiciones legales aplicables”.

119. El artículo 1 de la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética dice: “La presente Ley es de *orden público* y de observancia general en toda la República Mexicana. Tiene por objeto regular el aprovechamiento de fuentes

de energía renovables y las tecnologías limpias para generar electricidad con fines distintos a la prestación del servicio público de energía eléctrica, así como establecer la estrategia nacional y los instrumentos para el financiamiento de la transición energética”.

120. El artículo 1 de la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía establece: “La presente Ley es de *orden público* e interés social. Tiene como objeto propiciar un aprovechamiento sustentable de la energía mediante el uso óptimo de la misma en todos sus procesos y actividades, desde su explotación hasta su consumo”.

121. El artículo 1 de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa dispone: “La presente Ley tiene por objeto promover el desarrollo económico nacional a través del fomento a la creación de micro, pequeñas y medianas empresas y el apoyo para su viabilidad, productividad, competitividad y sustentabilidad. Asimismo incrementar su participación en los mercados, en un marco de crecientes encadenamientos productivos que generen mayor valor agregado nacional. Lo anterior, con la finalidad de fomentar el empleo y el bienestar social y económico de todos los participantes en la micro, pequeña y mediana empresa. La Ley es de observancia general en toda la República y sus disposiciones son de *orden público*”.

122. El artículo 1 de la Ley para el Uso y Protección de la Denominación y del Emblema de la Cruz Roja dice: “La presente Ley es de *orden público* y de observancia general en toda la República. Su objeto es regular el uso y la protección del emblema de la cruz roja así como la denominación “Cruz Roja” y las demás señales distintivas establecidas para su identificación, de conformidad con lo previsto por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y, cuando sean aplicables, de sus Protocolos Adicionales, así como de la demás legislación vigente en el país”.

123. El artículo 1 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece: “La presente ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de *orden público*, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

124. El artículo 1 de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas dispone: “La presente Ley es de *or-*

den público, interés social y de observancia general en toda la República y tiene por objeto establecer la cooperación entre la Federación y las Entidades Federativas para implementar y operar las Medidas de Prevención, Medidas Preventivas y Medidas Urgentes de Protección que garanticen la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de la defensa o promoción de los derechos humanos, y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo”.

125. El artículo 1 de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros dice: “La presente Ley es del orden federal y sus disposiciones son de *orden público* y de interés social. Tiene por objeto regular las Comisiones y Cuotas de Intercambio así como otros aspectos relacionados con los servicios financieros y el otorgamiento de créditos de cualquier naturaleza que realicen las Entidades, con el fin de garantizar la transparencia, la eficiencia del sistema de pagos y proteger los intereses del público”.

126. El artículo 1 de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo establece: “La presente Ley es de *orden público*, interés social y observancia general en todo el territorio nacional. Esta Ley reconoce, que en términos del Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo son integrantes del sector social de la economía, y tiene por objeto:”

127. El artículo 1 de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia dispone: “La presente ley tiene por objeto regular la constitución y operación de las sociedades de información crediticia. Sus disposiciones son de *orden público* y de observancia general en el territorio nacional”.

128. El artículo 1 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear dice: “La presente Ley es reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear y regula la exploración, la explotación y el beneficio de minerales radiactivos, así como el aprovechamiento de los combustibles nucleares, los usos de la energía nuclear, la investigación de la ciencia y técnicas nucleares, la industria nuclear y todo lo relacionado con la misma. Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de observancia en toda la República”.

129. El artículo 1 de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario establece: “La presente Ley es de *orden público* y de observancia en todo el territorio nacional, y tiene por objeto regular la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de las vías férreas cuando sean vías generales de comunicación, así como el servicio público de transporte ferroviario que en ellas opera y los servicios auxiliares”.

130. El artículo 1 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales dispone: “El Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, son los Símbolos Patrios de los Estados Unidos Mexicanos. La presente Ley es de *orden público* y regula sus características y difusión, así como el uso del Escudo y de la Bandera, los honores a esta última y la ejecución del Himno.

131. El artículo 1 de la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica dice: “Esta ley es de *orden público* y tiene como objeto reglamentar el artículo 93 de la Constitución General de la República en materia de las facultades constitucionales del Senado de requerir información a los secretarios de estado, jefes de departamento administrativo, así como a los directores de los organismos descentralizados competentes sobre la negociación, celebración y aprobación de tratados relacionados con el comercio de mercancías, servicios, inversiones, transferencia de tecnología, propiedad intelectual, doble tributación, cooperación económica y con las demás materias a que se refiere este ordenamiento cuando se relacionen con las anteriores”.

132. El artículo 1 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria establece: “Las disposiciones de esta Ley son de *orden público* y de observancia general en la República”.

ANEXO II:

LEGISLACIÓN PROCESAL QUE CONTIENE ALUSIÓN AL “ORDEN PÚBLICO”

Homologación de Sentencias Extranjeras
en los Códigos Procesales de México

1. El artículo 1347-A del Código de Comercio establece: “Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones...”

- I. Que se hayan cumplido las formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos provenientes del extranjero;
- II. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real;
- III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos;
- IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;
- V. Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;
- VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el Tribunal Mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;
- VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al *orden público* en México; y
- VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o resoluciones jurisdiccionales extranjeras en casos análogos”.

2. Los artículos 569, 570 y 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles disponen: “Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al *orden público* interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte: “Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones: ...

VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al *orden público* en México; ...”

3. El artículo 438 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Aguascalientes dice: “Sólo tendrán fuerza en el Estado las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ...II. Que no contraríen alguna ley de *orden público* vigente en el Estado...”

4. El artículo 1005 del Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza establece: “Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en el Estado en todo lo que no sea contrario al *orden público* interno en los términos de este código, del Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte...”

5. El artículo 605 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone: “Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al *orden público* interno en los términos de este Código, del Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte...”

El artículo 606 señala que: “Las sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones: ...VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al *orden público* en México...”

6. El artículo 486 del Código Procesal Civil del Estado de Guerrero dice:

“Eficacia y reconocimiento de las resoluciones extranjeras. Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al *orden público* interno en los términos de este Código, del Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte...”

7. El artículo 515 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco disponen: “Sólo tendrán fuerza en el Estado las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ...II. Que no contraríen alguna ley de *orden público* vigente en el Estado...”

8. Los artículos 770 y 771 del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos establecen: “Las sentencias extranjeras serán reconocidas y ejecutadas en términos de los Tratados Internacionales y en su ausencia por la reciprocidad internacional. Las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en países extranjeros en procesos civiles o comerciales, serán reconocidas y ejecutadas en el Estado de Morelos en todo lo que no sea contrario al *orden público* interno, los términos de este Código, del Código Federal de Procedimientos Civiles y de las demás leyes aplicables, salvo lo que establezcan los tratados y convenciones internacionales respectivos de los que México sea parte...”

El artículo 771 señala lo siguiente: “Requisitos para que los fallos extranjeros tengan fuerza de cosa juzgada. Las sentencias y resoluciones judiciales y los laudos pronunciados en el extranjero podrán tener fuerza de cosa juzgada y podrá procederse a su ejecución si se cumplen las siguientes condiciones que: ...VII. La obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea manifiestamente contraria al *orden público* en México y en el Estado de Morelos”.

9. Los artículos 623 y 624 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro dicen: “Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en el Estado, en todo en lo que no sean contrarias al *orden público* interno en los términos del Código Federal de Procedimientos Civiles y demás Leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte...”

Las sentencias, laudos y resoluciones dictadas en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución en el Estado si se cumplen las siguientes condi-

ciones: ...VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido, no sea contraria al *orden público* en el Estado...”

10. El artículo 1017 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí dispone: “Sólo tendrán fuerza en el Estado las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ... I. Que no contraríen alguna ley de *orden público* vigente en el Estado...”

11. Artículo 524 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa dice: “Sólo tendrán fuerza en el Estado las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ... II. Que no contraríen alguna ley de *orden público* vigente en el Estado...”

12. El artículo 480 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora establecen: “Sólo tendrá fuerza en el Estado las sentencias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ...VIII. Que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al *orden público*”.

13. Artículo 453 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco disponen: “...Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones extranjeras, tendrán eficacia y serán reconocidas en el Estado en todo lo que no sea contrario al *orden público* interno en los términos de este Código, del Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte...”

Las sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero podrán ser ejecutados conforme a este Código, si se cumplen los siguientes requisitos: ...VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al *orden público* en México...”

14. El artículo 448 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz dispone: “Sólo tendrán fuerza en el Estado de Veracruz las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ... II. Que no contraríen alguna ley de *orden público*, vigente en el Estado...”

15. Los artículos 480 del Código de Procedimientos para el Estado de Zacatecas establecen: “Sólo tendrán fuerza en el Estado las sentencias extranjeras que reúnan las siguientes condiciones: ... VIII. Que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al *orden público*”.

CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE MÉXICO
QUE NO CONTEMPLAN EL “ORDEN PÚBLICO”
EN EL CONTEXTO DEL EXÉQUATUR LA SENTENCIA EXTRANJERA

Los Estados de la República cuyo régimen procesal no contienen una alusión al orden público en el reconocimiento de sentencias extranjeras son los siguientes:

1. Código de Procedimientos Civiles de el Estado de Baja California, artículos 590 y 591.
2. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California Sur, artículos 587 y 588.
3. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche, artículos 890 y 891.
4. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas, artículos 582 y 583.
5. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua, artículos 766 y 767.
6. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Colima, artículos 603 y 604.
7. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, artículos 593 y 594.
8. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, artículo 2185.
9. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, artículo 469.
10. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Hidalgo, artículos 592 y 593.
11. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, artículos 755 y 760.
12. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, artículos 417 y 418.
13. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León, artículos 491 y 492.
14. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Oaxaca, artículos 586 y 587.

15. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, artículo 445.
16. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Quintana Roo, artículos 557 y 558.
17. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, artículo 723.
18. Código de Procedimientos Civiles de Tlaxcala, artículo 603.
19. Código de Procedimientos para el Estado de Yucatán, artículos 420, 421 y 424.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA COMPETENCIA PARA SU TUTELA

ALCANCES Y EFECTOS DE LA JURISDICCIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA¹
Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ²

SUMARIO: *Introducción. 1. Nuevo constitucionalismo estatal nace en Veracruz (2000). 2. Facultades constitucionales expresas y residuales. 3. Los mecanismos de control constitucional y tutela de Derechos Humanos a nivel local. 4. La reforma constitucional en materia de derechos y el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; 5. Los derechos políticos y los conflictos de competencia con el juicio de amparo en la actualidad. 6. Caso Fernando Larrazábal y la improcedencia del juicio de amparo en materia electoral. 7. El caso Panamá (Tribunal Electoral vs. Corte Suprema). Conclusión.*

INTRODUCCIÓN

En la obra *Teoría General del Estado* de Hans Kelsen, el célebre jurista vienés propuso una serie de parámetros para advertir la validez de los actos jurídicos, tomando en consideración no sólo la conducta del hombre, sino otros factores como el espacio y tiempo.

Kelsen consideraba como necesario, que las normas jurídicas tuviesen una dimensión de tiempo y lugar, mediante los cuales se advierta los alcances de su vigencia, de ahí la relevancia de estos elementos para adver-

¹ Magistrado Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

² Secretario de Tesis de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

tir la validez de una disposición o regla. La validez del sistema normativo se despliega a lo largo de un territorio determinado.³

Esto no implica que no pueda darse la vigencia de varios órdenes estatales sin incurrir en un conflicto unos con otros,⁴ pues la noción de territorialidad no conlleva la aplicación de un solo orden jurídico y la exclusión de otros, sino que tal y como lo señalaba Kelsen, el territorio del Estado se trata de la validez espacial o la limitación de la validez de un orden jurídico, pero no del ámbito de la eficacia de éste.⁵ Bajo esta noción, el territorio no significa una unidad natural o geográfica, sino que se reitera al espacio en el que deben realizarse ciertos hechos, el cual, puede estar compuesto por varios órdenes jurídicos que dimanen de orígenes diversos.⁶

Kelsen advertía que así como no puede concebirse que el orden jurídico estatal rige únicamente dentro del territorio en sentido estricto, es decir, que sólo dentro de esos límites pueden realizarse actos de autodeterminación, tampoco puede decirse que dentro del territorio en sentido estricto rige únicamente un orden jurídico estatal;⁷ esto se explica en razón de que la validez del orden jurídico se extiende más allá de los límites territoriales, ya que dentro de los dichos límites territoriales, pueden regir ordenamientos jurídicos al del propio Estado.

La condición para que las normas jurídicas dimanadas de un ordenamiento jurídico diverso al del Estado puedan considerarse como válidas, es que éstas se encuentren en arreglo a lo previsto por el orden jurídico de dicho Estado.⁸ Si bien, las normas emanadas de ordenamientos distintos tienen una entidad propia, están sometidas a un poder común, y que además poseen un ámbito común de validez.⁹

El Derecho Internacional es un orden jurídico que permite la coexistencia de una pluralidad de órdenes jurídicos diversos, los cuales no se excluyen entre sí, pues el Derecho Internacional no se ve limitado por el factor territorial, ya que su validez opera —excepcionalmente— introduciéndose a los Estados que forman parte de ese orden plural y único de Derecho.¹⁰

³ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Ed. Coyoacán, México, 2005, pp. 180- 181.

⁴ *Ibidem* p. 185.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*, p. 186.

⁸ *Idem*.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 187.

Se puede decir, que las anteriores consideraciones se erigen como el sustento de la teoría monista del Derecho, la cual se puede expresar que como regla general dentro de los Estados, existe vigente un único orden jurídico.¹¹

Cuando Kelsen afirma que: el orden jurídico del Estado propio es único y omnicompreensivo,¹² implica que reconoce la vigencia de distintos órdenes, lo cual no significa una dualidad o multiplicidad de órdenes divergentes, sino que forman parte de un mismo sistema jurídico, pues se encuentran armonizados a un mismo fin.¹³ Esta posición de alguna manera rompe con la teoría dualista, la cual distingue al orden internacional de los órdenes estatales, como ámbitos distintos que no pueden formar parte de un único orden jurídico.

Esta noción resulta idónea hoy en día, para hacer más asequible la concepción transversal de los Derechos Humanos que se encuentren reconocidos en la Constitución o instrumentos internacionales, ya que estos forman parte de un mismo orden jurídico, cuya vigencia no se encuentra delimitada a una competencia determinada, sino que se expande en todo el sistema jurídico.

Resulta común, que en la actualidad surjan confusiones sobre qué ámbito resulta competente para reconocer y tutelar los Derechos Humanos, sin que se vea afectado el orden federal. Pues pareciera que la confrontación entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional para determinar quién es supremo, no permite advertir la vigencia y coexistencia dentro de un mismo orden jurídico de ambos derechos. Es por ello que la existencia del bloque de constitucionalidad, permite que el orden internacional y el orden jurídico interno, se vean interrelacionados, sin que cada uno pierda su identidad, pero conformando un mismo orden jurídico en el que los derechos de las personas se ven proyectados de la misma forma dentro del Estado.

Es por esto, que resulta indispensable trazar coordenadas de comunicación, para que los Derechos Humanos transiten de modo eficaz en todos los ámbitos de la estructura estatal, para lo cual habrá que dilucidar si esto es posible, y en tal caso, definir cómo operaría.

¹¹ *Ibidem*, p.184.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

1. *Nuevo constitucionalismo estatal nace en Veracruz (2000)*

A partir de la reforma a la Constitución del Estado de Veracruz —de Ignacio de la Llave del 3 de febrero del 2000—, la justicia constitucional a nivel local en nuestro país ha estado en una constante evolución, desarrollando mecanismos de control constitucional orientados a fortalecer el funcionamiento y equilibrio inter-orgánico, así como en garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito estatal.

Anteriormente a esta reforma, las vulneraciones de Derechos Humanos que se producían en el seno del ámbito estatal no se encontraban sujetas a una tutela eficiente, ya que toda violación que se expresaba como agravios en demandas de amparo, debían ser directas y no planteadas como violaciones indirectas al orden constitucional.¹⁴

Es un hecho, que la reforma veracruzana influyó y motivó a otras entidades para diseñar mecanismos de control constitucional, dándole una nueva dimensión a la justicia constitucional. No obstante, la mayoría de

¹⁴ Como referencia a lo expresado, vale la pena revisar el amparo en revisión 3112/88 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 20 de febrero de 1990, conocido como el caso Elpidio Fontes Lagunes, en el cual el actor impugnó la reforma al artículo 130 de la Constitución de Veracruz, así como la reforma constitucional a los artículos 95, 98, 99, 104, 105 y 106 verificada el 27 de marzo de 1984 y su consecuente reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado. El quejoso reclamaba en concreto el auto de radicación del proceso penal 301/987 por el delito de encubrimiento por receptación. El quejoso manifestó en su demanda que: “siendo todos los residentes en el territorio veracruzano fieles guardianes o centinelas de que no se vulnere la Constitución Política del Estado de Veracruz”, argumentó que la ley Orgánica del Poder Judicial se había aprobado a las 13:00 horas del 27 de marzo de 1984; es decir, una hora después de las reformas constitucionales aludidas, y en consecuencia, se había aprobado antes de la entrada en vigor de las reformas constitucionales que supuestamente le daban fundamento, por lo que el nombramiento del juez tercero de primera instancia del distrito judicial de Veracruz, respaldado en las citadas reformas legales y constitucionales, contrariaban la propia constitución del Estado, siendo igualmente inconstitucional el auto de radicación decretado por el juez. El agraviado alegaba una detención arbitraria por diez días acompañada de torturas con choques eléctricos. El juez segundo de distrito resolvió la causa, sobreseyendo el juicio de amparo el 6 de noviembre de 1987. En el juicio de garantías, el Poder Judicial del Estado argumentó que el juez de primera instancia no había sido nombrado con base en el Ley Orgánica del poder Judicial del Estado, sino que derivaba del ejercicio de la facultad constitucional del Poder Ejecutivo de poder nombrar a los magistrados, contenida en el artículo 97 de la Constitución estatal. Más allá de las particularidades del caso, el ministro ponente Mariano Azuela Huitrón sostuvo en su proyecto, que fuera aprobado, la incompetencia de Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de asuntos relacionados con violaciones exclusivamente a la Constitución estatal, ya que el juicio de amparo tiene como objetivo resolver cuestiones relacionadas con la violación directa a la Constitución. Este caso sin duda sirvió de antecedente para el establecimiento a futuro de medios de impugnación contra leyes y actos de las autoridades estatales que violasen la Constitución del estado. *El proceso de creación de la Constitución de Veracruz. Una aportación de Emilio O. Rabasa*, México, Biblioteca Jurídica Virtual IJ- UNAM, (s.a) pp. 237- 238.

los estados decidieron sólo contemplar en sus marcos constitucionales controversias constitucionales y acciones abstractas de inconstitucionalidad; sólo algunas entidades consagraron juicios de protección de Derechos Humanos en su jurisdicción constitucional.¹⁵

Tal y como se advertía, cada vez son más los estados de la federación que han venido implementado medios de control constitucional;¹⁶ en algunos de estos, los resultados han sido plausibles y evidentes, observándose una eficacia mucho más acentuada en la conservación del orden constitucional, mientras que en otros casos, las figuras y mecanismos previstos en los textos constitucionales no han obtenido los mismos resultados, principalmente por que no suelen ser recurridos por los habitantes de la entidad.

Más allá de los resultados, es un hecho que la justicia constitucional local se ha vitalizado, situándose en sintonía con las tendencias del constitucionalismo actual, en el cual, los Derechos Humanos ocupan el lugar de prevalencia.¹⁷

Con la reforma a la Constitución Federal del 10 de junio de 2011, así como los distintos criterios jurisprudenciales establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los alcances y límites de los Derechos Humanos, la justicia constitucional se encuentra ante un reto importante, ya que su subsistencia y viabilidad estará condicionada a la compatibilidad que tenga el bloque de derechos con el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

¹⁵ Los estados de Chihuahua, Veracruz, Tlaxcala y Nayarit, prevén en sus marcos constitucionales locales mecanismos de tutela para la protección de Derechos Humanos, en Oaxaca se dota de competencia al Tribunal Superior de Justicia para que conozcan de las violaciones a los Derechos Humanos y sus garantías de las personas, sin que se especifique una vía expresa determinada, en Guerrero existe un amparo hábeas corpus denominado recurso extraordinario de exhibición de personas. Mientras que en los estados de Coahuila, Distrito Federal, Durango, Quintana Roo y Yucatán, si bien no cuentan con un juicio de protección de Derechos Humanos, si poseen un medio de tutela especializado para los derechos políticos de los ciudadanos, por lo que se puede decir, que sólo estos Derechos Humanos tienen un medio de salvaguarda expresa.

¹⁶ En la actualidad son 22 estados los que han desarrollado en sus constituciones locales, mecanismos de control constitucional: Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. Consultado en http://www.scjn.gob.mx/normativa/Paginas/Justicia_Const_Local.aspx

¹⁷ FERRER MACGREGOR, Eduardo, *Hacia un derecho procesal constitucional local en México*, México, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica Virtual IJ- UNAM, 2003, p. 230 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr11.pdf>

Como se señaló el 3 de febrero del año 2000, se publicó en la gaceta oficial del Estado de Veracruz la Ley No. 53, en la que se reformaban y derogaban diversos preceptos de la Constitución Política del Estado.¹⁸

Esta modificación planteaba otorgar nuevas atribuciones al Poder Judicial del Estado, entre las que se encontraban el establecimiento de facultades de interpretación y salvaguarda de la supremacía constitucional local, a través de figuras como la acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, acción por omisión legislativa, la cuestión de inconstitucionalidad y la anulación de leyes que vulneren el orden constitucional local. De igual forma, se estableció un juicio de protección de Derechos Humanos buscando mantener la vigencia de los derechos consagrados por la Constitución local.¹⁹

Además de lo anterior, una de las innovaciones de la reforma fue la inclusión de un catálogo de “Derechos Humanos”, con el que se pretendía superar el limitado concepto de “garantías individuales” utilizado por la Constitución Federal (previo a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011), y ampliar el ámbito de ejercicio de los derechos a favor de las personas habitantes del Estado de Veracruz; esto se debió a que algunos derechos incluidos en el listado de la Constitución veracruzana no se encontraban previstos en la Ley fundamental federal, tales como: el honor, la intimidad y el desarrollo de la personalidad.

En lo que refiere a la estructura del Poder Judicial, esta sufrió una modificación al crearse la Sala Constitucional, la cual, junto con el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, se le atribuyó el ejercicio del control constitucional local. En el caso de la Sala Constitucional, se le otorgó compe-

¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *El proceso de creación de la Constitución de Veracruz. Una aportación de Emilio O. Rabasa*, op. cit. p. 226-228.

¹⁹ Desde el Siglo XIX, los estados han diseñado estructuras constitucionales con características propias y distintas a las previstas en el modelo federal. Esto se debe en buena medida a que en las primeras constituciones estatales se despertó una noción de verdadera autonomía legislativa, de ahí que encontremos modelos singulares y de avanzada para su época. Un ejemplo es la Constitución Política del Estado de Veracruz del 25 de octubre de 1824, en la que se estableció un andamiaje muy particular en lo que hace al Poder Judicial estatal. El Constituyente del estado le confirió la administración de justicia a una sola persona, constituyéndose así un Poder Judicial unipersonal denominado Ministro Superior de Justicia. Si bien no dejaron de existir los jueces letrados o de primera instancia, en el texto constitucional no se hacía referencia a las atribuciones o facultades en concreto del Ministro Superior de Justicia, sólo que en él se depositaban las funciones jurisdiccionales del estado. A través de los distintos decretos que fueron expedidos se puede conocer las facultades atribuidas a esta figura, entre las cuales se puede destacar la función revisora de las sentencias de carácter criminal, la cual se realizaba sin que la necesidad de que se hubiese interpuesto algún recurso, ya que era un mecanismo unilateral de verificación de la resolución.

tencia para conocer del juicio para la protección de Derechos Humanos y de la cuestión de constitucionalidad, ya que en el resto de los medios de control, ésta actúa como órgano de instrucción, siendo el Pleno del Tribunal el órgano encargado de resolver.²⁰

En el caso del juicio para la protección de Derechos Humanos, este resulta procedente en contra de actos de autoridad (excluyendo a los órganos del Poder Judicial local y particulares), que vulneran los derechos de cualquier persona que habite el estado, buscando contravenir los actos de efectos generales o concretos de la autoridad.

Como es sabido, la inclusión de este mecanismo de tutela de derechos fue sumamente controversial, comprensible a la luz del contexto en el cual fue implementado, ya que hasta ese momento, el Poder Judicial de la Federación era quien había detentado el control único de la constitucionalidad de los actos de autoridad —incluyendo federales y locales— a través de la figura del juicio de amparo.

Derivado de la reforma constitucional de Veracruz, se presentaron diversas controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se buscaba revertir su contenido, pues se consideraba que al haberse establecido una serie de medios de control constitucional, entre ellos un mecanismo de tutela de derechos, se invadía la esfera competencial del ámbito federal y del poder legislativo local.

El primer actor en presentar un procedimiento de controversia en contra de la citada reforma, fue el Ayuntamiento de Xalapa de Enríquez, identificada en el expediente 10/2000. En el escrito de demanda se impugnaba como concepto de invalidez las reformas emanadas del Poder Legislativo estatal y aprobadas por los ayuntamientos miembros del Constituyente permanente del Estado de Veracruz, por ser violatorias de los artículos 115, fracción IV, inciso c y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En uno de los conceptos de invalidez expuestos en la demanda, la parte actora aducía la violación del orden constitucional federal y local, arguyendo que la Legislatura local había sustituido en sus funciones al Constituyente permanente, además de exceder sus propias facultades previstas en el artículo 130 de la Constitución veracruzana, toda vez que la función del procedimiento de reforma constitucional no conlleva la abrogación del

²⁰ CASARÍN LEÓN, Manlio Fabio, *Derecho procesal constitucional veracruzano*, México, Biblioteca Jurídica Virtual IIJ- UNAM, pp. 158- 162.

texto constitucional, ni mucho menos la regulación de aspectos que sólo le competen al Poder Constituyente:

La creación de un nuevo orden constitucional es una "tarea que se encomienda a un poder distinto al "Constituyente Permanente y es un proceso que en "este caso iniciaría con la disolución del Congreso "Local y la convocatoria a elecciones de Diputados "a la Asamblea Local Constituyente, sin embargo, "para la creación de la Ley número 53, que es una "nueva Constitución, se recurrió a un "procedimiento diferente encomendando su "realización a un Poder Constituido, en "consecuencia debe declararse la invalidez de la "norma constitucional contenida en la mencionada "ley, por contravenir la Constitución General de la "República...

Esta argumentación falaz suponía la tesis de Carl Schmitt, misma que ha sido desmentida a nivel federal y estatal en las distintas reformas al texto constitucional. El poder revisor constitucional posee facultades plenas para diseñar la estructura de los órganos de poder, con los límites propios de cada ámbito. En el caso de los poderes revisores de los estados, el límite en su actuación está supeditado por los propios parámetros previstos en la Constitución Federal.

En otra demanda de controversia constitucional, identificada con el expediente 15/2000, el Ayuntamiento del Municipio de la Antigua, Estado de Veracruz, argumentaba la violación de un sinnúmero de preceptos, entre ellos los artículos 39, 40 y 116 de la Constitución Federal, en razón de que la reforma vertida al texto de la constitución local era en realidad una nueva constitución, y por esa razón, se contrariaba lo dispuesto en el citado artículo 116 constitucional, ya que los poderes del Estado de Veracruz no se estaban organizando conforme a lo dispuesto por la propia constitución local.²¹

Un segundo concepto de invalidez expuesto, fue lo relativo a la violación del artículo 103 de la Constitución Federal, en el cual se regula la figura del juicio de amparo, el cual se erige como medio de control constitucional para revertir cualquier violación al orden jurídico y los derechos fundamentales. Conforme lo señalado por dicho precepto, la parte actora advirtió que el juicio de amparo debía ser sustanciado y resuelto por Tribunales de la Federación, disposición que no fue respetada por el Constituyente Permanente del estado al momento de efectuar la reforma

en cuestión, por lo que invadía, de forma evidente, la competencia de la federación en el ejercicio único del control de constitucionalidad.

En ese mismo sentido, se esgrimió un argumento que parecía haberse agotado al momento que se resolvieron estas controversias, la presunta "competencia federal" de los Derechos Humanos:

Por lo que cualquier derecho humano que se reserve el pueblo de Veracruz ya está incluido, ya forma parte de la competencia federal. Es decir, es innecesario que exista tal juicio de protección a los derechos toda vez que su objeto forma parte de la competencia de los tribunales federales... Los tribunales federales tienen dentro de su competencia las controversias que se susciten por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales, las cuales abarca todos los derechos que ampara la Constitución Federal (entre los que destaca la garantía de legalidad, la cual implica el respeto a toda ley), las leyes que de ella emanan, y los tratados internacionales.

Lo anterior igualmente resulta una falacia. Los Derechos Humanos nunca han sido facultades exclusivas de ningún ámbito de competencia, pues no son poderes que se otorgan, sino límites que, una vez insertos en las constituciones, leyes o tratados internacionales, restringen los poderes de cualquier autoridad ante un posible exceso de esta en sus actuaciones.

En lo que refiere al otorgamiento de facultades para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa al Tribunal Superior de Justicia del Estado, se arguyó que era una clara violación al artículo 17 constitucional, en la que se prescribe que: *no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona, asamblea o corporación ni depositar el Legislativo en un solo individuo*, disposición que fue vulnerada —según la parte actora— al desconocer el principio general del Derecho que establece que nadie puede ser juez y parte, toda vez que en este supuesto el Tribunal juzgará sobre la base de una normatividad que el mismo ha elaborado. De igual forma se argumentó que se rompía con la división de poderes, toda vez que el artículo 116 constitucional establece que: *El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial y no podrán reunirse dos o más de éstos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo*.

Este argumento perdió de vista que los tribunales, como intérpretes de la Constitución, podían dictar lineamientos a las autoridades administrativas, con el objeto de aplicar la disposición constitucional que, como

²¹ Cfr. CASARÍN LEÓN, Manlio Fabio, *Justicia constitucional. Retos y perspectivas*, México, Biblioteca Jurídica Virtual IJ- UNAM, 2009, pp. 394- 396.

norma superior debería prevalecer sobre las leyes secundarias, aun cuando éstas no hubieren expedido.

En la demandas de controversia constitucional identificadas con los expedientes 16/2000, 17/2000 y 18/2000, presentadas por los ayuntamientos de los municipios de Córdoba, Tomatlán y San Juan Rodríguez Clara, se recurrió a los mismos conceptos de invalidez vertidos por en la demanda 15/2000.

El 9 de mayo de 2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió (por mayoría de votos) las controversias constitucionales anteriormente mencionadas, estimando que el juicio para la protección de Derechos Humanos sólo se limitaba a salvaguardar la normativa local a través de un órgano instituido por la propia Constitución, como lo es la Sala Constitucional, sin que esta cuente con atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales (Derechos Humanos) previstas en la Constitución Federal; diferenciándose además de lo señalado, en que el instrumento de tutela local prevé la reparación del daño, característica que lo distingue del juicio de amparo federal.

En el resto de los conceptos de invalidez que fueron presentados a través de las controversias citadas, el Pleno señaló que no existía violación alguna al orden jurídico constitucional, puesto que los estados de la federación poseen plena autonomía para organizar sus poderes conforme a la Constitución de cada uno de ellos, y específicamente el Poder Judicial, tiene la atribución para estructurar a sus tribunales mediante las reglas que señalen dichos ordenamientos locales; *ergo*, el diseño creado en la reforma constitucional del Estado de Veracruz, se ajustaba perfectamente al ámbito competencial del Constituyente Permanente local, sin que se invadiera esfera alguna de la Federación.

Derivado de la resolución de dichas controversias, se configuró la Tesis XXXIII/2002, al cual dispone:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE Derechos Humanos PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS Derechos Humanos QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL.

De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4º, párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de Derechos Humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los Derechos Humanos que prevé la Constitución Local citada, se limita exclusivamente a proteger los Derechos Humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los Derechos Humanos que expresamente se reserven implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4º de la propia Constitución Estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

Con esta tesis, la Suprema Corte estableció un precedente importante para el desarrollo de la justicia constitucional, definiendo que todo mecanismo de tutela de derechos y de salvaguarda local sería constitucionalmente válido, en la medida que busque preservar únicamente su contenido, y no pretende abarcar otros ámbitos espaciales y territoriales de validez, aunque no fue tan progresiva en lo que refiere a los Derechos Humanos, ya que la delimitación reconocida por la Suprema Corte en su resolución, los sitúa dentro de parámetros competenciales que se aleja del reconocimiento universal que poseen, por el hecho de ser Derechos Humanos.²²

²² Por tanto, lejos de resolverse el problema de la delimitación competencial, la resolución del asunto de mérito reviste mayores niveles de complejidad. En ese sentido ¿por qué no hablar de una nueva y moderna dogmática de los derechos fundamentales, cita tutela se encuentre a cargo de los tribunales federales y locales a través de un amparo evolucionado, que consagre adicionalmente a su estructura actual los procesos de habeas data y amparo contra particulares? A este respecto, sostengo que a la luz del Estado Democrático de derecho no podemos permitir una protección desigual a los derechos fundamentales, atendiendo a los niveles de competencia, pues tal y como hemos visto, el

Posteriormente, se sometió a la competencia del máximo órgano jurisdiccional del país, una contradicción de tesis identificada con el expediente 350/2009, la cual fue planteada por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, a partir de los criterios sustentados por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa, Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil y Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil, en relación a la procedencia o improcedencia del juicio de amparo directo contra las sentencias dictadas por ella, en los juicios de protección de Derechos Humanos.²³

Esta contradicción tenía como antecedente la tesis aislada dictada por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Séptimo Circuito con registro 792 del Tomo XXVI/2007, de la Novena Época, la cual señala lo siguiente:

SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ. LOS TRIBUNALES DE AMPARO CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR AQUÉLLA AL RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE Derechos Humanos PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN DE DICHA ENTIDAD FEDERATIVA.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado jurisprudencialmente que en el Estado mexicano existen cinco órdenes jurídicos, a saber: el constitucional, el federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el municipal. En cuanto al ámbito estatal se ha desarrollado un fenómeno singular en algunas entidades federativas, como Veracruz, en el sentido de que cuentan con una Sala Constitucional encargada exclusivamente del control de la constitucionalidad local; a ese orden jurídico estatal se le ha denominado teóricamente: Constitucionalismo local. Así, entre los diversos mecanismos jurídicos de control constitucional local en el Estado de Veracruz se encuentra el juicio de protección de Derechos Humanos, regulado en los artículos 4, 56, fracciones I y II, y 64, fracción I, de su Constitución Política; preceptos que han sido interpretados por el citado Tribunal Pleno en el sentido de que la competencia que la Constitución Local otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de dicho Estado se circunscribe a conocer y resolver el mencionado juicio de protección de Derechos Humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución local. Derivado de esa premisa, estableció una diferencia sustancial entre

aquel juicio y el de amparo, consistente en que el primero se limita sólo a proteger Derechos Humanos que la Constitución de la entidad federativa reserva a sus gobernados, mientras que el juicio de amparo, tutelado en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comprende la protección de garantías individuales establecidas en el Pacto Federal. Acorde con lo anterior, en las sentencias dictadas por la Sala Constitucional mencionada al conocer del juicio de protección de Derechos Humanos, el tema de fondo no lo constituye la violación a garantías individuales, sino la relacionada con los Derechos Humanos previstos en la citada Constitución Local; por ende, los tribunales de amparo carecen de competencia para conocer de la impugnación de dichas sentencias, sin que ello implique una denegación de justicia, pues se trata del reconocimiento y respeto a la autonomía de la Sala Constitucional mencionada para realizar sus funciones como órgano encargado del control de la constitucionalidad local, específicamente en materia de violación a Derechos Humanos.

Se puede advertir, que en dicho criterio se establece que los Tribunales de amparo carecen de competencia para conocer de la impugnación de las referidas sentencias, sin que ello implique una denegación de justicia, al tratarse del reconocimiento y respeto a la autonomía de la Sala Constitucional como encargada del control de la constitucionalidad local, específicamente en materia de protección de Derechos Humanos.²⁴

Este resolutive devolvía la autonomía a los estados en materia de administración de justicia y tutela constitucional en sus respectivos ámbitos, cortando una inercia emergida años atrás, de concentrar la revisión de las actuaciones jurisdiccionales locales por parte de los tribunales federales.

Es relevante señalar que, el hecho de que las resoluciones dimanadas de órganos que ejercen control jurisdiccional de la constitución a nivel local no sean susceptibles de revisión, no implica denegación de justicia, puesto que se tratan de sentencias terminales o de cierre del sistema, ya que dentro del ámbito de sus competencias estos controles resuelven de forma definitiva, cualquier afectación o controversia del texto constitucional estatal.

En la resolución de la contradicción de tesis 350/2009 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con una mayoría de 10 votos a favor y uno en contra, decidió que debe prevalecer el criterio de procedencia del amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito en contra de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional de Veracruz, en lo que hace al juicio para la protección de Derechos Humanos.

²⁴ *Ibidem* p. 314.

nivel de discusión de estos derechos trasciende a la esfera de los estados, puesto que se trata de una decisión de constituyente mexicano. *Ibidem* p. 397.

²³ Cfr. CASARÍN LEÓN, Manlio Fabio, *El futuro del control constitucional local: Comentarios a la contradicción de tesis 350/2009*. México, Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 24, IJ- UNAM, 2011, p. 309.

El argumento predominante esgrimido a favor de someter a revisión por parte de los Tribunales Colegiados, las sentencias vertidas por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, y de forma análoga los órganos encargados de la tutela constitucional en otros estados, fue el hecho de que los Tribunales de amparo fungan como jueces de la Constitución, y por tanto, en caso de que exista una violación al orden constitucional del Estado Mexicano, es a través de la vía del juicio de amparo, que se debe mantener su vigencia, sobre todo en materia de Derechos Humanos.

De ahí que se considerara un riesgo —en aras del desarrollo de la justicia local—, exponer la eficacia de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución Federal.

El reto hoy en día de los medios de control constitucional local consiste, que con independencia de que sus resoluciones no sean terminales, éstas se encuentren lo suficientemente legitimadas, para que ante cualquier revisión ulterior, se confirme que la valoración esgrimida en ellas, poseen los parámetros cualitativos para ser consideradas válida constitucionalmente hablando.

2. Las Facultades expresas y residuales en el sistema federal mexicano.

El modelo federal mexicano está fundamentado en los artículos 40 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los cuales se delinean los principios competenciales del ámbito federal y estatal, que permiten el adecuado funcionamiento del sistema jurídico.

Artículo 41. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

En el sistema federal mexicano se manifiesta la existencia de dos ámbitos competenciales: el federal y estatal. Estos ámbitos se encuentran perfectamente delimitados por facultades referidas a cada uno, sin que exista la posibilidad de que se sobreponga una con otra, o bien, que entren en colisión, pues precisamente derivado de la definición de las esferas

competenciales es que se garantiza el funcionamiento eficaz de toda la estructura constitucional.

La fórmula del sistema federal consiste en el reconocimiento de la autonomía de las entidades federativas para determinarse en todos los aspectos relacionados con su régimen interior, y con las atribuciones que les han sido conferidas de manera residual para ser ejercidas, supeditándose a las disposiciones previstas en el Pacto Federal.

Estas directrices básicas fueron tomadas del modelo creado en los Estados Unidos de América en 1787, cuyo origen estuvo motivado por el desgaste que tuvo la Confederación, que fue la primera forma de estado adoptada una vez consumada la independencia de las 13 colonias de América del Norte. Dentro de los efectos que trajo consigo la formación de una Confederación, fue el crecimiento y fortalecimiento de los gobiernos estatales, especialmente en rubros como el económico, debilitando con esto al poder central.²⁵

Se volvió indispensable la eliminación la facultad soberana de los estados, para que de esta forma pudiera primar el orden federal, ya que aquellos habían adquirido una fuerza política importante al momento de haberseles otorgado una representación igualitaria en el número de senadores, sin importar la extensión territorial o la cantidad de pobladores en las entidades. Por ende, lo que se debía generar, era una estructura en la que los estados, particularmente los pequeños, no pudiesen disolverse, ni ser subsumidos por el gobierno central; sino por el contrario, que formarían partes perfectamente individualizadas de un todo, es decir: del sistema federal.²⁶

La idea de que los estados pudiesen conservar sus facultades de autodeterminación, era una amenaza constante para la permanencia e integridad del recién surgido Estado Americano. Es por esto, que la federación fue el modelo idóneo para mantener una noción de identidad en los estados,

²⁵ En la Convención, todos estuvieron de acuerdo que el sistema político establecido por los Artículos de la Confederación era insuficiente para "las exigencias del Gobierno y la preservación de la Unión. Más concretamente, se consideró al primer ordenamiento de la nación como defectuoso porque no concedió a la autoridad central de atribuciones suficientes para gobernar con eficacia... TAYLOR, Quentin, P, *The essential federalist. A new reading of the federalist paper*, Ed. Madison House, USA, 1998, p. 83.

²⁶ La propuesta de la Constitución, lejos de implicar una supresión de los Gobiernos estatales, permitió que las partes (federación y estados) construyeran la soberanía nacional, al permitir que existiera una representación directa en el Senado, dejándoles algunas atribuciones soberanas de importancia. Esto es, la razón de ser del Gobierno Federal. *Ibidem* p. 85.

reservándoles la facultad de decisión en todo aquello que no fuese atribución del gobierno federal. De esta manera, la federación no mermaría la voluntad estadual, fortaleciendo el poder y la unión del orden federal.

Para lograr la viabilidad del modelo federal, algunos fundadores como *Hamilton*, resaltaron la idea de insertar en el texto constitucional, una cláusula en la que se estableciera de forma específica la inexistencia de la soberanía estatal y la prevalencia del ámbito federal sobre el local.²⁷

Si bien, se había creado toda una estructura semántica y abstracta para demostrar que el pueblo sustituía a los estados como titulares de la soberanía, era evidente, que si éste delegaba parte de sus facultades a algún órgano de poder para efectuar la función gubernamental y legislativa, quien fungiría —verdaderamente— como el soberano sería la federación.

La inclusión de una cláusula de supremacía, supeditó a los estados a hacer sólo aquello que se les había reservado a través de la Constitución. Esto causó al igual que el tema de la representación igualitaria de los estados en el Senado y la supresión de la soberanía a los estados, una gran controversia. El argumento esgrimido por algunos *Anti-Federalistas*, fue, que no se podía concebir el establecimiento de una cláusula de supremacía en la que no especificara el contenido y límites de cada competencia, ya que al no haber incluido el *Bills of Rights*, se dejaba abierta la posibilidad de cometer cualquier tipo de abuso o violaciones a las libertades de los ciudadanos, trayendo consigo un contexto de inseguridad para los estados de la federación.²⁸

Lo cierto es, que la configuración de la cláusula de supremacía implicó una serie de sesiones y esfuerzos por parte de los estados, quienes al final —en parte por la labor de los federalistas— decidieron contribuir a consolidar la fuerza y estabilidad de la Unión, a través de su entusiasmo por el proyecto de nación recién creada.²⁹ Este esfuerzo incluyó sacrificar las atribuciones soberanas de los estados, quienes se sometieron a un orden

²⁷ Hamilton buscaba un gobierno nacional fuerte. Estaba seguro de establecer una cláusula constitucional, en la que se eliminara la noción de la soberanía popular, pues consideraba que los soberanos eran únicamente los órganos de poder. MALTZ, Earl, *Rethinking constitutional law*, Ed. University press of Kansas, USA, 1994, p. 149.

²⁸ Cfr. DRAHOZAL, Christopher R., *The supremacy clause*, op. cit. p. 28.

²⁹ La Constitución de los Estados Unidos, se hizo no sólo por todo el pueblo de los Estados Unidos en un sentido general, sino también de las personas de cada Estado, quienes cambiaron sus Constituciones para adecuarlas a ley suprema o fundamental ... FARRAR Timothy, *Manual of the Constitution of the United States of America*, Ed. Littleton, Colorado, USA, 1993, p. 69.

rector único, que de alguna forma, sería quien detentaría las facultades soberanas para gobernar, delegadas por el pueblo.³⁰

Las contra cesiones efectuadas durante la Convención, permitieron equilibrar —de alguna forma— las fuerzas entre los estados y la federación. Por una parte los estados se habían beneficiado (especialmente los pequeños), con la obtención de una posición decisiva en el Senado, a través de la representación igualitaria, que incluía conforme a las atribuciones otorgadas a dicho órgano, participar y decidir entorno a la creación e integración de la Ley Suprema.³¹ A cambio de esto, accedieron que se incluyera la cláusula de supremacía en la que se expresaba claramente la primacía del orden federal sobre el estatal.³²

Al final de cuentas, la Convención ofreció soluciones viables, tanto para la federación como para los estados, ya que si bien la cláusula privilegiaba como Ley Suprema a la Constitución, leyes federales y tratados, excluyendo a las leyes estatales, el hecho era que los estados se habían constituido como los agentes principales en la elaboración de cualquier norma o reforma de dicha Ley Suprema. Por tanto, la coexistencia entre los dos órdenes para el funcionamiento de la Unión, fue determinante.³³

³⁰ La Constitución en los Estados Unidos es la ley fundamental para todo el país, y, si esta se adecua a las exigencias del Estado, es competente para todos los propósitos para los que un buen gobierno fue creado. La eficacia del gobierno se deriva de la Constitución, y es igual a lo largo de los Estados Unidos. Todo su poder dimana de la Constitución, y debe ejercerse de conformidad con sus subvenciones y dentro de las restricciones... Es suprema en todas partes. Si una facultad o derecho estatal es extinguido, de forma legítima o de forma irregular, el gobierno general vuelve a poseer su ejercicio hasta que pueda ser restituido. *Ibidem* pp. 72- 73.

³¹ BRADFORD, R. Clark, *Constitutional compromise and the supremacy clause*, Notre Dame Law Review, Federal Courts, Practice & Procedure, Symposium Separation of Powers as a Safeguard of Federalism, May 2008, p. 5.

³² Las garantías procesales del federalismo eran una parte integral del compromiso alcanzado entre los Estados grandes y pequeños en la Convención Constitucional sobre la forma de la nueva Constitución. Aunque la Convención rechazó el plan general de los estados pequeños, en última instancia hizo varias concesiones específicas a fin de evitar que los pequeños estados se opusieran. Estas concesiones incluyen dar a los Estados la igualdad del sufragio (en contraposición a la representación proporcional) en el Senado y el empleo de la cláusula de supremacía, y el artículo III (en lugar de una negativa del Congreso) para asegurar la supremacía de la ley federal. Dichas concesiones son importantes porque —en relación con los procedimientos legislativos constitucionalmente previstos— dan a los estados pequeños (que actúan en el Senado) un poder desproporcionado y perpetuo de vetar todas las formas de la "ley suprema del país. *Ibidem* p. 2.

³³ El profesor Carlos Vázquez llega a la conclusión de que se podría fácilmente concebir a los procedimientos legislativos incluidos en la Constitución Federal como medida de protección del nacionalismo, a diferencia de cómo se regulaba en los Artículos de la Confederación. Aunque la posición del profesor Vázquez es correcta, los artículos no puede ser el punto apropiado de comparación. Todos los delegados a la Convención Constituyente acordaron en la necesidad de dotar al gobierno central más poder del que poseía en virtud de los Artículos de la Confederación. La cuestión controvertida

Los *Federalistas* durante la Convención, fueron muy audaces en rechazar cualquier posición que pudiese preservar alguna facultad soberana de los estados, o bien, que tanto las constituciones como leyes locales pudiesen ser valoradas con algún tipo de primacía. La inclusión de la cláusula, independientemente del otorgamiento a los estados de una representación igualitaria en el Senado, permitió que ante cualquier conflicto que llegare a suscitarse entre la federación y los estados, fuese aquella la que prevaleciera.³⁴

El problema es que al no existir atribuciones y límites expresos para los estados, desde su promulgación, se generó una cierta incertidumbre sobre los alcances de cada competencia. Algunos autores se han mostrado escépticos de que exista realmente una reserva tan amplia y definida de facultades para los estados, tal y como se cree. Es el caso del profesor *Timothy Farrar*, el cual afirma que en realidad, lo único que existe para los estados, son las prohibiciones establecidas en la Constitución y las facultades llamadas "concurrentes", que son aquellas, en las cuales, la federación declina su ejercicio a favor de los estados. Mientras la federación no efectúe la cesión de la facultad en cuestión, los estados no podrán desarrollarla.³⁵

Para *Farrar*, la intención por parte de los federalistas de disminuir hasta donde fueran posibles las atribuciones de los estados, se hace patente, inclusive en aquello que fue exclusivamente reservado para estos. Es decir, si los estados cedieron su soberanía y fue el pueblo quien actuó como

era cuánto más. Los delegados de los estados más grandes buscando la representación en el Senado sobre la base del factor poblacional, preferían claramente la facultad negativa del Congreso a la cláusula de supremacía. Si los grandes estados hubiesen prevalecido, los estados más pequeños no habrían tenido ninguna oportunidad para bloquear o alterar los intentos de anular las leyes estatales en virtud de la nueva Constitución. Como se mencionó, los pequeños estados se negaron a apoyar una Constitución con esas características, lo que obligó a los grandes estados comprometerse mediante la incorporación de varias disposiciones importantes y precisas en su plan. Estas disposiciones fueron diseñadas para permitir a los pequeños estados una facultad desproporcionada y perpetua de bloquear la aprobación de todas las reformas de "la ley suprema de la Tierra". *Idem*.

³⁴ Como se mencionó, la Convención rechazó la facultad negativa del Congreso a favor de la Cláusula de Supremacía, que sólo reconoce a la "Constitución", "leyes" y "tratados" como "la ley suprema de la Tierra." Considerando que la negativa habría permitido al Congreso resolver los conflictos entre las leyes estatales y federales, la cláusula de supremacía asignó a esta tarea a los tribunales federales y estatales. Al mismo tiempo, la Convención aprobó los procedimientos precisos para regular la adopción de una fuente de la ley suprema federal, mismos que requieren de la participación del Senado o de los Estados. *Ibidem*, p. 6.

³⁵ *FARRAR Timothy, Manual of the Constitution of the United States of America*, Ed. Freeman Press, EUA, 2008, p. 67.

cedente, quien realmente debe entenderse como detentador de las facultades mencionadas por la *Décima Enmienda*, es el pueblo y no los estados.

Con el establecimiento de la cláusula de supremacía y la décima enmienda, se desvaneció cualquier posibilidad para los estados de ejercer algún tipo de potestad soberana.³⁶

La competencia en los Estados Unidos se cimienta en una estructura compleja, la cual, para su entendimiento, requiere de una serie de soportes conceptuales. De alguna forma, la Unión conforme a la cláusula de supremacía, se definió como factor supremo respecto al ámbito estatal. Para reducir el impacto que pudiera traer consigo la supresión de las potestades soberanas de los estados, atraídas a la federación, se consideró indispensable dotarle al pueblo la titularidad de dicha soberanía.

La *Enmienda* número 10, permitió a los estados una defensa ante la invulnerabilidad surgida con el establecimiento de la cláusula de supremacía, al especificarle a la federación su campo de acción.

Es un hecho que la federación no puede entrometerse de forma directa en los asuntos que son parte de la competencia de los estados, pero no necesita del otorgamiento expreso para hacerlo, ya que en virtud de la cláusula de supremacía, todo ciudadano está obligado a supeditarse y obedecer las normas que comprenden a la Ley Suprema, independientemente del Estado de la Unión en que se encuentren radicando; por tanto, si bien los estados no se encuentran sujetos directamente al poder estatal, si al menos, se encuentran sometidos indirectamente a través de sus ciudadanos.³⁷

El artículo 6° de la Constitución de los Estados Unidos, condiciona a las leyes y actos de los estados —para que puede tenerse como válidos— a ajustarse plenamente a la Ley Suprema, integrada por la Constitución, leyes federales y tratados internacionales, y son, por tanto, el factor fun-

³⁶ Las facultades no delegadas al gobierno federal, ni prohibidas a los estados, están reservados a estos o al pueblo... *Ibidem* p. 68.

³⁷ De la explicación anterior sobre el origen y la naturaleza de la Constitución, podemos deducir las consecuencias siguientes: 1) La soberanía es indeleble en el gobierno de los Estados Unidos... las consecuencias siguientes: 1) La soberanía es indeleble en el gobierno de los Estados Unidos... que el pueblo estadounidense existe como un todo orgánico. 2) El gobierno de los Estados Unidos no puede en el curso normal de los acontecimientos ejercer una supervisión o control sobre los gobiernos de los estados, sino que cuenta con leyes que son obligatorias para sus ciudadanos, y siendo ciudadanos los habitantes de los estados, además de que tienen un derecho irrenunciable a la obediencia... Aunque los Estados no son, como tales sujetos directamente a los Estados Unidos, sus ciudadanos si lo son, y a través de ellos los estados. HARE, J.I. Clarke, *American Constitutional law*, op. cit., p. 35.

damental de todo el sistema jurídico.³⁸ Además de esta supeditación al orden constitucional, los estados están obligados como consecuencia de la cláusula, a dar prevalencia al ámbito federal en aquellos casos en los que se suscite un conflicto de competencias.³⁹

Al adquirir el sistema constitucional mexicano el modelo federal, primero en 1824, y posteriormente en 1857, se incluyeron inherentemente los principios esenciales del federalismo, los cuales, permearon de forma distinta en nuestro país, por diversos factores de carácter político y social.

Si bien la estructura federal conlleva cuestiones complejas de advertir, sobre todo al momento de que los ámbitos de competencia ejerzan sus atribuciones, ésta se encuentra diseñada para que en todo momento prevalezca la funcionalidad del orden federal, y su salvaguarda, de ahí que exista la garantía de forma republicana de gobierno.

La validez de las leyes estatales está directamente relacionada con el ámbito de competencia. Es decir, el sistema constitucional norteamericano es un sistema de competencias, que consiste en validar cualquier acto conforme al nivel al cual pertenece o ha surgido. Esto implica por ende, si una ley estatal contraria a la Ley Suprema, ya sea a la Constitución, al ámbito federal o a los tratados, carecerá de validez.⁴⁰

La Constitución Federal por tanto, es el fundamento sobre el cual, las constituciones locales pueden reconocer y proteger los Derechos Humanos; es decir, los estados pueden aumentar su catálogo de derechos en aras de favorecer a la persona tomando como base al texto constitucional federal.

Una vez reconocida la atribución de los estados para establecer los modelos de control constitucional, supeditándose al ámbito de su competencia, se han desarrollado una serie de esquemas diversos en 22 estados de la federación, en los que la salvaguarda del orden constitucional, se ha convertido en el objetivo común de estos medios de control local.

³⁸ Hay cinco partes que van a constituir a la Constitución en un sentido amplio ... 1) la Constitución escrita, 2) las leyes fundamentales, 3) los tratados fundamentales, 4) las decisiones judiciales fundamentales, y 5) los aspectos políticos esenciales ARNESON, Ben Albert, *Elements of Constitutional Law*, Ed. Harper & Brothers publishers, USA, 1928, pp. 5-7.

³⁹ MAY N., Christopher, *Constitutional law: National power and federalism*, Ed. Aspen law & business, USA, 2001, p. 233.

⁴⁰ NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D., *Principles of Constitutional Law*, Ed. Thomson, 2004, p. 192.

Previo a la inserción del parámetro del control de la regularidad constitucional (control de constitucionalidad),⁴¹ las constituciones locales comenzaron con una tendencia de apertura y de armonización, reconociendo no sólo Derechos Humanos que figuraban en la nómina de la Constitución Federal,⁴² sino otros que se contemplaban en Tratados Internacionales. Este activismo de las legislaturas en materia de Derechos Humanos fue abonando —sin duda— en la expansión de la vigencia de los Derechos Humanos, sobre todo si se tiene en cuenta —tal y como se advirtió— que en muchas entidades ni siquiera existía un catálogo de derechos.

La reforma constitucional del año 2000 en el estado de Veracruz, no sólo evidenció la trascendencia de salvaguardar la vigencia del orden constitucional, así como el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas que habitan en las entidades federativas, sino el deber ineludible de estos en la tutela efectiva de los Derechos Humanos.

La Tesis jurisprudencial XXXIII/2002 y los criterios subsecuentes emitidos en ese sentido, extrajeron de la competencia federal la exclusividad de ser el único nivel encargado del establecimiento de controles constitucionales, permitiendo que en el ámbito de sus atribuciones, las constituciones locales desarrollaran mecanismos de defensa constitucional. Si bien, la delimitación competencial define los alcances de estos medios estatales, comenzó a generarse un esbozo de jurisdicción transversal de los Derechos Humanos, en el cual, todas las autoridades tienen la obligación de mantener la vigencia de estos derechos, tal y como lo estableció la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 y la sentencia del Caso Gelman vs Uruguay, del 30 de noviembre de 2013.

3. *Los mecanismos de control constitucional y tutela de Derechos Humanos a nivel local*

Desde la Constitución de 1824, los Estados tuvieron la facultad soberana para expedir sus propias constituciones y leyes estatales, la atribución para

⁴¹ Derivado de la resolución de la contradicción de tesis 293/11, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que los derechos reconocidos en la Constitución Federal y Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte, constituyen un bloque que sirve como parámetro de validez para la actuación de toda autoridad.

⁴² Un ejemplo es la Constitución de Sinaloa reformada de 2008, en la que no sólo se estableció un listado de derechos, sino que se estableció el deber de todo juez del estado, para aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

estructurar y organizar sus poderes públicos (Artículo 161 de la Constitución de 1824), así como para reconocer los derechos del hombre dentro de sus marcos constitucionales.⁴³

Bajo esta tesitura, algunas entidades federativas diseñaron modelos bicamerales, específicamente con el establecimiento de Senados estatales (Chiapas, Durango, Oaxaca, Jalisco, Veracruz, México y Puebla) los cuales fungían como controles políticos de constitucionalidad, dotados de facultades exclusivas que propiciaban un equilibrio en el ejercicio del poder, y sobre todo un mejor análisis en la toma de decisión legislativa, al momento de aprobar las leyes locales.⁴⁴

Como se puede advertir, desde el Siglo XIX los estados han diseñado estructuras constitucionales con características propias y distintas a las previstas en el modelo federal, bajo el principio de la libre administración de los Estados, sin que sean en sí mismas incompatibles a los principios constitucionales previstos en los artículos 49 y 50 de la Constitución Federal.

Esto se debió en buena medida a que en las primeras constituciones estatales, se despertó una noción de verdadera autonomía legislativa, de ahí que encontremos modelos singulares y de avanzada para su época. Un ejemplo es la Constitución Política del Estado de Veracruz del 25 de octubre de 1824, en la que se estableció un andamiaje muy particular en lo que hace al Poder Judicial estatal.

El Constituyente del estado le confirió la administración de justicia a una sola persona, constituyéndose así un Poder Judicial unipersonal denominado Ministro Superior de Justicia. Si bien no dejaron de existir los jueces letrados o de primera instancia, en el texto constitucional no se hacía referencia a las atribuciones o facultades en concreto del Ministro Superior de Justicia, sólo que en él se depositaban las funciones jurisdiccionales del Estado.

A través de los distintos decretos que fueron expedidos se puede conocer las facultades atribuidas a esta figura, entre las cuales se puede destacar la función revisora de las sentencias de carácter criminal, la cual se realizaba sin que la necesidad de que se hubiese interpuesto algún recurso, ya que era un mecanismo unilateral de verificación de la resolución.

⁴³ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "Desarrollo del control constitucional en las entidades federativas", en González Oropeza, Manuel y Ferrer MacGregor, Eduardo, *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Ed. Porrúa, México, 2006, pp. 385.

⁴⁴ *Idem*.

Otro antecedente trascendental en el desarrollo del constitucionalismo local, y principalmente en cuanto hace a la tutela de los Derechos Humanos, fue la creación de un instrumento de tutela jurisdiccional en la Constitución yucateca de 1841, diseñado por el célebre filósofo Manuel Crescencio Rejón, para la protección efectiva de los derechos del hombre, conocido como juicio de amparo.⁴⁵

El juicio de amparo tiene su origen en el ámbito estatal, lo cual evidencia, más allá de los aspectos políticos por los cuales el Estado de Yucatán se separó temporalmente del Estado Mexicano, que las entidades federativas desde el Siglo XIX han insertado catálogos de derechos humanos, y en una evolución natural por garantizar su vigencia y eficacia, se derivó en la creación de un mecanismo de tutela que salvaguarda la vigencia de dichos derechos.

Desafortunadamente, el centralismo político conllevó a que el control constitucional de los estados durante la parte final del Siglo XIX, y todo el Siglo XX, se diluyera, y concentrara la tutela de los derechos humanos y la defensa del orden constitucional, en el ámbito federal, a través del Poder Judicial de la Federación.

Esta etapa de rezago constitucional a nivel local perduraría hasta la reforma de la Constitución Política del Estado de Veracruz, como ya se ha mencionado, con la cual se dio paso a una nueva realidad en el control constitucional.

La reforma constitucional local mencionada en varias ocasiones, no se limitó al establecimiento de medios de control constitucional y tutela de los derechos fundamentales, sino que incluyó aspectos de avanzada constitucional, que facilitan aún más la labor de preservación del orden constitucional de la entidad.

Fue la Constitución veracruzana, en su artículo 4º la primera en disponer de un bloque de constitucionalidad, en el cual se reconocen los derechos consagrados en la Constitución y leyes federales, Tratados Internacionales, en la Constitución y leyes estatales de la entidad, y también la primera en nuestro sistema constitucional en prever como parte de dicho bloque, a las sentencias del Poder Judicial del Estado en las cuales re reconozca la existencia de derechos humanos, esto a través su labor interpretativa y

⁴⁵ SOBERANES, José Luis, *La Constitución yucateca de 1841 y su juicio de amparo*, Biblioteca Jurídica Virtual IJ- UNAM, México, (s.a) p. 648 Consultado el 15 de julio de 2014 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/116/40.pdf>

argumentativa, complementando el contenido del catálogo derechos, pero sobre todo, favoreciendo y fortaleciendo la esfera jurídica de las personas.

Los habitantes del Estado gozarán de todas las garantías y libertades consagradas en la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen; así como aquellos que reconozca el Poder Judicial del Estado, sin distinción alguna de origen, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, condición o actividad social.

De igual forma, la Constitución referida, en ese mismo artículo dispone que:

Las autoridades del Estado, en su respectiva esfera de atribuciones, tienen el deber de generar las condiciones necesarias para que las personas gocen de los derechos que establece esta Constitución; así como proteger los que se reserve el pueblo de Veracruz mediante el juicio de protección de Derechos Humanos. La violación de los mismos implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño, en términos de ley.

Como se puede advertir, el texto constitucional citado ya preveía en un sentido progresista, y adelantándose más de una década a la reforma constitucional federal, el deber de toda autoridad en el ámbito de sus respectivas competencias, de hacer todo lo necesario para garantizar el ejercicio de los Derechos Humanos de las personas, estableciendo de forma expresa, la obligación de reparar el daño ocasionado por la violación perpetrada al derecho en cuestión.

Esta reforma visionaria y de suma progresividad para su época, volvió a confirmar que las entidades federativas tienden de forma primera, a desarrollar nuevas formas de protección constitucional. Esta reforma se situó en plena consonancia con los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad requeridos.

4. La reforma constitucional en materia de derechos y el bloque de constitucionalidad y convencionalidad

Con la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, aunado a los criterios jurisprudenciales entorno a la misma emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Expediente varios 912/2010 y la resolución de la contradicción de tesis 293/11), los Derechos Humanos reco-

nocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte, se han erigido como el parámetro del control de la regularidad constitucional, por lo que cualquier acto de autoridad debe tender a su promoción y defensa eficaz.

El Pleno de la Suprema Corte dando seguimiento sus propios precedentes, emitió la tesis 23/2012, derivada de la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 8/2010, en la que se confirmó la validez de establecer un tribunal constitucional, así como un sistema de medios para exigir la forma de organización de los poderes y la promoción y protección de los Derechos Humanos en el ámbito estatal, tomando en consideración estos nuevos parámetros de constitucionalidad que fueron vertidos con la reforma constitucional del 2011:

La superioridad de la Constitución de cada Estado de la Federación sobre el resto de sus normas internas, tiene fundamento en los artículos 40, 41, 116 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de modo que resulta válido establecer un tribunal y un sistema de medios para el control constitucional local, que tenga por finalidad controlar y exigir judicialmente la forma de organización de los Poderes estatales, en cuanto a su régimen interior y la promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos, en el ámbito del orden estatal, en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal.

Este criterio viene a reiterar el papel determinante de los estados en defensa del orden constitucional, especialmente como promotores de la vigencia de los Derechos Humanos, conforme el *principio pro persona*⁴⁶ previsto en el artículo 1º de la Constitución Federal.

Ahora bien, ¿pueden existir distinciones y grados de control en materia de Derechos Humanos en razón de la competencia (federal y estatal)?

Este cuestionamiento adquiere trascendencia a partir de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, y en concreto con lo dispuesto en el citado artículo 1º. Si bien, los Derechos Humanos habían encontrado una solvencia parcial con su reconocimiento y expansión en los textos constitucionales estatales, era necesario que la prevalencia de su vigencia se expresara desde la Ley fundamental.

Del tercer párrafo del artículo primero se desprende, la obligación que tiene toda autoridad en relación con los Derechos Humanos:

⁴⁶ Cfr. CASTILLA, Karla, *El principio pro persona en la administración de justicia*, México, Revista Cuestiones Constitucionales, Número 20, IJ- UNAM, 2011.

(...)

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...

A partir de la reforma constitucional del 11 de junio de 2011, el principio *pro persona* y otros principios fundamentales fueron reconocidos explícitamente en el texto constitucional federal, trayendo consigo nuevas claves y dinámicas para el Estado. Anteriormente el actuar de toda autoridad se sustentaba en el principio de legalidad, sin advertir la existencia de otros principios, toda vez que al no estar explícitos, carecían —bajo una noción equívoca— de vinculatoriedad.

La obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos,⁴⁷ garantiza la prevalencia y vigencia de los Derechos Humanos en todos los ámbitos, pues no se limita a un tipo de autoridad, función y competencia determinada, ya que vincula a todos los órdenes gubernamentales y entidades públicas del Estado.

En tal sentido, para que las autoridades puedan traducir su actuar en clave de Derechos Humanos, deben proyectar e impulsar la vigencia y primacía de los Derechos Humanos.

Por ende, para que la actuación de la autoridad sea conforme a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, deberá ser razonable y proporcional,⁴⁸ lo que conlleva de *ipso facto*, que sea considerada armónica en relación con los efectos y alcances de sus atribuciones.

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos ha traído consigo nuevos retos que afrontar, entre ellos la conciliación entre las competencias de las autoridades federales, locales y los Derechos Humanos.

Como se pudo advertir, uno de los temas trascendentes en la actualidad, es determinar hasta qué punto es válido que una autoridad en el marco de sus atribuciones formales y en consonancia con la obligación *ex officio* de

⁴⁷ Cfr. FERRER MACGREGOR, Eduardo, *La obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012 <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art04.pdf>

⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México*, Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 21, 2009 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/cj/cj16.htm>

proteger los Derechos Humanos de las personas, conozca a través de los medios de control local de violaciones a derechos vertidos expresamente en el marco constitucional federal, y no así en la regulación local.

Para esto, es necesario confrontar la tesis de universalidad de los Derechos Humanos y su jurisdicción con el cumplimiento irrestricto del ámbito de competencia de la autoridad.

Derivado de la reforma constitucional de 2011 y lo dispuesto por la sentencia en contra del Estado Mexicano en el caso Rosendo Radilla, la Corte reconoció la existencia de un control concentrado de constitucionalidad y otro difuso, los cuales son perfectamente complementarios, y no se oponen uno del otro.

Si se considera además, lo dispuesto por la Corte Interamericana en el Caso Gelman del 30 de marzo de 2013, de que todos los jueces son jueces de convencionalidad, se hace visible y posible la noción de que en materia de Derechos Humanos todas las instancias forman parte de una jurisdicción universal.

Esta idea de la jurisdicción universal tiene que ver con la naturaleza transversal de los derechos, la cual hace razonable el hecho de que cualquier autoridad sea competente en materia de Derechos Humanos dentro del ámbito de sus atribuciones.

Tratándose de las autoridades locales, tal y como se advirtió, fungen con una labor compartida en el control de constitucionalidad y convencionalidad. Por ende, todo juez local, con independencia de que sean sujetos en sus actuaciones a revisiones *a posteriori* por órganos superiores, deben por oficio llevar a cabo un control de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas jurídicas a aplicar en el caso concreto, y así evitar una posible afectación a la supremacía constitucional y la vulneración de algún derecho humano.

Por tal motivo, los jueces de ordinario deben atender en cualquier caso, la vigencia de los Derechos Humanos, para que, en caso de que exista una posible vulneración, se actúe buscando la protección de la persona, ejerciendo un control de constitucionalidad y convencionalidad, mediante el cual se evite utilizar una disposición contraria al bloque de derechos.

Los efectos transversales de los Derechos Humanos, conllevan necesariamente que la autoridad se rija por la observancia de estos, y ya no por el origen competencial de la norma.

Anteriormente a la edificación de los nuevos paradigmas constitucionales en materia de Derechos Humanos, se podía decir que la actuación de la autoridad seguía una dinámica en la protección de estos, expresada en el siguiente enunciado:

La aplicación de un medio de defensa por parte de la autoridad, será conforme a la norma y competencia que reconoce al derecho vulnerado.

En cambio, hoy en día, bajo la primacía y universalidad de los Derechos Humanos se podría esgrimir la dinámica actual de la tutela de los derechos en un enunciado como este:

La aplicación de un medio de defensa por parte de la autoridad, no se encuentra condicionado a la norma o competencia que reconoce al derecho, sino a la obligación ineludible de salvaguardar la esfera jurídica de la persona.

Por ello, la tutela de los derechos no puede supeditarse al origen competencial de la norma que lo contiene, pues la condición de supremacía de estos los ubica en un plano en el cual, el ámbito de atribución no es un factor para que las autoridades no lleven a cabo su observancia y protección.

Por tanto, la nueva clave en materia de Derechos Humanos configurada a partir de la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, y por la sentencia del caso *Rosendo Radilla vs México*, conlleva la obligación irrestricta para que todo juez busque mantener la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, con independencia de lo que pueda disponer una jurídica.

La jurisdicción constitucional en materia local, erigida desde el año 2000 en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave, puso las bases para que los estados diseñaran medios de protección de Derechos Humanos, ya que el criterio que había prevalecido hasta ese entonces, era que sólo el Poder Judicial de la Federación podía efectuar el control de constitucionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación validó el sentido y contenido de la reforma constitucional del Estado de Veracruz del año 2000, y con ello, la facultad para que los estados establecieran medios de control constitucional, definiendo y circunscribiendo el alcance de sus atribuciones a lo previsto exclusivamente en sus marcos constitucionales.

A partir de la inclusión del bloque de derechos reconocidos en la Constitución, Tratados Internacionales y jurisprudencia interamericana, así

como el principio *pro persona* como eje rector de todo el sistema jurídico, se ubicaron a estos en un plano supremo, trayendo el deber para toda autoridad, orientar sus actos hacia estos, para entonces poder validar y justificar sus actuaciones.

La materia objeto de todo control constitucional, tanto federal como local, son los Derechos Humanos, y la competencia de estos no se inserta en un ámbito determinado, ya que su vigencia fluye en sentido horizontal y vertical a lo largo de la estructura jurídica del estado.

Las constituciones locales así como cualquier norma jurídica, pueden reconocer y ampliar Derechos Humanos, con la única restricción de no reducir los alcances contemplados en la Constitución Federal.

Los distintos medios de control tratándose de la materia de Derechos Humanos, operan bajo los mismo parámetros y en un mismo ámbito, por lo que no es viable hablar de mecanismos de tutela reservados a esferas competenciales, cuando exista el riesgo de denegar o retrasar la justicia, con la afectación que pudiese traer consigo esto en las esfera jurídica de las personas.

5. Los derechos políticos y los conflictos de competencia con el juicio de amparo en la actualidad.

En los últimos años se han admitido demandas de amparo relativas a la materia electoral por parte de jueces y Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, lo que ha reabierto un antiguo debate sobre la procedencia de éste medio de tutela constitucional en cuestiones políticas.⁴⁹

La falta de coordinación entre los medios de protección de Derechos Humanos, ha propiciado que en algunos casos, los jueces y tribunales de amparo se decanten por conocer de temas políticos, siendo que existen límites de competencia expresa a nivel constitucional.

A diferencia de las interferencias competenciales entre los estados y la federación en lo que hace a la tutela de los Derechos Humanos, en materia política desde el año de 1996 se estableció una jurisdicción constitucio-

⁴⁹ Se tienen identificados más de 120 asuntos de carácter electoral que han sido admitidos por jueces de distrito o Tribunales Colegiados. Si bien es cierto, en su totalidad se sobreyeron, es importante señalar que en el momento de su admisión, los jueces de amparo no están atendiendo los límites competenciales dispuestos por la Constitución Federal, situación que está propiciando una colisión permanente entre la materia electoral y la de amparo.

nal especializada en materia electoral, la cual vino a cubrir un déficit en la protección de los derechos políticos, surgido desde la tesis de Ignacio Luis Vallarta, la cual separó las cuestiones políticas de la competencia del juicio de amparo.

Dentro de los diversos asuntos políticos que han sido sometidos y admitidos por jueces y tribunales de amparo, existe un caso que reviste una singular relevancia, conocido como el caso Larrazábal. En tal caso, se trató de identificar la fundamentación y motivación de la admisibilidad de este medio de protección genérico en materia electoral, pese a la existencia de las premisas del sistema de medios de impugnación en materia electoral y del artículo 63 de la ley de amparo vigente.⁵⁰

Artículo 61. El Juicio de Amparo es improcedente: (...)

IV. Contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; (...)

XV. Contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral;

El artículo 99 de la Constitución Federal complementa estos límites en la procedencia del amparo en materia electoral, al establecer un órgano jurisdiccional federal especializado.

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

⁵⁰ Un caso que puede evidenciar tal situación, es el caso Ivonne Álvarez. El 20 de enero de 2012, el ayuntamiento del municipio de Guadalupe del Estado de Nuevo León, autorizó la licencia por tiempo indefinido solicitada por su Presidenta municipal, Ivonne Liliana Álvarez García. El 20 de febrero se impugnó vía amparo (111/2012 y acumulado 134/2012) el procedimiento relativo al otorgamiento de la licencia y sus actos de ejecución, sin embargo, personal del ayuntamiento informaron al Juez Tercero de Distrito en materia administrativa que en sesión celebrada el 15 de marzo de 2012, el Ayuntamiento revocó el acuerdo mediante el cual se otorgó la licencia por tiempo indefinido a favor de la Presidenta municipal, por lo que se sobreseyó el juicio de amparo. El 21 de marzo del mismo año, el Ayuntamiento del municipio de Guadalupe, aprobó la separación definitiva de Ivonne Liliana Álvarez García del cargo que desempeñaba como Presidenta municipal, siendo nombrado el 18 de abril un presidente sustituto del municipio de dicha entidad.

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;

La exigencia prevista en el artículo 1º constitucional, de que toda autoridad debe garantizar la vigencia de los Derechos Humanos, no ha sido suficiente para evitar conflictos competenciales entre la federación y los estados en lo que hace a los alcances e idoneidad de los medios de protección, tal y como se analizó en la primera parte de este trabajo, aun cuando la universalidad de los Derechos Humanos exige un actuar permanente en busca de su salvaguarda.

A diferencia de lo que ocurre en los conflictos entre la federación y estados en materia de tutela de derechos, en lo referente a la materia electoral, no debería existir controversia alguna, pues las disposiciones constitucionales y legales definen con claridad la competencia del juicio de amparo, así como del ámbito electoral.

Como se advirtió en la primera parte del presente estudio, la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos debe tomar en cuenta los alcances de las atribuciones y competencia de la autoridad, ya que de lo contrario se puede propiciar afectaciones a la certeza y seguridad que derive en vulneraciones directas al orden jurídico constitucional.⁵¹

La jurisdicción de amparo no está exenta de esa exigencia de actuar conforme a lo dispuesto y previsto en el ámbito de su competencia, pues de lo contrario, estaría desatendiendo lo dispuesto por la Constitución Federal en lo relativo a la tutela de derechos políticos, los cuales poseen una jurisdicción y medios de protección exclusivos, diseñados expresamente para mantener su vigencia.⁵²

⁵¹ La incertidumbre que puede generar el no respetar los ámbitos competenciales, incide directamente en la vigencia de la administración de una tutela efectiva por parte del Estado hacia las personas, pues el hecho que se admitan demandas por parte de órganos jurisdiccionales procedentes de materias de las cuales no son competente, merma la administración de justicia pronta, rápida y expedita, y retrasa la reparación del derecho humano vulnerado.

⁵² Cfr. ROSALES GUERRERO, Emmanuel, *Concepto, límites y alcances del amparo por jurisdicción concurrente*, México, Biblioteca Jurídica Virtual, IJ- UNAM, (s.a.) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3066/12.pdf>

6. Caso Fernando Larrazábal

a) Interposición del juicio de amparo en contra de la licencia concedida por tiempo indefinido.

El 12 de marzo de 2012, Eduardo Montemayor Treviño interpuso Juicio de Amparo en contra de los trámites relativos al otorgamiento de licencia a favor de Fernando Larrazábal, Presidente Municipal de Monterrey, aduciendo que dicho acto atentaba contra su *derecho a la democracia* al no cumplirse con la obligación asumida por el funcionario público de respetar la permanencia de su cargo.

El 17 de marzo, el Ayuntamiento del Municipio de Monterrey otorgó a Fernando Larrazábal la separación definitiva del cargo, para estar en condiciones de participar en el proceso electoral como candidato a diputado federal.

El 28 de junio de ese mismo año, el Primer Tribunal Colegiado concedió la suspensión definitiva dejando sin efectos la separación con carácter permanente de Fernando Larrazábal fechada el 17 de marzo de 2012, a fin de otorgar al quejoso la protección de su *derecho de representación pública* consagrado en el artículo 5º, párrafo cuarto de la CPEUM, que consiste en exigir, como ciudadano, el cumplimiento de las obligaciones que el funcionario público, como autoridad, tiene frente a los propios individuos que lo eligieron a través del sufragio. Adicionalmente, dicho órgano jurisdiccional fundamentó su resolución en las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, así como en diversos instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos del ciudadano frente al gobernante.

Con relación al cumplimiento de la ejecutoria señalada, el Ayuntamiento en sesión celebrada el 4 de julio de 2012 acordó que, existe una imposibilidad material y jurídica para dar cumplimiento a lo ordenado, en atención a que, el 3 de mayo de 2012 el H. Congreso del Estado de Nuevo León designó a un Presidente Municipal sustituto, sin embargo, mediante resolución de un incidente de inejecución de sentencia, el 9 de julio siguiente, determinó suspender los efectos del acuerdo de cabildo de 17 de marzo de 2012, y se le ordenó a Larrazábal permanecer de forma continua, ininterrumpida y legalmente en el ejercicio del cargo público de Presidente Municipal.

b) El juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano promovido por Fernando Larrazábal ante la violación cometida a su derecho de ser votada.

El 29 de marzo de 2012, el órgano distrital electoral del IFE correspondiente, aprobó el registro de candidatos a diputados de mayoría relativa, entre ellos, Fernando Larrazábal postulado por el Partido Acción Nacional.

El 9 de julio 2012, Fernando Larrazábal presentó ante Sala Superior del TEPJF un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, dicho órgano resolvió dejar sin efectos el acuerdo de Cabildo de 9 de julio. Advirtió que el acto reclamado se considera un acto de naturaleza electoral, pues aun cuando proviene de un ayuntamiento (autoridad que *per se* no tiene el carácter de electoral), a través de la determinación adoptada vulnera el derecho político electoral del actor de acceder al cargo para el cual fue votado en la pasada jornada electoral, lo que es suficiente para conocer el asunto.

Asimismo, respecto a la obligación del funcionario público de respetar la permanencia de su cargo, señaló que el Estado no está en aptitud constitucional ni legal, de imponer al gobernado actividad u ocupación alguna contra su voluntad, fuera de los casos expresamente determinados, dado que debe respetar la que aquél haya seleccionado a su libre arbitrio, en atención al desarrollo de su personalidad en la sociedad en que se desenvuelva.

Posterior a la declaración de validez de la elección y el otorgamiento de la constancia de mayoría y validez como candidato electo, el Partido Verde Ecologista de México, presentó Juicio de Inconformidad argumentando la inelegibilidad de Fernando Larrazábal. La Sala Regional Monterrey del TEPJF aduciendo a la sentencia SUP-JDC-1782/2012, por unanimidad de votos desechó de plano el medio de impugnación aludido y confirmó la elegibilidad de la fórmula de candidatos a diputados federales, posterior a ello, mediante recurso de reconsideración ante Sala Superior, se confirmó la sentencia recurrida.

Finalmente el 5 de noviembre de 2012, la SCJN discutió la solicitud de ejercicio de la facultad prevista en la fracción IX del artículo 11 de la LO-PJF,⁵³ formulada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Adminis-

⁵³ "Artículo 11.- El Pleno de la Suprema Corte de Justicia velará en todo momento por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia de sus miembros, y tendrá las siguientes atribuciones: (...)

trativa del Cuarto Circuito, a fin que resolviera el conflicto de competencia entre dos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior y otros dos órganos del Poder Judicial de la Federación, a saber un Juzgado de Distrito y un Tribunal Colegiado de Circuito), que se consideraron competentes para conocer de los juicios que se sometieron a su jurisdicción. El Pleno de la SCJN con 2 votos a favor y 9 en contra, declaró improcedente dicha solicitud⁵⁴ por considerar que el artículo 11 fracción IX de la LOPJF no resuelve las diferencias generadas a partir de sentencias definitivas decretadas por tribunales terminales, excepto por cuestiones administrativas, sin embargo, dejó abierta la posibilidad de atraer recursos pendientes relacionados con este litigio.

c) *La improcedencia del juicio de amparo en materia político-electoral.*

A partir de la tesis desarrollada por el célebre jurista Ignacio L. Vallarta, en la que se estableció la imposibilidad, mediante el recurso de amparo de hacer valer cualquier violación a los derechos políticos, se aisló de la competencia del Poder Judicial de la Federación, cualquier aspecto relacionado con cuestiones electorales.⁵⁵ Esta situación además de segmentar la función jurisdiccional de la SCJN y el resto de los tribunales federales, dejó en estado de indefensión a aquellos ciudadanos que sufrían de alguna afectación en el seno de tales derechos.

El Juicio de Amparo se apartó de la materia político-electoral durante la mayor parte del Siglo XX, sustentándose en la tesis Vallarta.⁵⁶ Posteriormente con el establecimiento en el año de 1996 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la estructura de tutela de los dere-

IX. Conocer y dirimir cualquier controversia que surja entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia, y las que se susciten dentro del Poder Judicial de la Federación con motivo de la interpretación y aplicación de las disposiciones de lo dispuesto en los artículos 94, 97, 100 y 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los preceptos relativos de esta Ley Orgánica”.

⁵⁴ Cabe señalar que el proyecto bajo la ponencia del Ministro Aguilar Morales proponía:

“ÚNICO. DEBE PREVALECCER EN EL CASO LA RESOLUCIÓN DE ONCE DE JULIO DE DOS MIL DOCE, EMITIDA POR LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EN TODO EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES DEL CIUDADANO, IDENTIFICADO CON LA CLAVE DE EXPEDIENTE SUB-JDC-1782/2012.

NOTIFÍQUESE; “...”

⁵⁵ Cfr. MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, *José María Iglesias y la Justicia Electoral*, México, IJ-UNAM, 1994, pp. 233- 265.

⁵⁶ *Ibidem* p. 270.

chos político-electorales, cuyo sustento se encuentra en el precepto 99 constitucional, se definió de forma clara y precisa la existencia de una jurisdicción especializada avocada al análisis de cualquier alteración al orden constitucional y violaciones a los derechos políticos, con lo que se vino a cubrir un déficit generado con la prohibición de que el amparo conociera de cuestiones políticas.

Derivado del análisis de las demandas de juicio de amparo presentadas en tiempo reciente, tratándose de presuntas violaciones a derechos político-electorales de los quejosos (los cuales se pueden advertir en el documento anexo), se advierte que está distinción prevista —como se mencionó— en el artículo 99 de la Constitución Política, ha dejado de ser evidente, pues se ha dado paso a la admisión de amparos procedentes del ámbito político, para muestra el caso Larrazábal anteriormente expuesto.

Muchas han sido las razones expuestas, para justificar la admisibilidad del juicio de amparo tratándose de asuntos electorales. Por una parte, se ha señalado que cualquier violación que se suscite contra el principio de legalidad, se entiende como competencia del juicio de amparo sin importar la procedencia o naturaleza del acto.⁵⁷

Otro —aparente— fundamento para la admisibilidad del amparo en materia electoral, es consecuencia de lo previsto en el artículo 103 fracción I, en el que se faculta al Poder Judicial Federal para conocer de cualquier violación a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en Tratados Internacionales de los que México sea parte.

Estas posturas carecen de sustento, pues la interpretación que debe prevalecer tratándose de violaciones a los derechos político-electorales que emanen de actos o resoluciones, es de tipo sistemático,⁵⁸ ya que no se puede analizar en estancos separados a los artículos 14, 16, 99 y 103 fracción I. Para encontrar el verdadero sentido y alcances del contenido de los artículos constitucionales, es necesario que se estudien armónicamente, y de éste manera se concilien y denoten lo vertido en cada uno de ellos.

En tal sentido, no se puede concluir que cualquier derecho humano que haya sido vulnerado pueda ser protegido mediante el juicio de amparo, pues si bien, no se desprende de lo señalado por el artículo 103 fracción I

⁵⁷ Cfr. ISLAS MONTES, Roberto, *Sobre el principio de legalidad*, México, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo, 2009, pp. 97-108.

⁵⁸ ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *Métodos de interpretación Jurídica*, México, Biblioteca Jurídica Virtual IJ- UNAM, pp. 41-42 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>

constitucional algún tipo de distinción, el artículo 99 constitucional detalla las atribuciones de la jurisdicción constitucional electoral, la cual se ejerce a través del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.⁵⁹ Expresamente se le confiere competencia a este órgano jurisdiccional, cuando se susciten violaciones a los derechos político- electorales, derivado de actos y resoluciones en asuntos referidos a esta materia. De igual forma, el artículo 107 constitucional establece los supuestos de procedencia en materia de amparo.

d) *La improcedencia de los asuntos político-electorales y su regulación en la Ley de Amparo vigente.*

Se esperaba que estos conflictos de procedencia pudieran reducirse, con la entrada en vigor el día 3 de abril del 2013 de la nueva Ley de Amparo, mediante la cual se especificara de forma puntual que, en todo lo relativo a la materia político-electoral, el Juicio de Amparo resulta improcedente, partiendo de dos premisas principales:

- La existencia de una jurisdicción constitucional especializada en materia electoral.
- La existencia de un medio de tutela *ex profeso* para la defensa de los derechos político-electorales.

Si tomamos en cuenta el sentido gramatical lo previsto por el artículo 61, fracción XV, el amparo resulta improcedente: *contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en material electoral.*

Atendiendo lo dispuesto por el artículo señalado, se puede advertir la existencia de una ambigüedad que poco favorece a delimitar los supuestos en los cuales, procede la interposición del Juicio de Amparo. Esta aseveración se sustenta en las siguientes consideraciones:

1. El señalar expresamente que el Juicio de Amparo no procede en contra de las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral, no satisface la exhaustividad que requiere la problemática antes advertida. No contemplar a los *actos*

⁵⁹ CORZO SOSA, Edgar, *El control constitucional en materia electoral: el interés objetivo*, México, Biblioteca Jurídica Virtual, (s.a) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/240/7.pdf>

u omisiones en materia electoral que pudiesen conllevar algún tipo de afectación a la esfera jurídica de las personas, tratándose del ejercicio efectivo de sus derechos político-electorales, abre una posibilidad para que, cuando se genere una afectación que no emane de una resolución o una declaración, pero si de un acto político-electoral cualquiera, se pueda admitir la demanda que se interponga por vía de juicio de amparo.

Una manera de evitar las colisiones de competencia que puedan presentarse, es regular de forma detallada los supuestos de improcedencia, y eliminar cualquier aspecto que genere ambigüedades o confusiones.

Lo idóneo, sería contemplar como supuestos de improcedencia —además de resoluciones y declaraciones que vulneren los derechos políticos—, los *actos u omisiones* que provoquen afectaciones a tales derechos.

2. El señalar que sólo las autoridades competentes en materia electoral son las únicas que pueden cometer una vulneración a los derechos político-electorales, es una visión reduccionista, ya que la violación a los derechos puede emanar de otras autoridades (que no precisamente tengan una competencia electoral).

La expansión y la creciente complejidad de las relaciones políticas han propiciado que, no sólo los derechos político- electorales sean tutelados, sino también otros Derechos Humanos que en razón del contexto en que son ejercidos, guardan una relación directa con la materia, y por ende, es menester del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación protegerlos y garantizarlos de forma efectiva. *Derechos como la libertad de expresión, transparencia y acceso a la información, la protección de datos personales*, entre otros, en caso de ser vulnerados en un contexto político electoral, no pueden ser tutelados por vía de amparo conforme al diseño constitucional previsto en el Artículo 99 constitucional.⁶⁰

⁶⁰ En su evolución jurisprudencial, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha ampliado el alcance de la tutela del Juicio para la Protección de Derechos Político- Electorales del Ciudadano a aquellos Derechos Humanos que si bien, no poseen un origen o naturaleza política, si guardan una estrecha relación en un contexto político, y determinan a través de su vigencia, la eficacia y solvencia de la democracia.

Como se puede apreciar, la ambigüedad del Artículo 61, fracción XV, poco abona al establecimiento de un parámetro claro que permita definir la procedencia del juicio de amparo en materias que son parte de su competencia. El hecho que no se contemplen los actos y omisiones en materia electoral, así como no considerar que además de las autoridades electorales existen otras que, por sus funciones y relación estrecha con cuestiones políticas, pueden vulnerar derechos políticos, abre la puerta para que se admitan demandas de juicio de amparo que no encuadren de forma directa en los supuestos de improcedencia.

La redacción de la nueva Ley de Amparo representaba una oportunidad inigualable para que, se explicitara la improcedencia del Juicio de Amparo en materia electoral, tanto en lo que hace a cualquier acto, omisión, resolución o declaración que emitan autoridades electorales, así como otras que, sin tener una naturaleza o competencia electoral *per se*, en ciertos casos, pueden llegar a afectar la esfera jurídica de las personas en lo que refiere a la vigencia plena de los derechos político-electorales.

e) *Hacia una concentración (única) de la competencia y jurisdicción en la materia electoral*

Durante mucho tiempo se ha explorado la posibilidad de concentrar en una sola jurisdicción constitucional a totalidad de la materia electoral. Ya que derivado del artículo 105, fracción II, inciso f) de la CPEUM, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como órgano de control constitucional se ha erigido como el único competente para analizar en sentido abstracto, la constitucionalidad de cualquier norma jurídica de alcance general.⁶¹

Por otra parte, conforme a lo plasmado en el artículo 99 Constitucional, el TEPJF posee facultades de control en concreto y *a posteriori*,⁶² a través de la inaplicación de normas jurídicas electorales que sean contrarias al orden constitucional. A esta atribución, se han agregado de *facto* otras, las cuales se ha desarrollado bajo vertientes de interpretación constitucional, en aras del perfeccionamiento del sistema. Por lo que la labor de control

⁶¹ HERRERA, Alfonso, *La interacción del poder reformador de la Constitución y la Suprema Corte de Justicia en la construcción democrática: el caso del control de constitucionalidad en materia electoral*, en *Nuevas tendencias del constitucionalismo en la actualidad*, Del Rosario Rodríguez, Marcos, México, Ed. Ubijus, 2013, pp. 546- 548.

⁶² FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Constitución y su defensa*, México, Ed. IJ- UNAM, 1984 pp. 49- 83.

constitucional del TEPJF no sólo se han limitado a inaplicar normas con presunción de invalidez, sino también se ha dirigido a enmendar fallas que pudieran mermar al sistema, sobre todo actos u omisiones de autoridades que pudieran vulnerar los derechos político-electorales de los ciudadanos.

Esta dualidad en la jurisdicción constitucional electoral poco ha abonado en el fortalecimiento y especialización de la materia, puesto que el órgano diseñado para conocer y proteger a este ámbito, no tiene las facultades para expulsar del sistema jurídico a aquellas normas que sean inconstitucionales.

La concentración de las facultades de control constitucional de la materia electoral en el TEPJF, además de consolidar la competencia de éste como tribunal constitucional, permitirá una mejora en la defensa de los derechos político-electoral y demás derechos que guarden relación directa con ellos, pues no sólo se limitará a una tutela en lo concreto, sino que en lo abstracto, se podrá evitar que aquellas normas que contengan visos de inconstitucionalidad, no produzcan afectaciones generalizadas al ser aplicadas.

Es por ello que se propone la supresión en el artículo 105 fracción I, del inciso f, en donde se contempla la facultad de la SCJN para conocer las acciones de inconstitucionalidad cuando se versen de normas electorales, y trasladarla al artículo 99, para que sea el TEPJF quien ejerza el control en abstracto de éstas normas.

Lejos de menoscabar las funciones de tribunal constitucional de la SCJN, con esta reorientación se acabará con la dualidad en el control constitucional electoral, favoreciendo la tutela especializada, concentrándose en lo abstracto y en lo concreto la defensa de los derecho político-electorales, traduciendo en una eficacia en cuanto su vigencia y desarrollo.

7. *Colisión de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción electoral (Caso Panamá)*

Como corolario de lo anteriormente expuesto, y con el fin de señalar que el sistema jurídico mexicano no es el único país dónde, derivado de la universalidad de los Derechos Humanos y sus garantías, existan colisiones entre distintas jurisdiccionales de cara a determinar, a quién le corresponde el ejercicio competencial de su tutela.

El día de 31 de octubre de 2013, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, emitió una resolución en la que se declaró la nulidad de la resolución dictada el 8 de octubre de 2013 por el Tribunal Electoral panameño, por considerarla violatoria a la libertad de expresión reconocida por las Convenciones Internacionales y las leyes nacionales.

La Asociación Panamá Avanza presentó una demanda contenciosa administrativa de protección de los Derechos Humanos, en contra de la suspensión dictada por el Tribunal Electoral de una propaganda electoral pautada, por considerarla denigrante y contraria al orden legal.

Más allá de las consideraciones que pudieran existir sobre los alcances desproporcionados de este resolutivo en materia de libertad de expresión, lo relevante del presente caso radica en el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya admitido el recurso de protección interpuesto por la asociación promovente, ya que de conformidad con el artículo 143 de la Constitución Política de ese país, las resoluciones del Tribunal Electoral no son susceptibles de revisión por parte de ninguna instancia, ni autoridad jurisdiccional.

Las decisiones en materia electoral del Tribunal Electoral únicamente son recurribles ante él mismo y, una vez cumplidos los trámites de Ley, serán definitivas, irrevocables y obligatorias.

Contra estas decisiones solo podrá ser admitido el recurso de inconstitucionalidad.

Esta disposición impide que ninguna autoridad del Estado pueda dejar sin efecto los resolutivos, así como el ejercicio de las atribuciones que posee el Tribunal Electoral.

El haber dejado sin efectos el resolutivo del Tribunal Electoral, plantea —más allá de generar un escenario complejo de cara a las elecciones presidenciales del 4 de mayo de 2014— una interferencia más entre competencias, tratándose de la tutela de Derechos Humanos.

La *ratio* en el cual se sustentó la Corte Suprema para admitir y resolver la demanda contenciosa administrativa de protección de Derechos Humanos interpuesta ante su jurisdicción, pese a que existe la improcedencia constitucional y legal de conocer sobre las resoluciones emitidas por el Tribunal Electoral, radica en el hecho de que con la suspensión de la propaganda se vulneró la libertad de expresión, y conforme al principio de la

aparición del buen derecho, se decidió reivindicar la afectación generada por el acto controvertido.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema actuó para preservar la vigencia del derecho vulnerado, anteponiendo su tutela por encima de la competencia definida que al respecto posee. Es decir, con esta resolución, se hizo a un lado la restricción competencial que a nivel constitucional existe, con lo que se reconoce la primacía de los Derechos Humanos.

Si bien, en cuanto al fondo se pudiera conceder razón a la estimación hecha por la Corte en cuanto a los alcances y efectos de la resolución emitida por el Tribunal Electoral, contraria a la libertad de expresión, es un hecho que, tal y como se ha venido advirtiendo a lo largo del presente estudio, resulta riesgoso maximizar la función de la autoridad en lo que hace a la tutela de los Derechos Humanos, anteponiéndola a ámbitos de competencia creados especialmente para conocer de ciertos asuntos.

El desconocer los alcances de la jurisdicción y los ámbitos de competencia —tal y como se señaló— puede propiciar incertidumbre jurídica, y violación directa al principio de legalidad y de reserva de ley. La noción ampliada en cuanto al impulso en la vigencia de Derechos Humanos, puede poner en deterioro la eficacia de diversos instrumentos de tutela y órganos especializados, como es el caso de la materia electoral, tanto en Panamá como en México.

De ahí que sea idóneo el establecimiento de límites claros de procedencia en aquellas jurisdicciones competentes en materia de Derechos Humanos, y así evitar colisiones, sobre todo en los casos que existen jurisdicciones constitucionales preservadas a materias determinadas, como es la materia electoral.

Aun cuando en el caso que no existan competencias especializadas, es indispensable que la autoridad actúe en medida de sus atribuciones, salvo aquellos casos en los que por una inacción se pueda poner en riesgo derechos *prima facie* o intereses superiores. Esto como se comentó en su momento, sería la única excepción para omitir el cumplimiento de las reservas competenciales.

Las propuestas antes expresadas, además de ser pertinentes, son plenamente justificables y viables en su materialización, pues vienen a resolver un conflicto cada vez más persistente y más complejo, mismo que pudo haber sido resuelto por el Pleno de la SCJN el 5 de noviembre de 2012, en la controversia planteada entre el TEPJF y dos órganos del Poder Judicial

de la Federación; desafortunadamente no se aprovechó tal ocasión, para establecer lineamientos de procedencia entre el ámbito de tutela del juicio de amparo y la materia electoral.

Es por ello que con el establecimiento de causales de procedencia explícitas, se evitará el constante intervencionismo por parte de los jueces y órganos jurisdiccionales de amparo en la materia electoral. De igual forma, la concentración de todas las facultades constitucionales en la competencia del TEPJF, permitirá que se desdoble de mejor forma la labor de defensa y conservación del orden constitucional por parte de éste.

Si bien, la función del TEPJF como órgano de defensa y control constitucional ha sido sumamente eficaz, tomando como eje rector de sus actuaciones el principio *pro persona*, es un hecho que ésta atribución sería más beneficiosa, si pudiese ejercer un control abstracto sobre las normas electorales de alcances general, que pudieran ser perniciosas para el sistema jurídico. La dualidad en la materia electoral, no permite un desarrollo integral del TEPJF como tribunal constitucional y de la justicia electoral en sí, y la única forma para que ésta sea plenamente efectivo, será con la concentración de todas las facultades de tutela en un mismo ámbito competencial y jurisdiccional.

SENADO CONSULTO TERTULIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Análisis histórico*. 3. *El contenido del senadoconsulto Tertuliano*. 4. *Los problemas interpretativos en edad antoniana*.

1. INTRODUCCIÓN

En varios textos¹ encontramos referencias indirectas a una disposición del senado del 133 d. C. emanada bajo el imperio de Adriano y denominada por la jurisprudencia clásica como senado consulto Tertuliano porque uno de los cónsules de tal año en que se promulgó (y probablemente autor de la iniciativa al senado) había sido *Q. Flavius Tertullus*.² La decisión sena-

¹ El título XVII del libro XXXVIII del Digesto denominado *ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* incluye textos sobre el Tertuliano de Pomponio, *libro secundo senatus consultorum* en D. 38.17.10 pr.-1; Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.8; Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.5 e 7 y Ulpiano, *libro duodecimo ad Sabinum* en D. 38.17.2 pr.-47. Además de este título del Digesto existen otros pasajes de Paulo en D. 32.28 y D. 50.16.231 y una referencia indirecta está en C. 6.58.14 pr.-1 y en el mismo comentario de Ulpiano *ad Sabinum* en D. 49.15.16 y *libro septuagesimo quinto ad edictum* en D. 44.2.11.pr. El título LVI del libro VI del Código de Justiniano intitulado *ad senatus consultum Tertullianum* incluye constituciones imperiales de Diocleciano y Maximiano hasta Justiniano, pero, ya que la finalidad de la presente investigación es la de presentar una visión de la disposición en el periodo adrianeo no serán analizadas tales constituciones, contrariamente al título III del libro III de las Instituciones donde se presenta una panorámica histórica de la problemática. Además del *Corpus iuris civilis*, el título IX del libro IV de las *Pauli Sententiae* trata del senadoconsulto, así como *Ulp.* 26.8.

² Q. Flavio Tertulo era un cónsul *suffectus* con *Q. Iunius Rusticus*: sobre este argumento *CIL XVI, Diplomata Militaria, Berolini*, 1936, n. 76, 71; W. Liebenam, *Fasti Consulares Imperii romani*, Bonn, 1909, 21; F. Münzer, s.v. *Tertullus* en *PWRE*, V-A-1, 845 ss; *Prosopographia Imperii romani consilio et auctoritate Academiae Litterarum Borussicae*, 3, *Berolini et Lipsiae*, 1943, 174. En nuestra obra Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum* nella lettura di Ulpiano, Bari, 2008, 31 ss. observamos que en las fuentes jurídicas no encontramos la denominación de senadoconsulto 'Juvenciano' cuando se hacía mención a la disposición del senado del 129 d.C. aunque el cónsul en carga había sido Juvencio Celso a diferencia del senadoconsulto Tertuliano. Probablemente la razón no es una casualidad, mientras en el primer caso el príncipe

torial es de gran importancia para el derecho hereditario ya que modificó el orden de prelación que la ley de las XII Tablas establecía en la sucesión *ab intestato*, considerando por primera vez la madre como heredera legítima del hijo. Tal situación no pasó inobservada por la doctrina romanística porque en los manuales institucionales, así como en los estudios de derecho hereditario romano, se profundiza el argumento relacionándolo con el posterior senadoconsulto Orficiano de edad de Marco Aurelio, que había regulado el caso contrario (el hijo como heredero legítimo de la madre). La finalidad de la presente investigación será limitada a estudiar el contenido del Tertuliano y a profundizar los primeros problemas interpretativos encontrados en la jurisprudencia antonina.

2. ANÁLISIS HISTÓRICO

Para determinar las razones que dieron lugar al senadoconsulto debemos iniciar del texto de *Inst.* 3.3 pr.-1, porque en tal se encuentran recordados los datos históricos anteriores al periodo adrianeo que no pueden pasarse en alto:

*Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponerat masculorum progeniem et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accomodata vocabant. 1. Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*³

La ley de las XII tablas establecía un derecho tan severo que prefería la línea masculina y excluía aquellos que se encontraban unidos por los parientes de sexo femenino, hasta el punto que no concedía el derecho de adquirir recíprocamente la herencia entre la madre y el hijo o la hija. Los pretores llamaban a la sucesión a

había presentado una *oratio* contenida en un *libellus* que los cónsules habían ilustrado en senado, en el segundo caso la iniciativa había sido del mismo cónsul *Q. Flavius Tertullus*.

³ Aceptamos la tesis de M. Meinhart, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung* en *ZSS*, 83, 1966, 100 ss. de la dificultad de considerar como había hecho C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* en *Opere di C. Ferrini*, 2, Milano, 1929= *BIDR*, 13, 1900, 101 ss., que el presente texto habría tenido como origen una obra de Gayo porque la terminología usada no es de tal jurista. Nosotros creemos que fueron los mismos compiladores a escribir este texto incluyendo la decisión de Claudio, porque simplemente la conocían y no porque hubiera sido citada por Gayo.

aquellas personas únicamente como cognados próximos concediéndoles la *bonorum possessio unde cognati*. Pero después estos obstáculos del derecho fueron corregidos. El divino Claudio fue ciertamente el primero que concedió a una madre, como confortación por la pérdida de los hijos la herencia legítima de ellos.

El presente texto recuerda una famosa norma de la ley de las XII Tablas enunciada en esta forma: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto* (si murió sin testamento y no tiene herederos *suus*, la herencia corresponderá al próximo agnado, si no tiene un agnado corresponderá a los gentiles),⁴ en donde claramente se observa que únicamente el criterio de la agnación tenía importancia en materia hereditaria excluyendo el simple vínculo de sangre. La madre habría podido ser sucesora de los hijos únicamente si hubiera tenido con ellos un vínculo agnaticio, situación que se habría verificado si ella hubiera entrado dentro de la familia del marido por *conventio in manum*.⁵ Como es notorio, a partir del periodo republicano, el pretor había resuelto el problema de la sucesión de los cognados concediéndoles la *bonorum possessio*; por este motivo, si hubiera faltado entre la madre y el hijo un vínculo agnaticio (situación por la que no habría podido ser considerada heredera civil), habría podido de todos modos obtener la herencia del hijo según el sistema pretorio en el caso en que el mismo hijo no hubiera tenido herederos *sui* o agnados.

No obstante la madre podía obtener la *bonorum possessio* no habría podido ser considerada heredera del hijo porque, como recuerda Gayo, 3.32, el pretor no podía concederle tal título (*...praetor heredes facere non potest*), ya que esta era la tarea de la ley, de la constitución del príncipe o

⁴ *Tabula* 5.4-5 en *FIRA*, 1, Florentia, 1968, 38. Gayo, 3.1 (texto perdido pero reconstruido en base a la *Collatio* 16.2.1): *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent. 3.9: Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos. 3.17: Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Ulp. 26.1: ...Id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. 1 a: ...SI AGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO... Ver también *Inst.* 3.1.1 e 3.2 pr.*

⁵ GAYO 3.24: *...adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint (...ciertamente a tal punto que entre la madre y el hijo o la hija, no compete tampoco el derecho de recibir recíprocamente la herencia, excepto que si por la conventio in manum subsistiera entre ellos los derechos de consanguinidad)*. Aceptamos la tesis de Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, cit., 75 ss. que en edad decenviral “la donna è eguale agli uomini in ciò che può ricevere. Non è eguale agli uomini in ciò che può dare”. Contrariamente L. Monaco, *Hereditas e Mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 3 ss.

de un senadoconsulto (...*per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem*), por ello, el senadoconsulto Tertuliano reconoció tal derecho a la madre.

En *Inst.* 3.3.1 se afirma que antes del senadoconsulto Tertuliano el emperador Claudio (41-54 d.C.) había concedido por primera vez a una madre la herencia legítima de los hijos como consolución por la pérdida de ellos.⁶ Probablemente, los hijos no tenían *sui heredes* y la madre habría sido preferida a los agnados. En este modo habría obtenido un privilegio⁷ del príncipe que le otorgaba el título de heredera civil, no aplicándose la disposición de las XII tablas que establecía un orden de prelación diferente.

La normativa que favorecía a los agnados necesitaba de una intervención de la autoridad de carácter general que pudiera modificar el orden de sucesión establecido y permitiera a la madre ser considerada heredera legítima del hijo. Como veremos enseguida fue el senado a introducir este nuevo régimen a favor de la madre pero en modo limitado.⁸

⁶ En Suet., *Claud.* 19 son recordados cuatro hijos (...*civi vacationem legis Papaie Poppaeae, Latino ius Quiritium, feminis ius IIII liberorum; quae constituta hodieque servantur*).

⁷ En este sentido C. F. Glück, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern römischen Rechts*, Erlangen, 1822, 240 y Meinhart, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung*, cit., 109. Por lo que se refiere al término *privilegium* ver R. Orestano, *Ius singulare e privilegium in diritto romano en Annali Macerata*, 11, 1937, 106 ss.= *Scritti*, 1, Napoli, 1998, 412 ss. F. M. De Robertis, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali en Annali Bari*, 4, 1941, 102 ss.= *Scritti varii di Diritto Romano*, 2, Bari, 1987, 229 ss.

⁸ M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, 25-ss. piensa que fue Adriano y su consejo imperial a resolver el problema, si hubiera sido así el procedimiento se habría desarrollado en este modo: una madre habría solicitado a Adriano (así como había sucedido a Claudio) la posibilidad de ser considerada heredera legítima del hijo. El emperador, respetando la autoridad del senado, le habría dirigido una propuesta en una *oratio* que habría explicado el cónsul *Q. Flavius Tertullus* para después decidir como había sucedido en el caso del Juvenciano (sobre este aspecto ver mi libro GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 36-ss.) pero lamentablemente tal posición, que habríamos podido aceptar, es indemostrable, porque en las fuentes jurídicas no existe ningún recuerdo a la *oratio principis* que dió origen a la decisión del senado, además, mientras que en otros senadoconsultos de edad adrianea la intervención imperial podría ser constatada con los términos *quod auctore divo Hadriano factum est* (Gayo, 1. 30, 77, 92, 2.143), *ex auctoritate Hadriani* (Gayo, 1.47, 2.57, 112), *divo Hadriano auctore* (Gayo 1.81), *ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est* (Gayo, 2.285), *a senatu auctore Hadriano* (Ulp. 24.28), *senatus consultum auctore divo Hadriano* (C. 3.31.1 pr.) en el caso del senadoconsulto Tertuliano las fuentes no usan una terminología en tal sentido; la citación de Adriano en *Inst.* 3.3.2: *quod divi Hadriani temporibus factum est* tiene como finalidad únicamente la de indicar el periodo histórico en que se hizo.

3. EL CONTENIDO DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO

El texto del senadoconsulto Tertuliano no se encuentra transcrito en los pasajes que llegaron a la compilación del libro décimo segundo *ad Sabinum* de Ulpiano en D. 38.17.2 pr.-47, a diferencia, por ejemplo, del comentario hecho en el libro décimo quinto *ad edictum* sobre el Juvenciano en D. 5.3.20.6. Considerando que el jurista severiano al tratar de la disposición habría efectuado una interpretación a sus palabras (*aptanda est igitur nobis singulis verbis senatus consulti congruens interpretatio*), se puede imaginar que probablemente el mismo método fue utilizado en el Tertuliano, si bien, como veremos dentro de poco, no tenía una copia de los actos correspondientes a aquella sesión del senado, sino únicamente el libro quintonovésimo de los Digestos de Juliano, en donde el jurista adrianeo analizaba el senadoconsulto. En el inicio del pasaje Ulpiano afirma:

Sive ingenua sit mater sive libertina, habebit Tertullianum commodum.
La madre ingenua así como la liberta tendrán el beneficio del senadoconsulto Tertuliano.

El término analizado por Ulpiano era el de madre (*mater*), que en la disposición senatorial resultaba seguramente fundamental porque regu- laba la sucesión de la misma. Probablemente, el texto fue resumido por los compiladores, porque falta la mención del *ius liberorum* que existía en el senadoconsulto, pero que no era vigente en edad justiniana.⁹ La distinción entre ingenua y liberta hecha por el jurista, tenía la finalidad de explicar la diferencia existente entre ellas, así mientras la ingenua habría tenido la necesidad de tres hijos para encontrarse en el supuesto del senadoconsulto, la liberta de cuatro. Probablemente el contenido completo del pasaje era más parecido al que se encuentra en *Ulp.* 26.8:

⁹ Como puede demostrar la constitución de Justiniano del 528 en C.8.58 (59).2: *Illam iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae praeteritis fiebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus et legitima iura, quae ex Tertulliano senatus consulto ei praestantur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime pepererit.* (Aquella injuria que en tiempos pasados se cometía en contra de la madre del difunto o de la difunta por motivo de justicia la eliminamos y ordenamos que de todos modos tenga ella los legítimos derechos que se le conceden por el senadoconsulto Tertuliano, aunque siendo ingenua no hubiere dado a luz tres hijos o cuatro si era liberta). Sobre este punto se vea G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 278.

Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano...

La herencia del hijo muerto intestado no pertenece a la madre según la ley de las XII Tablas, pero si tiene el *ius liberorum*, la ingenua después de los tres hijos, la liberta de cuatro, se convierte en heredera legítima en base al senadoconsulto Tertuliano.

Si nuestra suposición fuera correcta, la explicación de Ulpiano habría sido menos esencial: el jurista habría iniciado con una breve mención a la ley de las XII Tablas, en lo que respecta a la sucesión *ab intestato*, siguiendo hasta tal aspecto el pensamiento de Sabino (se debe recordar que el texto se encuentra en su comentario hecho a la obra de este jurista), para después introducir el cambio llevado a cabo gracias al Tertuliano; así, después de haber tratado al inicio del texto del *ius liberorum* habría explicado el término *filius* en D. 38.17.2.1:

Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iuste sint procreati vel vulgo quaesiti. idque in vulgo quaesitis et Iulianus libro quinquagesimo nono digestorum¹⁰ scripsit.

Pero debemos considerar hijo o hija, si hayan sido procreados legítimamente o si la mujer los hubiera tenido de padre desconocido. Y esto escribió también Juliano, en el libro quintogésimonoveno de sus digestos en referencia a los nacidos sin que exista la posibilidad de determinar el padre.

Si no hubieramos tomado en consideración *Ulp.* 26.8, la relación entre D. 38.17.2 pr. y 1 habría sido incomprensible, porque la oposición 'pero' (*autem*), que sirve a unir los dos pasajes debería suponer que al inicio existía una referencia al hijo, término que no se encuentra en el texto.¹¹ Seguramente el senadoconsulto lo citaba porque se trataba de su herencia cuando hubiera muerto sin testamento, pero en D. 38.17.2.1 Ulpiano afir-

¹⁰ Tal obra trata de las leyes y de los senadoconsultos ente los que se encuentra el senadoconsulto Tertuliano. Cfr. Lenel, *Paltingenesia Iuris Civilis*, I, cit. 464 ss. No parece aceptable la afirmación de E. Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1074 que el *Sc. Tertullianum* resulte desconocido a Juliano, porque como veremos inmediatamente, la obra del jurista adrianeo había sido la fuente de la que Ulpiano habría tratado su comentario.

¹¹ Sobre este punto Meinhard, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit. 28 ss.

ma: *filium autem vel filiam accipere debemus*, haciendo creer que el texto de la disposición incluía también a la hija. La doctrina duda de tal interpretación,¹² pensando que en origen se indicaba únicamente al hijo y sobre este punto estamos totalmente de acuerdo.¹³ La cuestión que se debe resolver es el motivo por el que Ulpiano habría tratado de explicar un término que no se encontraba en la disposición del senado. Según nuestra opinión, la razón es simple: el jurista no tenía frente a sus ojos una copia de los actos relativos a tal reunión del senado archivada en el *Tabularium* del Capitolio, donde, como sabemos, se encontraban todas las resoluciones del senado, sino únicamente el libro quinquagésimo noveno de los Digestos de Juliano, en donde se analizaba el senadoconsulto motivo de estudio.¹⁴

Probablemente Juliano observando que en el Tertuliano existía una citación del *filius*, al comentar la disposición había incluido el término *filia* de acuerdo a una justa interpretación (*iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione 'filii', sicuti filiam familias contineri saepe respondimus...*), como había afirmado en otra parte de sus Digestos, en el libro octogésimoprimeros en D.50.16.201. Ulpiano que claramente aceptaba la posibilidad de incluir el género femenino en el masculino,¹⁵ había interpretado el término *filius* del senadoconsulto aceptando la incorporación de la palabra de Juliano. Por ello la aplicación del Tertuliano a la hija es ple-

¹² Así Meinhard, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 29 ss; R. Quadrato, reseña a la obra anterior en *Labeo*, 15, 1969, 363.

¹³ Así Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.8 y Modestino, *libro sexto differentiarum* en D.38.16.10 citan solo al hijo al mismo modo de *Ulp.* 26.8. También el *Sc. Orfitianum* mencionaba únicamente el hijo como demostró Meinhard, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit. 30.

¹⁴ Si no es así ¿Por qué no transcribió el texto de la disposición como había hecho en D. 5.3.20.6 refiriéndose al Juvenciano? Además que Ulpiano no cita las palabras exactas del senadoconsulto usando su clásico modo de decir como: *ait senatus...* (D. 5.3.20.7, 17; D. 5.3.25.2,3), *ita senatus locutus est...* (D. 5.3.20.12), *licet autem senatus de his locutus sit...* (D. 5.3.20.13).

¹⁵ Por ejemplo *libro primo ad edictum* en D. 50.16.1: *Verbum hoc 'si quis' tam masculos quam feminas complectitur* (con la palabra 'si alguien' se entiende hombres o mujeres); *libro sexagesimo primo ad edictum* en D. 50.16.52: '*Patroni*' appellatione et patrona continentur (la denominación patrono incluye también a la patrona); *libro sexagesimo secundo ad edictum* en D. 50.16.56.1: '*Liberorum*' appellatione continentur non tantum qui sunt in potestate, sed omnes qui sui iuris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt exve feminini sexus descendentes (con el término hijos se entiende que contiene no únicamente aquellos que se encuentran bajo la potestad, sino todos aquellos descendientes que son *sui iuris* del sexo masculino o femenino); *libro trigesimo octavo ad Sabinum* en D. 50.16.172: '*Liberti*' appellatione etiam libertam contineri placuit (se decidió que con el término libertos se incluye el liberto y la liberta); *libro quadagesimo sexto ad edictum* en D. 50.16.195: *Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur* (la expresión de una frase en sexo masculino se extiende de ordinario a ambos sexos).

namente constatable en edad adrianea.¹⁶ El problema del *vulgo quaesitus* será analizado más adelante aunque en la disposición senatorial no había sido nombrado.

Continuando con el análisis del texto de Ulpiano en D.38.17.2.2-4, se presentan casos que recuerdan el derecho de la madre a la herencia legítima del hijo. En el § 2 el jurista afirma que si el hijo o la hija se hubieran convertido en libertos, la madre no habría podido exigir la herencia legítima (*sed si filius vel filia libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit...*).

En el § 3 el jurista cita casos en que la madre habría tenido derecho a la herencia del hijo, no obstante el cambio de su *status*, por ejemplo: si había concebido un hijo cuando era esclava y el hijo hubiera nacido después de ser liberada (*sed si in servitute concepit filium et manumissa ediderit, ad legitimam eius hereditatem admittetur...*), si lo hubiera concebido cuando era esclava por motivo de una pena y posteriormente al momento del parto hubiera readquirido su *status* anterior (*idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit...*), o si hubiera concebido el hijo cuando era libre, lo hubiera dado a luz como esclava de la pena y después hubiera regresado como libre (*hoc idem et si libera concepit, edidit serva poenae, mox restituta est...*); o todavía si hubiera concebido el hijo cuando era libre, hubiera dado a luz como esclava y después hubiera sido manumitida (*sed et si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur*) o si hubiera sido manumitida cuando todavía estaba embarazada (*item si adhuc praegnas manumissa est, dicendum erit prodesse*).

En el mismo § 3 el jurista propone otros ejemplos similares: si la madre hubiera dado a luz después de la tardanza del que se encontraba obligado a darle la libertad por causa de un fideicomiso (*et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur, ut puta si post moram factam in fideicommissa libertate peperit*) o si hubiera dado a luz cuando se encontraba en poder de los enemigos (*vel apud hostes et cum eo rediit*) y hubiera regresado en patria con el hijo (*vel apud hostes et cum eo rediit*), o hubiera sido rescatada (*vel si redempta edidit*). Lenel, en el comentario

¹⁶ En este sentido Quadrato, en la reseña a la obra de Meinhart, cit., 364, en base a un texto del mismo Juliano, libro *quadragésimo secundo digestorum* en D. 40.5.47.4: *Quaedam cum in extrema esset valetudine...quaero, si mater ex senatus consulto legitimam hereditatem eius non vindicasset...* (Una mujer en el momento de su último suspiro... se cuestionó si la madre no habiendo reivindicado su herencia legítima en base al senadoconsulto...).

ulpianeo a la obra de Sabino, incluye D. 49.15.16 después de D. 38.17.2.3, pero el texto aclara un punto no importante para nuestra investigación.¹⁷

En el § 4 de D. 38.17.2 Ulpiano reconoce el derecho de la mujer a la herencia legítima de sus hijos, no obstante hubiera sido declarada infame (*Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur*) y en D. 38.17.2.5 el jurista analiza casos no importantes en nuestra investigación donde únicamente se subraya la disposición que la madre tendría derecho a la herencia del hijo muerto sin testamento (*...matrem ad bona eius amitti, quae haberet, si intestatus decessisset*).

En los textos anteriores del comentario de Ulpiano *ad Sabinum* son utilizados términos que seguramente existían en la disposición senatorial, como: 'mater' en D. 38.17.2 pr., 2,3,5, 'ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor' (Ulp. 26.8), 'filius' (D. 38.17.2.1,2,3), 'ad legitimam eius hereditatem admittetur', 'ad legitimam hereditatem eius admittetur' o 'ad legitimam hereditatem liberorum admittetur' (D. 38.17.2.2-4), *si intestatus decessisset* (D. 38.17.2.5).

Ulpiano, después de tratar del derecho de la madre a la herencia legítima del hijo en D. 38.17.2 pr.-5, presenta en los textos posteriores de la misma obra (en D. 38.17.2.6-14) situaciones en donde este derecho no habría tenido lugar por la existencia de *sui heredes*: *liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam femini...* (§6), pero no consideramos de interés en este estudio iniciar el análisis de cada caso presentado por el jurista.

Evidentemente, según la disposición senatorial, la existencia de *sui heredes* del hijo muerto habría sido la primera causa para excluir a la madre de todo derecho a la herencia legítima del hijo, y este argumento había sido motivo de estudio por Ulpiano en D. 38.17.2.6-14.

Una segunda causa de exclusión establecida en el senadoconsulto era la existencia del padre del hijo muerto, el jurista observa en D. 38.17.2.15:

Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat...pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocet...

¹⁷ LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, 1046. El texto afirma que quien regresa de los enemigos se considera que permaneció en la ciudad también por el tiempo anterior: *retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit*.

El padre obstaculiza la sucesión de la madre respecto a los bienes cuando estos sean del hijo o de la hija como heredero o como *bonorum possessor*. Pero daña a la madre solo el padre natural y no el adoptivo.

El padre tiene mayor derecho que la madre en la herencia del hijo según el régimen de sucesión agnaticia, pero probablemente el mismo senadoconsulto limitaba esta preferencia al padre natural porque el jurista en su comentario excluía el adoptivo, así solo si el primero hubiera tenido el título de heredero o de *bonorum possessor* de la herencia del hijo o de la hija, la madre no habría podido pretenderla en base al senadoconsulto. Ulpiano en los textos D. 38.17.2.16-17 complementa la idea anterior: en el primero (§16) recuerda el tipo de *bonorum possessio* por la que el padre habría tenido la herencia del hijo¹⁸ y el segundo (§17), trata un caso en donde existía una excepción a la regla anterior.¹⁹

Una tercera causa de exclusión de la madre de la herencia del hijo establecida en el senadoconsulto es la existencia de un hermano consanguíneo del hijo o de la hija difunta, pero la hermana consanguínea habría sido admitida a la herencia junto a la madre, como se recuerda en *Inst.* 3.3.3 (...*frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur...*), Ulpiano en D. 38.17.2.18-19 afronta diferentes problemas de aplicación de esta parte de la disposición senatorial y si bien las mismas no tienen mayor importancia en nuestra investigación es oportuno hacer notar como en el §18²⁰ se cita la misma terminología de la decisión del senado (*si sit consanguinea soror defuncti...si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire... placet*).

Después de haber hecho un breve análisis de los textos ulpianos en D.38.17.2 pr.-18, sabemos que en el contenido del senadoconsulto Ter-

¹⁸ *Undecumque autem acceperit bonorum possessionem pater naturalis, sive legitimus sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem.* (Pero de cualquier modo que el padre natural obtuvo la *bonorum possessio* como heredero legítimo o como *contra tabulas*, excluye de cualquier parte a la madre).

¹⁹ *Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus excludit.* (si existiera un agnado del difunto, un padre natural que estuviera en una familia adoptiva y la madre, admitimos a la madre porque el agnado excluyó al padre).

²⁰ *Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet...* (Si existiera una hermana consanguínea del difunto y la madre, así como un padre adoptivo o emancipado, si la consanguínea quisiera tener la herencia, está establecido que por motivo del senadoconsulto la madre concurre juntamente con ella y que es excluido el padre).

tuliano habría sido establecido el derecho de la madre a ser considerada heredera civil del hijo bajo determinadas condiciones: si la misma hubiera tenido el *ius liberorum*, si el hijo no hubiera tenido *sui heredes* y faltando el padre natural y los hermanos consanguíneos. Si el hijo hubiera tenido hermanas, la madre dividía la herencia con ellas.

4. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN EDAD ANTONIANA

Veamos ahora los primeros problemas interpretativos que la disposición del senado habría encontrado en edad adrianea (o un poco después). Para poder analizar este punto iniciamos con un pasaje de Trifonino, *libro vicesimo primo disputationum* en D. 34.5.9.1, porque presenta un primer problema resuelto por el mismo Adriano respecto a la aplicación del Tertuliano. Veremos en seguida los textos de Ulpiano en donde se encuentran citas al libro quinquagésimo noveno de los Digestos de Juliano (D. 38.17.1.11; D. 38.17.2.1,2,9); de Pomponio, *libro secundo senatus consultorum* en D. 38.17.10 pr-1; de nuevo de Ulpiano, *libro tertio decimo ad Sabinum* en D. 38.17.2.8, donde se recuerdan las opiniones de Africano y Publicio, y por último de Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.8. No será analizado el comentario de Neracio, citado por Ulpiano, *libro septuagésimo quinto ad edictum* en D. 44.2.11 pr. porque el caso no corresponde directamente a problemas de interpretación terminológica de la disposición senatorial.

La primera duda interpretativa del senadoconsulto fue resuelto por el mismo príncipe como recuerda Trifonino, *libro vicesimo primo disputationum* en D. 34.5.9.(10).1:

Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

Muerto el padre junto al hijo en guerra, la madre reivindica los bienes como si este último hubiera muerto después del padre, mientras que los agnados del padre los reivindican como si el hijo hubiera muerto antes. El divino Adriano había dispuesto que el padre había muerto antes.

El problema presentado a Adriano consiste en determinar si la madre hubiera podido pretender la herencia del hijo muerto en guerra junto a su padre. Sin dudas no era posible establecer quien murió antes, pero de la

decisión del emperador dependía la existencia del derecho de la madre a la herencia del hijo. Si este hubiera muerto antes del padre, la madre no habría podido pretender su herencia *ex senatoconsulto*, porque en tal caso los bienes habrían sido transmitidos al padre y los agnados habrían podido pretender la *bonorum possessio* de los mismos; contrariamente, si el padre hubiera muerto antes, la madre habría podido pretender los bienes del hijo en base al Tertuliano. El emperador presupone que el hombre más anciano (el padre) había muerto antes del más joven (el hijo) y gracias a tal interpretación favorable a la madre, la misma habría podido reivindicar los bienes del hijo como heredera *ex senatoconsulto*.

Ulpiano, *libro duodecimo ad Sabinum* en D. 38.17.1.11, subraya un problema de aplicación del SC. Orficiano, usando como criterio interpretativo una tesis de Juliano que correspondía al Tertuliano:

...proponamus fuisse defunctae consanguineum eiusque filium, deliberante filio defunctae consanguineum obisse, mox filium repudiasset matris hereditatem: an consanguinei filius admitti possit? Et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato.

Ulpiano presenta un problema: existía un consanguíneo de la difunta y un hijo de la misma, mientras el hijo decidía muere el consanguíneo y después el hijo repudia la herencia de la madre. El jurista se pregunta si el hijo del consanguíneo pueda ser admitido a la herencia de la mujer y Juliano piensa que sea posible en base al Tertuliano en donde sucede el agnado.

Según Voci,²¹ en materia de delación de la herencia “le regole civili sono note. Esiste una successione nella delazione in quanto si ammette il passaggio dalla vocazione testamentaria a quella *ab intestato*; questo passaggio non esiste nell’ambito della vocazione legittima. La presenza dell’agnato prossimo, esclude definitivamente il meno prossimo, e si giudica in base alla prossimità avendo riguardo del tempo in cui è certo che ci sarà vocazione *ab intestato*: cioè il momento della delazione (per es., il momento della rinuncia dell’istituto). I due scc. derogano questo regime, dato che stabiliscono un ordine di chiamati successivi, e la cosa è riconosciuta apertamente da Giuliano, in tema di *Tertullianum: Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato*. Il riconoscimento è tanto naturale che Ulpiano non ha difficoltà ad estenderlo al sc. Orficiano (questo è il senso di D. 38.17.1.11, anche se il discorso non è completo).”

²¹ P. VOCI, *reseña a la obra de Meinhart* en *SDHI*, 34, 1968, 401 ss.

No metemos en duda que las reglas civiles mencionadas por Voci fueran evidentes, sin embargo, tenemos algunas dudas respecto a su opinión, el cual dice que el Tertuliano había derogado el antiguo régimen estableciendo en el presente caso un orden de llamados a la herencia sucesivos. La situación habría sido diferente, según nosotros, porque si la madre (o el hijo) no hubiera querido aceptar la herencia del hijo (o de la madre) teniendo todos los requisitos previstos en el senadoconsulto Tertuliano (o Orficiano); la norma en tal situación no habría dispuesto un orden de llamados sucesivos, sino que habría aplicado el antiguo régimen como sucedía antes. En este sentido debe ser interpretado el caso de Ulpiano en D. 38.17.1.11: así como el hijo no se habría convertido en heredero de la madre en base al senadoconsulto Orficiano porque había rehusado la herencia, lo mismo sucedía cuando era la madre a haber pronunciado la renuncia. Tal conclusión había sido afirmada por Juliano, en el libro quincuagésimo noveno *digestorum* de comentario al Tertuliano,²² y Ulpiano la acepta en referencia al Orficiano. Nuestra conclusión que el Tertuliano no establece un nuevo orden de prelación en caso de rehuso de la madre, sino que continuaba a aplicar el derecho antiguo es claramente afirmado por Ulpiano en D. 38.17.2.20:

Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex senatus consulto Tertulliano, in bonis eorum²³ antiquum ius servandum est: cum enim esset praelatio matre omittente senatus consulti beneficium, ius succedit vetus.

Si la madre no acepta la herencia del hijo o de la hija en base al senadoconsulto Tertuliano, deberá ser observado el derecho antiguo respecto a sus propios bienes, porque no obstante exista una prelación, si la madre no acepta el beneficio del senadoconsulto, regresa el derecho antiguo.

Los textos anteriores recuerdan uno de los primeros problemas jurisprudenciales que si era presentado después de la decisión senatorial: la coexistencia entre el viejo y el nuevo derecho. Si la madre hubiera aceptado la herencia del hijo en base al senadoconsulto Tertulliano, el orden de

²² LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit. 465, considera la referencia de Juliano en D. 38.17.1.11 correspondiente al libro quincuagésimo noveno de sus Digestos.

²³ Non estamos de acuerdo con Mommsen en su edición del Digesto *ad h.l.* de escribir *in bonorum possessione (secundi ordinis libri Digestorum, scilicet Bononienses in editione maiore recensiti, praecipue tres qui sequuntur Digesti veteris)* en lugar de *in bonis eorum (liber Florentinus eiusdem libri scriptura secundaria a primario librario profeta)*, porque en el presente pasaje una mención a la *bonorum possessio* no encontraría razón de ser en relación al derecho antiguo.

prelación de la sucesión *ab intestato* establecido en la ley de las XII Tablas habría sufrido una transformación; sin embargo, el problema que se debe resolver consiste en determinar las consecuencias jurídicas en caso de falta de *aditio* de la madre. En el derecho antiguo, si el agnado próximo no hubiera aceptado la herencia, el siguiente sucesor no era admitido en base al derecho legítimo, como recuerda Gayo 3.22: *Item proximo agnato non adeunte hereditatem, nihilo magis sequens iure legitimo admittitur* (Del mismo modo no aceptando la herencia el agnado próximo, tampoco el sucesivo es admitido con base en el derecho legítimo). Consecuentemente una interpretación posible sería que la falta de aceptación de la madre no habría permitido a otra persona la posibilidad de pretender la herencia, sin embargo, la solución propuesta por Juliano fue diferente, permitiendo la sucesión del agnado (*et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato*), no porque el Tertuliano hubiera establecido una secuencia en la designación de llamados al derecho de la herencia, sino simplemente porque el senadoconsulto concedía un beneficio a la madre (así declara Ulpiano en D. 38.17.2.20: *senatus consulti beneficium*), con la consecuencia que la falta de aceptación de la madre de la herencia del hijo no habría cambiado el derecho antiguo que debía ser aplicado, concediendo la herencia al próximo agnado. Así en edad adrianea después del Tertuliano habrían sido aplicados el *ius vetus* (en el caso en que la madre no hubiera aceptado el beneficio concedido por el senadoconsulto) y el *ius novum* (si la madre hubiera aceptado la herencia del hijo en base al Tertuliano). Un problema diferente se presenta en D. 38.17.2.8, que veremos más adelante, en donde aunque si existieran *sui heredes* del hijo, la aplicación del derecho antiguo no era posible porque los mismos se habían abstenido de la herencia y por este motivo la madre habría tenido derecho a la herencia del hijo *ex senatoconsulto*.

Un segundo problema que se presentaba en la interpretación del senadoconsulto era el significado del término *filius*. A tal respecto el texto de Ulpiano, *libro tertio decimo ad Sabinum* en D. 38.17.2.1 citado anteriormente, en la mención a la obra de Juliano, se comprendían la hija y los *vulgo quaesiti* (los hijos sin un padre conocido); el primer punto lo analizamos antes, permaneciendo todavía por estudiar el del *vulgo quaesitus*.

Según Meinhart²⁴ difícilmente se podría tomar en consideración la posibilidad que Juliano afirmara que una persona con tal origen viniera por motivo de su mala posición jurídico familiar comprendida entre los herederos de la madre y por esto el senadoconsulto en origen se habría limitado solamente al *iuste procreatus* (nacido de matrimonio), mientras que solo con posterioridad habría sido ampliado el ámbito gracias a disposiciones imperiales.²⁵ Según nuestra opinión no existen pruebas de la limitación originaria del Tertuliano al hijo nacido de matrimonio (*iuste procreatus*); las disposiciones del senadoconsulto incluían el término hijo sin testamento (*intestatus filius*) y por este motivo Juliano había incluido también al *vulgo quaesitus*, porque era hijo de la madre, al mismo modo del hijo en donde el padre era conocido. El jurista adrianeo al comprender el *vulgo quaesitus*, resolvía definitivamente un problema que en caso contrario no habría tenido solución: el senadoconsulto por la primera vez había concedido al hijo del padre desconocido que moría intestado, la posibilidad de tener una herencia legítima, situación que hasta tal momento habría sido imposible.²⁶

Otro problema que se refiere al hijo muerto intestado es presentado por Juliano como recuerda Ulpiano en el texto siguiente §2:

Sed si filius vel filia libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit, quoniam mater esse huiusmodi filiorum desiit: idque et Iulianus scripsit et constitutum est ab imperatore nostro.

Pero si el hijo o la hija se hubieran convertido en libertos, la madre no habría podido exigir la herencia legítima porque ha dejado de ser madre de estos hijos y esto escribió Juliano y fue establecido por nuestro emperador.

²⁴ MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit. 39 ss.

²⁵ Ulpiano, *libro duodecimo ad Sabinum* en D. 38.17.1.3 respecto al senadoconsulto Orficiano cita el problema de la madre que habría concebido un hijo en poder de los enemigos (*apud hostes*) y recuerda dos rescriptos; uno de Septimio Severo y otro de los emperadores posteriores citados en C. 8.50(51).1, la disposición establecía que el hijo habría tenido derecho a la herencia de la madre en base al senadoconsulto como si hubiera nacido *vulgo quaesitus* (*...sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus*).

²⁶ Ulpiano, *libro sexto regularum* en D. 38.8.4: *Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut adgnationis hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur...* (Si un hijo espurio hubiera muerto intestado, su herencia no le pertenecería a nadie por derecho de consanguinidad o de agnación porque los derechos de consanguinidad o de agnación provienen del padre).

Meinhart²⁷ afirma correctamente que el caso se refiere al hombre libre que se vende y después adquiere nuevamente su libertad; la madre no habría tenido derecho a la herencia del hijo porque la *cognatio* se había interrumpido, ya que si bien era esta una relación de sangre fundada en el derecho natural,²⁸ la jurisprudencia era del parecer que la esclavitud la eliminaba, si bien el hombre libre convertido en esclavo hubiera adquirido nuevamente su libertad en base a una manumisión; sobre este punto Modestino, *libro sexto regularum* in D.38.8.7: *Is, qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem* (el que por alguna razón se convierte en esclavo por ningún motivo adquiere nuevamente el vínculo de sangre).

Una controversia jurisprudencial entre Juliano y Ulpiano sobre la aplicación del senadoconsulto se encuentra en el texto del jurista severiano en D. 38.17.2.9:

*Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur.*²⁹

²⁷ Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 48 ss.

²⁸ GAYO I.156: *At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*. (Quienes por las personas del sexo femenino son unidas por cognación, no son agnados, sino diferentemente son considerados cognados por el derecho natural).

²⁹ No aceptamos la posición de La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., 285 ss., que el término *quis* no podía referirse a la herencia de un *pater familias* que hubiera dado en adopción su hija, porque según el investigador, los hijos dados en adopción son llamados solo en la clase de los cognados y vienen precedidos y excluidos por la llamada a los legítimos, entre los cuales, después del Tertuliano, se encontraba la madre. La presente tesis parte del presupuesto que solo en el derecho justiniano los hijos dados en adopción se encontraban en la misma posición de los otros hijos; pero, según nuestra opinión, el texto demuestra lo contrario. Para el derecho clásico los hijos dados en adopción son todavía considerados como legítimos. Autores como Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 310 y Quadrato, en la reseña a Meinhart, cit., 375, aceptan la posición de Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 21, que la segunda parte del texto (desde *sed quod* hasta el final) habría sido abreviada por los copiadores. Estamos de acuerdo porque, como hace notar Meinhart, la opinión de Juliano no encuentra una relación con algún otro elemento, a lo mejor el texto se debería interpretar en el sentido que, si bien el decreto de Antonino Pio era posterior a la tesis de Juliano, en los dos casos, se trataría de un hijo muerto intestado, el cual tenía una madre y una hija que había dado en adopción.

Si alguien hubiera muerto dejando una hija que había dado en adopción legítima y la madre, el divino Pio hizo un decreto con el cual se estableció que cesa de aplicarse el senadoconsulto Tertuliano y que la madre y la hija deberán ser admitidas a la *bonorum possessio unde proximi cognati*. Pero no es verdad lo que escribió Juliano que la madre no puede ser admitida a la herencia del hijo en base al senadoconsulto, si la hija dejó de solicitar la *bonorum possessio*, porque la madre sucede a la hija, y por esto se deberá decir que hasta que la hija pueda solicitar la *bonorum possessio*, la madre no podrá obtenerla ya que espera de suceder como legítima.

El pasaje recuerda un decreto del emperador Antonio Pio que excluía a la madre de la sucesión legítima del hijo fundada en el senadoconsulto si hubiera existido una hija dada en adopción. En tal caso la madre y la hija habrían podido pedir la *bonorum possessio unde cognati* al pretor. En la cuestión que trata Juliano existen una hija dada en adopción y la madre. Según la regla confirmada por Antonino Pio, las dos habrían podido solicitar la *bonorum possessio unde cognati*, pero la dificultad radica en el hecho que la hija no la solicita. Vista la situación es necesario determinar si la madre (después que la hija dejó de solicitar la *bonorum possessio*) habría podido ser considerada heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto y pretender que se abriera nuevamente la *bonorum possessio unde legitimi* ya que había pasado a una categoría posterior (la *bonorum possessio unde cognati*). Según el jurista adrianeo, visto que la madre había sido conducida a la *bonorum possessio unde cognati* no se habría podido aplicar el senadoconsulto y por este motivo no podía pretender que se abriera nuevamente la *delatio* en la clase de los *legitimi*.

La opinión de Ulpiano es diferente: la madre habría podido ser considerada heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto si la hija hubiera cesado de solicitar la *bonorum possessio*, y en este modo pretender la *bonorum possessio unde legitimi*.

El presente pasaje testimonia que en el periodo adrianeo las hijas del *de cuius* que pasaban en adopción a otra familia excluían la posibilidad que la madre se convirtiera en heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto (pero de todos modos habría podido pretender la *bonorum possessio unde cognati*), como sucedía todavía en edad severiana. Según Juliano esta exclusión continuaba a existir aunque si las hijas en adopción hubieran cesado de solicitar la *bonorum possessio*. Esta interpretación cambia con Ulpiano cuando se concede a la madre la herencia legítima del hijo

en base al senadoconsulto pudiéndose obtener la *bonorum possessio unde legitimi*.

Otro jurista del mismo periodo o poco posterior a Adriano, Pomponio, hace en su libro segundo de los senadoconsultos un comentario al Tertuliano; de tal obra (probablemente escrita en el periodo adrianeo)³⁰ existen dos pasajes en el Digesto. El primero en D. 38.17.10 pr. trata el problema de la posibilidad de aplicación del senadoconsulto al caso del peculio castrense y la respuesta del jurista es en sentido negativo:

Si filius familias miles non sit testatus de his, quae in castris adquisierit, an ea ad matrem pertineant, videndum est. sed non puto: magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est, non ut omnimodo quasi patres familiarum in ea re sint.

Si el *filius familias* militar no hizo un testamento respecto a los bienes que hubiera adquirido durante el servicio militar se debe ver si los mismos pertenecerán a la madre. Pero no lo creo, afirma el jurista, porque este beneficio fue concedido a favor de las últimas voluntades de los militares, no con la finalidad que en todos los casos fueran considerados como *patres familiarum*.

Recordando lo que dijimos en otra investigación,³¹ el peculio castrense era un patrimonio formado de los bienes adquiridos en guerra y en los donativos, diferentes de los del *pater*, de los que los *filius familias milites* tenían total disposición. De acuerdo a las constituciones imperiales de Augusto, Nerva y Trajano, les fue concedida la facultad de realizar testamento sobre tales bienes, beneficio que después, gracias a Adriano, fue ampliado también a los veteranos. Ciertamente si los emperadores concedieron a los *filius familias* militares la posibilidad de efectuar testamento sobre tales bienes, resultaría impensable aplicar el Tertuliano, porque, como claramente afirma Pomponio, atribuir tal facultad no significa que los militares bajo la potestad del *pater* sean considerados como *patres familiarum* para todos los efectos, sino simplemente que dispongan del peculio como quieran en un testamento. Debemos recordar además que la aplicación del Tertuliano

³⁰ En este sentido H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle, 1908, 37, porque, como hizo notar en D. 40.12.43, texto que se encuentra en el libro III de la presente obra, existe una cita de un rescripto de Adriano en este modo: ...*Hadrianus imperator rescripsit...* En el texto falta el término *divus*, referencia indispensable si la obra hubiera sido escrita poco después de la muerte de Adriano.

³¹ GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 361 ss.

no habría sido posible, porque la existencia del *pater* representaba un obstáculo para la sucesión de la madre (D. 38.17.2.15).

El segundo pasaje de Pomponio se encuentra en D. 38.17.10.1 y en este viene presentado un problema de personas que, si bien tenían prioridad a la herencia del hijo, no habrían obstaculizado el derecho de la madre en base al senadoconsulto:

Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris ius integrum erit, quod medio tempore appenderit: veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci nec natus sit aut mortuus editus, vel quod etiam filius qui in hostium potestate erat postliminio non sit reversus.

Cuando permanezca pendiente si algunas personas puedan obstaculizar a la madre en el derecho a suceder en la herencia del hijo, y por alguna situación no fueran admitidas a la herencia, se conservará íntegro el derecho de la madre, que permanece pendiente al momento intermedio, por ejemplo si al hijo muerto intestado hubiera podido nacer un póstumo, el cual no hubiera nacido, hubiera nacido muerto, o también si el hijo, que se encontraba en el poder de los enemigos, no hubiera regresado en base al postliminio.

El presente texto demuestra que también si la existencia de un *heres suus* hacía venir menos el derecho de la madre a suceder en base al Tertuliano, en diferentes situaciones podía suceder que tal derecho permaneciera latente, como en el caso del póstumo concebido o de un hijo que se encontraba prisionero de los enemigos. Si el hijo póstumo hubiera nacido vivo o el hijo del *de cuius* hubiera regresado en patria, la mujer habría sido excluida de la herencia, si hubiera sucedido diferentemente, la madre habría podido convertirse en heredera en base al senadoconsulto. Tal interpretación de Pomponio demostraría que la afirmación de Ulpiano en D. 38.17.2.7: *si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur* era un criterio de la jurisprudencia antonina aceptado por el jurista severiano.

La existencia de un *heres suus* no permitía obtener a la madre la herencia legítima del hijo siempre que el *suus* hubiera podido adquirirla (si hubiera nacido vivo o hubiera regresado en patria después de haber escapado de los enemigos), pero si el mismo, pudiendo adquirirla se hubiera abstenido, surgiría un problema que la jurisprudencia habría debido resolver: permitir o no la aplicación del Tertuliano. El problema es tratado por el discípulo de

Juliano, Africano y por el jurista antonino Publicio, los cuales lo resuelven en sentido positivo, como recuerda Ulpiano en D. 38.17.2.8:

*Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. Africanus et Publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*³²

En el caso en que existieran *sui heredes*, pero a ellos no pertenezca la herencia, veamos si la madre será admitida; por ejemplo, si el heredero se hubiera abstenido de la herencia. Africano y Publicio han tratado de decir que en el caso en que se abstengan los *sui heredes*, toman su lugar la madre y que los obstaculizan cada vez que tengan la herencia, evitando así que a la misma le cause un daño el simple título de *heres suus*. Tal opinión parece ser más equa.

El problema afrontado en el pasaje que se trata de aclarar consiste en determinar si en todos los casos la existencia de los *sui heredes* habría

³² El texto presenta graves problemas lógicos y gramaticales, como hizo notar Quadrato, *rec. all'opera di Meinhart*, cit., 371 ss. el cambio del plural *sint* al singular *abstinuit*, la relación desagradable entre la palabra *et* de la frase *Africanus-venire* con la siguiente *et-matri* aumentada por el cambio injustificado del *modus* verbal del indicativo al subjuntivo. Tales datos podrían hacer suponer que existe una intervención de los compiladores con la finalidad de reducir el contenido del texto. Según La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., 281 ss. el pasaje está en gran medida interpolado y por ello su contenido sería diferente: "poiché il diritto che alla madre viene attribuito dal senatoconsulto Tertulliano è un diritto civile, è chiaro come esso non possa essere attuato quando ci sia di mezzo un diritto civile poziore. Così, quando la madre è preceduta da *sui*, questi, essendo eredi *ipso iure*, ancorché si astengano dall'eredità escludono la madre dalla successione (*iure civili*) del figlio. La madre esclusa per diritto civile, aveva, però, ancora la possibilità di chiedere la *bonorum possessio unde cognati* quando il *suus* non avesse chiesto neanche in questa classe la *bonorum possessio* a lui per primo deferita. In questo senso va intesa la soluzione proposta da Africano e Publicio". Según nuestra opinión, la legitimación de la madre para pretender la *bonorum possessio (unde cognati)* es genuina: el *suus* que se abstiene es un heredero que repudia según el pretor (en este sentido P. Voci, *Rec. Meinhart en SDHI*, 34, 1968, 402 ss.). Pero el problema es otro ¿La madre puede ser considerada heredera legítima del hijo aunque subsistan *sui heredes*? La respuesta de los juristas es afirmativa si ellos se hubieran abstenido de la herencia.

Difícilmente se podría demostrar la tesis de Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 206 ss. que afirma que junto al caso de la *abstentio* fueron mencionados en origen otros ejemplos en donde la herencia no habría sido de los *sui heredes*. Todavía sería más difícil creer, como piensa la investigadora, que en el pasaje existiera un recuerdo a una controversia jurisprudencial en la que Ulpiano habría negado a la madre, por causa de la existencia de un heredero identificado en la persona del *suus* que se abstiene de la herencia, el título de heredera por causa del senadoconsulto y que por el contrario le habría concedido la *bonorum possessio sine re*, uniéndose el jurista a la controversia jurisprudencial, una contraria alla madre, representada por Publicio y Africano, y la otra a favor, esta última sería comprobada parcialmente con la frase *tunc-matri*. El texto según nosotros, si bien fue reducido de su contenido originario, puede demostrar como veremos en seguida aspectos muy interesantes.

obstaculizado el derecho de la madre a tener la herencia legítima del hijo. Si las disposiciones del senadoconsulto hubieran afirmado que la existencia de los *liberi* excluía el derecho de la madre a ser considerada heredera gracias al senadoconsulto, claramente en base a una interpretación formal, también si los *sui heredes* se hubieran abstenido de la herencia, la madre no habría podido suceder al hijo, porque de todos modos permanecían como *sui heredes*. Africano y Publicio no siguen tal tesis proponiendo otra que parecería ser más equa: la madre puede transformarse en heredera legítima del hijo cuando los *sui heredes* se abstengan de la herencia del *de cuius*. Esta opinión aceptada por Ulpiano, demuestra un cambio importante respecto al viejo derecho, porque mientras la ley de las XII Tablas no concedía la herencia al próximo agnado si existían *sui heredes*, la jurisprudencia contrariamente permitió la aplicación del Tertuliano, inclusive si hubieran existido *sui heredes* y se hubieran abstenido de la herencia. En este modo el *de cuius* no habría permanecido sin heredero legítimo aunque se hubieran abstenido los *sui heredes*.

Gayo trata del Tertuliano en su *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* y de tal obra llegó a nosotros un fragmento en D. 38.17.8:

In suspenso est ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum possessione petenda.

Permanece en suspenso el derecho de la madre si el hijo del difunto emancipado delibera de pedir la *bonorum possessio*.

Como hemos visto hasta este momento, la existencia de un *suus heres* habría podido obstaculizar el derecho de la madre si no se hubiera abstenido de la herencia. El término *liberi* probablemente usado en la disposición del senado habría incluido los *sui heredes* así como los hijos emancipados y por esto en el presente caso parecería adecuado observar que el derecho de la madre permanecería en suspenso hasta que el hijo salido de la potestad del padre decidiera de solicitar la petición al pretor de la *bonorum possessio*.

En edad severiana la madre perderá la facultad de transformarse en heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto Tertuliano si no hubiera exigido la designación del tutor del hijo, como había sido establecido en una constitución de Septimio Severo dirigida a Cuspio Rufino y

recordada por Modestino, *libro primo excusationum* en D. 26.6.2.2.³³ La interpretación de esta normativa fue hecha por Ulpiano en el mismo libro tredecésimo de su comentario a Sabino, en donde se trataba del Tertulliano en D. 38.17.2.23-47, pero esta no nos interesa ya que nuestra atención fue focalizada únicamente a las disposiciones del senadoconsulto y a los primeros problemas interpretativos afrontados por la jurisprudencia antonina en su actuación.

³³ *Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiective non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* (El divino Severo a Cuspio Rufino. Quiero que todos sepan que utilizo todos los medios para auxiliar a los pupilos, ya que esto corresponde al cuidado público, y por ello la madre que no hubiera pedido tutores idóneos para sus hijos, o no hubiere dado inmediatamente los nombres de los otros, habiéndose excusado o rechazado los primeros, no tenga el derecho de reivindicar para sí los bienes de sus hijos intestados).

ANULACIÓN DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

Luis GUTIÉRREZ APODACA

SUMARIO: 1. *Planteamiento*. 2. *Constituciones. Criterios reformatorios*. 3. *Reformas privatizadoras*. 4. *Constitución. Privatizar*. 5. *Libertad limitada*. 6. *Constituyente auto-negarse*. 7. *Transtorno constitucional*. 8. *Control judicial*. 9. *Suprema Corte, cometidos y fraudes constitucionales*. *Conclusiones. Bibliografía*.

1. PLANTEAMIENTO

En los últimos 31 años, 1982-2013, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido unas adiciones y reformas que han servido, para adecuar ciertos Artículos de la misma a una mejor eficacia en sus metas en pro de la población, pero, las Reformas han desvirtuado varios principios políticos fundamentales cambiando el sentido de la Carta Magna que afectan negativamente al Poder Constituyente Originario que se dio Nueva Constitución en 1917 y que ahora involucre con esas Reformas hacia el Constitucionalismo Liberal del Siglo XIX. Empecemos por distinguir entre el Poder Constituyente Originario y el Constituyente Permanente. Al respecto, el constitucionalista Jacinto Faya Viesca, aclara:

...Desde una dimensión estrictamente política, todo Poder Constituyente Originario se justifica, pues es el pueblo el que ha decidido romper con el orden constitucional imperante y crear un orden nuevo. (Individualismo Liberal de 1857, al Constitucionalismo Solidario de 1917).

...Ahora bien, desde una dimensión estrictamente constitucional, lo deseable es que cada Constitución instituya un “poder Constituyente Permanente”, para que sea a través de este Poder Constituido (y no Originario) como se vaya adecuando la Constitución a las necesidades que vaya marcando la realidad social.¹

¹ FAYA VIESCA, Jacinto, *Teoría Constitucional*, pp. 228, 233, 248.

2. CONSTITUCIONES. CRITERIOS REFORMATARIOS

“El Régimen Constitucional tiene en sí mismo el remedio de todos los males, y la corrección de todos los errores”.²

El Artículo 135 constitucional, dice:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

El Maestro Mario de la Cueva se plantea: ¿Qué es una Constitución, cómo se reforma?, las constituciones del pasado y las constituciones modernas:

Sintéticamente podríamos definir a la Constitución según Heller, diciendo que es “la expresión normativa de la estructura fundamental de una colectividad”. La Constitución, en sentido positivo, es la norma vigente que traduce y expresa la estructura fundamental de un ser social.

El Constituyente Permanente del artículo 135 es un poder constituido, no es originario, tiene facultades ilimitadas en el aspecto procesal, pero ¿en el aspecto sustantivo? ¿El Poder Constituyente constituido, creado no creador, tiene límites materiales? ¿Habrá previsto el Constituyente de 1917 la posibilidad de operar una revolución, una transformación radical de la Constitución por procedimientos jurídicos? ¿Reformar la Constitución en cualquiera de sus aspectos por la vía del artículo 135 es posible? ¿Se podrá mediante reformas sucesivas o simultáneas derogar de hecho la Constitución que nos rige? ¿Puede hablarse o es factible la inconstitucionalidad de una reforma constitucional? y frente a esta última pregunta ¿en un caso práctico se admitiría el amparo?

Las Constituciones del pasado son las que provienen de las revoluciones francesa 1789, estableció los Derechos del Hombre y del Ciudadano y americano, 1787, (la cual incorporó esos Derechos en 1791), y que se prolongan hasta la Primera Guerra Mundial. Constituciones nuevas son las que parten de la Constitución Mexicana de 1917, hasta las que se vienen elaborando en nuestros días. Se llama parte orgánica de la Constitución aquella que contiene la estructura del Estado, y parte dogmática a los derechos fundamentales del hombre. Las Constituciones antiguas únicamente constaban de estas dos partes. Podríamos agregar que la par-

² Carlos María de Bustamante, fué Diputado Constituyente del Congreso de 1823 a 1824.

te dogmática de la Constitución está constituida por los derechos del hombre o libertades humanas, por la idea de soberanía, por la doctrina de la representación y por la doctrina de la división de poderes. También para los antiguos juristas la Constitución era la estructura social de una colectividad.

1. Derechos del Hombre. 2. Soberanía. 3. Representación. 4. División de Poderes.

De la Cueva agrega:

...México tiene una quinta formalidad, el Federalismo, y probablemente una sexta, la Separación entre la Iglesia y el Estado, que viene a ser una libertad humana y a construir por tanto una decisión política fundamental.

...Las Constituciones modernas, partiendo de la mexicana de 1917, contienen otra serie de principios que pueden reducirse fundamentalmente a dos: los artículos 27 (el subsuelo propiedad de la Nación), y 123 (relaciones laborales) por una parte, y el 28 (áreas estratégicas, monopolios) por otra. Se refieren a la intervención del Estado en la vida económica de sus integrantes.³

Rectoría Económica. Al reconocerse que México tiene una Constitución moderna, observemos cómo se toman decisiones dentro de su Principio Fundamental de la Rectoría Económica del Estado. Artículos 25: Economía Mixta, 26: Responsabilidad Empresarial Social y 27: ya descrito de la Carta Magna.

Veamos el caso concreto de la nacionalización de la industria eléctrica en 1960, que a la letra dice:

III. Inversión Pública y Política. Las inversiones públicas. En las condiciones de estancamiento de la industria eléctrica que prevalecía en 1938, y que subsistieron durante algún tiempo a pesar de la activa participación del Estado, la oferta de energía fue un factor limitante significativo del desarrollo económico general. Las inversiones públicas en el sector de energía eléctrica fueron, en las condiciones prevalecientes, de mayor beneficio para el país que las que habrían podido realizarse en otros sectores con los mismos fondos.

De otro lado, la inversión privada en energía eléctrica que acaso hubiera podido realizarse en ausencia de una política pública como la reseñada habría necesitado, para producirse, un cambio radical en la política de tarifas y un aumento de los precios de la energía, así como una mayor flexibilidad y latitud en todas las demás reglamentaciones que norman la acción de las empresas eléctricas. Hay razones para creer que ese tipo de electrificación no habría conducido a los mismos resultados que la que ha podido realizarse. El país necesitaba y necesita no sólo energía eléctrica, sino electrificación concebida y llevada a cabo según una concepción

³ DE LA CUEVA, Mario, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 13, 14, 15, 74, 77.

nacional. La política eléctrica ha estado encaminada a obtener precisamente este último resultado. Esa política se manifestó, primero, en las facultades establecidas por el Estado para reglamentar las condiciones de la inversión, la prestación del servicio, su precio y en general proteger el interés nacional en ese campo, y en segundo lugar, se tradujo en la construcción de plantas y sistemas eléctricos por organismos del Estado, en una situación que encerraba todavía elementos contradictorios, inevitablemente derivados de la coexistencia de empresas públicas y privadas en una industria que en México requiere de modo esencial un alto grado de coordinación y unidad de programa.

La constitución de la industria eléctrica como una industria nacional coloca la totalidad de la inversión eléctrica futura como responsabilidad exclusiva del Estado. Este cambio, en cuanto a la forma de inversión, no parece, sin embargo, llevar consigo un cambio igualmente importante en la estructura del financiamiento. En los últimos veinte años las fuentes inmediatas de financiamiento han sido, además de los recursos presupuestales, los empréstitos del exterior principalmente del Banco Mundial y del Eximbank, que han contribuido de modo importante a la construcción eléctrica, y en menor medida, el crédito de otras instituciones nacionales y del exterior y la reinversión de utilidades de las compañías.

...Por consiguiente, la nacionalización de la industria eléctrica, por sí misma, no tenderá a aumentar la carga financiera para el país, puesto que desde 1940 prácticamente la ha soportado por completo bien a través del precio de la energía o de impuestos. A pesar de ello, la tarea de financiamiento de la nueva inversión eléctrica será difícil y de gran magnitud. Primero, porque lo es ya, a niveles relativamente menores de construcción eléctrica; en segundo término, porque la industria eléctrica, debido a características técnicas y económicas, es incapaz de generar en su operación las sumas requeridas para llevar a cabo la nueva construcción; y, en tercer lugar, porque el crecimiento económico de México ha estado caracterizado y es éste un fenómeno que tiende a acentuarse por cambios importantes de estructura económica que desplazan los sectores menores consumidores de energía por otros de consumo más intensivos. Ello entraña que para lograr un crecimiento dado del producto total del país se requeriría un crecimiento aún mayor del sector energía y, por tanto, de las inversiones.⁴

Vocabulario. Ahora, observemos los términos claves constitucionales del anterior análisis, para plantear problemas e interpretarlos y resolverlos: estancamiento, subsistencia, limitante, inversiones públicas, beneficio, otros sectores, inversión privada, cambio radical, precios, flexibilidad, razones, resultados, país, concepción nacional, facultades, proteger, construcción, contradicciones, derivados, coexistencia, alto grado de coordinación

⁴ México 50 Años de Revolución. I. La Economía. III. Inversión Pública y Política Eléctrica, pp. 250, 251, 252.

y unidad de programa, crecimiento económico, estructura económica, intensivos, inversiones.

Al respecto, dicho vocabulario progresista refleja autoestima y superación. Es guía de conductas y principios a proteger constitucionalmente en beneficio propio, social, republicano y del futuro de las generaciones. Este vocabulario no será mecánico sino dialéctico. Esto es congruente conforme el artículo 12 constitucional, que prohíbe los privilegios a personas o grupos.

Mexicanidad. Lo anterior coincide con la siguiente definición:

Considero que la Mexicanidad es la búsqueda o creación de símbolos que le dan sentido a la existencia humana en los aspectos sociales, que impulsan y procuran realizar la trascendencia de uno y del grupo a que se pertenece: Hemos logrado la conformación de la República, la riqueza, la ciencia, la ideología propia, el poder, la integración familiar, la Justicia Social, la Democracia Social, y, después de vencer obstáculos que han surgido en el proceso histórico, reconstituimos los símbolos, para seguir progresando como lo hemos hecho, conforme los ejemplos siguientes:

Los Aztecas al emigrar de Aztlán, Nayarit, al Valle de México, buscando el Águila y la Serpiente, fundaron el Imperio Azteca, 1323-1521; el obstáculo consistente en el estancamiento mental generalizado de la población durante el Virreinato, 1521-1810; en contrapartida, Hidalgo inicia la Independencia y la conciencia de libertad, 1810; Ignacio López Rayón, con sus Elementos Constitucionales, 1812, y su propuesta de una Constitución, inicia ciertas bases jurídicas de la incipiente Nación; Morelos con sus Sentimientos de la Nación y sus seguidores formalizan un Congreso de Chilpancingo, 1813, y con la Constitución de 1814, se confirma nuestra auto-determinación; por la limitación al desarrollo democrático del Liberalismo en México, por la Intervención Francesa como expresión del conservadurismo, surgió el resarcimiento a dicha Invasión, por Juárez y los liberales que nos dieron la Segunda Independencia, al derrotar aquella. 1862-67.

Reforma del Estado. Está la autocracia republicana del entonces presidente de México, General Antonio López de Santa Anna que hizo lo siguiente:

La forma de Gobierno Federal estaba prohibida cambiarla conforme el artículo 171 de la Constitución de 1824, pero la autocracia republicana,

con el apoyo de ciertos diputados del congreso y gobernadores, promovió al Sistema de Gobierno Centralista al promulgarse la Constitución de las Siete Leyes, 1836. Algo similar sucedió en 1996 al cambiar la solidaridad de la Carta Magna de 1917, hacia el Individualismo Constitucional del siglo XIX. Ahora bien, la Ley Fundamental de 1917, en ninguno de los artículos 135 y 136, pone límites a la facultad reformadora del Poder Constituyente Permanente y este planteó las nuevas metas del Estado mexicano en 1983, que considero un autoritarismo del republicanismo autocrático, que se desarrolló así:

El analista político Carlos Ramírez, informó:

...En la fundamentación de esas reformas al iniciar el gobierno de Miguel de la Madrid estuvo la redefinición constitucional del Estado. En un seminario sobre "La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta", en 1983, el entonces secretario de Programación y Presupuesto, Carlos Salinas, definió el concepto de Estado para la generación que tomaría entonces el poder. En dos párrafos se redefinió el Estado de la Revolución Mexicana:

Algunos consideran que la acción del Estado es un reflejo de los grupos en pugna, y en particular lo consideran un mero mandatario de los grupos dominantes. Otros suponen que el Estado es la instancia que crea y organiza la sociedad. Sin embargo, posiciones así de extremas pueden resultar simplistas. La vida política no puede reducirse a la dinámica de fuerzas socioeconómicas.

El Estado no es la arena política donde se dirimen los conflictos sociales. Hay una autonomía relativa del Estado respecto de los diversos grupos que actúan y compiten en una sociedad plural. Por ello debe rechazarse la posición reduccionista que considera que las formas del Estado varían simplemente en correspondencia con los modos de producción.

El grupo De la Madrid-Salinas fijó la reforma del Estado abstrayéndolo del viejo modelo populista de servicio de las mayorías. Ahí, con el concepto de "autonomía relativa del Estado, ocurrió la profunda reforma histórica del Estado. Y el proyecto salinista fijó la reestructuración ideológica en el periodo 1982-1994 con el apoyo de las élites intelectuales de dentro y de fuera del gobierno.⁵

3. REFORMAS PRIVATIZADORAS

Veamos la citada autocracia que creó la nueva concepción del Estado mexicano, propuesta por el entonces diputado el Lic. Humberto Roque Villanueva en 1996:

⁵ RAMÍREZ, Carlos, "Indicador Político", Periódico *El Vigía*, p. 7, martes 17 de diciembre del 2013.

El fortalecimiento del Estado de Derecho (1996) responde a una demanda de la sociedad y al propósito de mayor participación de la comunidad nacional, por lo cual fue preciso actualizar los ordenamientos que estructuran los órganos jurisdiccionales y las normas que regulan la convivencia social incluyendo las relaciones económicas de manera que propicien la agilidad que las operaciones mercantiles y financieras requieren, especialmente la oportuna impartición de justicia para la solidez y certidumbre económica.

...La búsqueda de fórmulas de financiamiento para la prestación de servicios públicos en materia de comunicaciones con la participación social y privada, permitida a partir de las reformas constitucionales de 1994 al artículo 28, párrafo cuarto de la Ley Fundamental, mediante esquemas y operaciones financieras que han sido aplicados en otros rubros del servicio público como es el caso de la energía eléctrica, determinó la convivencia de otras reformas al propio Código Civil.

Como esta reforma sobre la naturaleza jurídica de los bienes que integran el equipo rodante ferroviario se crean condiciones que permitirán fomentar la inversión en los ferrocarriles e impulsar su modernización.

La Constitución de 1917 asigna al Estado atribuciones en los asuntos económicos para promover y proteger el interés público. Un amplio marco legal e institucional sustenta la intervención estatal en la economía.

La retracción de la participación directa del Estado en la producción de bienes y servicios ha variado progresivamente hacia una función fundamentalmente de conducción y promoción de la economía a través de la sociedad en su conjunto y los sectores especializados de ella en la generación y distribución de riqueza, proceso que se explica por los diferentes papeles que ha debido desempeñar históricamente el Estado mediante los diversos estadios de la economía. Así, en nuestro país, ante la carencia e insuficiencia de capitales asumió directamente la construcción de una infraestructura productiva inexistente e indispensable.

...Entre los objetivos más importantes de las reformas estructurales estaban: fortalecer las finanzas públicas; canalizar adecuadamente los escasos recursos del sector público en las áreas estratégicas y prioritarias; eliminar gastos y subsidios no justificables, ni desde el punto de vista social ni del económico; promover la productividad de la economía, transfiriendo parte de esta tarea al sector social y privado, y mejorar la eficiencia del sector público, disminuyendo el tamaño de su estructura.

El Estado mexicano no tenía recursos para cubrir el déficit de las empresas paraestatales con subsidios. Desde 1983 se inicia una serie de reformas económicas con el propósito de frenar la inflación y recuperar el crecimiento, era necesario volverse selectivo y elegir para su desincorporación aquellas entidades públicas que no se consideraran estratégicas. Esta tarea partió de las disposiciones constitucionales y de las condiciones materiales, financieras y de viabilidad económica de las empresas públicas.

En 1995 el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados reformaron el párrafo cuarto del artículo 28 Constitucional, para la participación de los par-

ticulares en el desarrollo del transporte ferroviario y la comunicación vía satélite. Las reformas al párrafo citado modifican el concepto estratégico de estas dos áreas, cuya característica fundamental estriba en que sean de estricta competencia del Estado, para definir las ahora como áreas prioritarias, permitiendo que con inversión privada y mediante concesiones se operen estos medios, sin que represente bajo ninguna circunstancia pérdida de soberanía nacional o de rectoría del Estado. En ambos casos se requiere de un costo de inversión creciente que el Estado no puede afrontar por sí sólo, siendo necesaria la participación de los sectores social y privado.⁶

Conforme a ese texto transcrito, la sociedad supuestamente pidió el cambio de sistemas económicos de socializante a individualista, pero, pero omite decir cuándo y cómo se le consultó; destaca que el Estado cumplió con sus metas post-revolucionarias 1917-1982, sin comprobarlas con datos, para establecer esa sustitución, y que el sector privado participe en el desarrollo del país, desde 1983 retractándose el Estado en sus cometidos de carácter sociales y económicos, eliminó empresas paraestatales. Al efecto, modificó el Constituyente Permanente ciertos Artículos Constitucionales, entre ellos el 28, supuestamente sin perder el Estado Rectoría Económica, ni pérdida de soberanía nacional.

Siento que con esta nueva interpretación del Estado, se inician los trastornos Constitucionales a que se refiere el Artículo 136 que vulneran la estabilidad de la Constitución de 1917, y, los Cometidos Constitucionales de la Nueva Constitución.

4. CONSTITUCIÓN. PRIVATIZAR

Contraviene esa privatización y trastorno correlativo, el criterio del Maestro Miguel de la Madrid Hurtado, de la Facultad de Derecho de la UNAM, quien es su libro *Derecho Constitucional*, 1982, manifestó:

494.bbb) La originalísima contribución mexicana: la justicia social como protección a la libertad. Así pues, el pensamiento de la Revolución Mexicana y lo que le da un tinte originalísimo a nuestro movimiento revolucionario, radica en hacer coexistir estos dos valores de la vida social, política y económica, la libertad y la dignidad del hombre, junto con la justicia social. En este aspecto, la Constitución

⁶ ROQUE VILLANUEVA, Humberto, *Estrategia Económica y Legislación*, pp. 79, 145, 146, 147, 148, 151, 152, 153, 154 y 155.

Mexicana de 1917 representa una original combinación de estas dos tendencias políticas, la que afirma la invulnerabilidad de la libertad personal, y la que afirma la necesidad de que el Estado, garantice un clima dentro del cual se dé la justicia social, como protección a la misma libertad personal.

495.ccc) La Intervención del poder público en la vida económica (Artículo 25, Carta Magna). El artículo 27 constitucional fue el que sentó las bases para la intervención del poder público en la vida económica... Este mismo artículo permitió al Estado imponer a la propiedad las modalidades que convengan al interés general, y le otorgó facultades para regular el aprovechamiento de los recursos naturales con el fin de lograr una mejor distribución de la riqueza nacional.⁷

Definiciones. Privatizar: "Transferir una empresa o actividad pública al sector privado."⁸

Privatización Constitucional, defino: La privatización constitucional, es ceder al sector privado o asociado a capital público extranjero, el control o la competitividad o el desarrollo tecnológico de una actividad de una empresa pública propiedad estratégica o no, de la Nación, destinada a desarrollar la independencia nacional proporcionando los elementos e instrumentos en especie o en dinero, para el desarrollo científico, cultural, educativo y democrático de la Nación a partir del principio de autodeterminación de los pueblos, artículos 2°, 3°, 12, 25, 26, 27, 109 y relativos de la Constitución de 1917, hoy vigente.

A partir de la privatización de la economía 1983, cuáles fueron los resultados. México se desarrolló con 52 millones de pobres, con el nuevo tipo de Gobierno Federal Neoliberal, pues creció del 1.2% anual de 1982 al 2013. En contrapartida, en la etapa post-revolucionaria, creció al 3.8% de 1930 a 1940 y del 40 a 1982 al 6.1% anual (INEGI).

Por su parte, el analista Carlos Ramírez, ahonda en lo anterior:

La dimensión de la crisis económica de México debe medirse en función de una sola cifra; el actual modelo de desarrollo y su correlativo Estado solamente alcanzan para proporcionar bienestar al 50% de los mexicanos.

...Pero el dato mayor de la medición de la pobreza que hizo el CONEVAL se encuentra en tres cifras contundentes:

El 51.6% de la población mexicana tiene un ingreso inferior a la línea de bienestar. El 45.5% de los mexicanos se encuentra en situación de pobreza. Y el 23.3% de mexicanos —27.4 millones de personas— padece carencia de acceso a alimentación.

⁷ DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, pp. 44, 207.

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Tomo II, h-z. Madrid, 1992.

Como en economía no hay cifras básicas, el único camino para combatir efectivamente la pobreza —no disfrazarla a atenuarla— es el del crecimiento económico; de 1982 a la fecha, treinta y un años, la tasa promedio anual del PIB ha sido de 2.7%, cuando se necesita una tasa anual consistente de 6.5% para atender a la población.

...Y el origen de ese fracaso se localiza en el hecho de que las élites se han desgastado en debatir el papel del Estado y no el tipo de economía productiva. El periodo del llamado milagro mexicano 1954-1970 por su PIB promedio anual de 6% e inflación de 2% se basó en un acuerdo de economía mixta.⁹

Todo lo anterior, nos refleja una enorme desvinculación entre la Rectoría Económica del Estado y la población que ha sufrido las consecuencias de privatizar la economía, al grado de que se ha llegado a la incongruencia de que dos paraestatales como son la Comisión Federal de Electricidad, CFE, y Petróleos Mexicanos, PEMEX, estén compitiendo entre ellas en aras de conseguir mejores clientes como a continuación se demuestra:

En el foro “El futuro del gas natural” Alejandro Martínez Sibaja, director General de la Subsidiaria PEMEX Gas y Petroquímica Básica (PGPB),

...destacó que la estrategia de Comisión Federal de Electricidad (CFE) para comprar su propio gas natural e incluso convertirse en un comercializador del energético es positiva.

Cuestionado sobre el impacto de perder a la paraestatal eléctrica como un cliente, señaló que será bueno porque se fomentará la competitividad para el transporte y la distribución del gas natural.

Al final los dos somos Estado, somos Gobierno, no tendríamos un comentario. Al contrario, creo que tenemos que fomentar la competitividad precisamente para tener más productividad”, aseguró.¹⁰

De lo anterior también se desprende que la pérdida de la Rectoría Económica del Estado ha provocado una descoordinación entre las distintas Dependencias Federales por fundamentar sus actividades en una supuesta competitividad entre ellas, cuando deberían esforzarse por combinar esfuerzos, potenciar los mismos, planear lo apropiado para el desarrollo de las cuestiones energéticas del país para encontrarle sentido a sus fines que han de derivar hacia la mejoría económica, política, social y científica del pueblo y la República en un mundo globalizado como antes se hacía y que ahora lo olvidamos, cuando Brasil, China, Estados Unidos, Alemania,

⁹ RAMÍREZ, Carlos, “Indicador Político”, Periódico *El Vigía*, sábado 7 de diciembre del 2013.

¹⁰ Periódico *Frontera*, General, p. 17-A. Sección Ensenada, Baja California, jueves 3 de abril, 2014.

etcétera, tienen empresas paraestatales que se integran para competir con otras a nivel mundial. Lo expuesto nos sirve para comprobar que las Reformas Constitucionales que nos ocupan carecen de sentido de progresividad histórica.

5. LIBERTAD LIMITADA

Observemos ahora los efectos de esta autocracia con la siguiente Ley en materia educativa. La Tradición Jurídica Mexicana del Derecho de Audiencia precolombina a la fecha 2013-2014, se elimina de “una plumada”, por la Ley General del Servicio Profesional Docente, (LGSPD), 2013, en contrapartida a la Libertad de Trabajo Constitucional.

El artículo 5° Constitucional, dice: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. En su Quinto Párrafo: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”. En el Sexto Párrafo dice: Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio”. Se deduce del Artículo 5° Constitucional, que alienta la democracia.

El Reglamento de Escalafón Magisterial, que aún sigue vigente desde el 14 de diciembre de 1973, según Google, estimula la superación del Magisterio de lo que hoy se llama Educación Básica (Escuelas Primarias y Secundarias en el Reglamento), para sus ascensos, movilidades e interinatos que cubren diversos factores, como los que señalan sus artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 10, 11, 12, 14, 17, 25, 26, 27, 28 fracciones I a X, 31, 32 y 33. Compararemos la citada Ley del Servicio Profesional Docente y el Reglamento de Escalafón, el cual dice en sus artículos 14 y 17:

Artículo 14. La Comisión Nacional Mixta de Escalafón, es un organismo constituido de conformidad con el Artículo 54 de la Ley Federal de los Trabajadores al Ser-

vicio del Estado, se integra en el presente con dos representantes de la Secretaría de Educación Pública y con dos representantes del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, quienes designarán de común acuerdo a un quinto miembro que tendrá el carácter de Presidente Árbitro, pudiendo aumentarse el número de representantes, de acuerdo con las necesidades del servicio.

...Artículo 17. La Comisión Nacional Mixta de Escalafón se organizará, en el presente, en cuatro grupos, quedando uno a cargo de un Secretario Nacional y, en atención a su propia naturaleza, estudiará y resolverá los asuntos de su competencia en forma colegiada, pudiendo incrementarse los grupos en la medida que se aumente el número de secretarios nacionales.

Comentario: Como puede observarse, el 14 se refiere a los Representantes tanto del Sindicato y del Gobierno y de un Árbitro, en la toma de decisiones magisteriales. En el artículo 17, se habla de decisiones colegiadas.

Ahora observemos la verticalidad anti-democrática de la citada LGSPD en su artículo 1:

La presente Ley es reglamentaria de la fracción III del Artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rige el servicio Profesional Docente y establece los criterios, los términos y condiciones para el Ingreso, la Promoción, el Reconocimiento y la Permanencia en el Servicio.

Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e interés social, y de observancia general y obligatoria en los Estados Unidos Mexicanos.

El marco normativo aplicable en las entidades federativas se ajustará a las previsiones de esta Ley. Los servicios de Educación Pública Básica y Media Superior que, en su caso, impartan los ayuntamientos se sujetarán a la presente Ley. Las autoridades educativas locales deberán realizar las acciones de coordinación necesarias con los ayuntamientos.

Esta LGSPD, es vertical al no respetar el Derecho de Audiencia pues elimina los intermediarios sindicales en abierta contradicción con el Reglamento de Escalafón que los establece. Anula con esa arbitrariedad todo esfuerzo profesional de los maestros, la superación administrativa, competitividad, orgullo de las metas alcanzadas, ser ejemplo de congruencia ante el alumnado y padres de familia. Esta Ley expresa tácitamente la mentalidad de un Gobierno derrotista y dependiente en lo económico, social, cultural y científico, el cual hace extensiva a la sociedad deprimiéndola.

Una paradoja: Este Gobierno autocrático republicano al mismo tiempo, está amedrentado, atemorizado por los Poderes Fácticos. El Diputado Federal Herrera a cuestionamientos que le hicieron otros Representantes

Populares, reconoció que estaba incompleta la Ley del Seguro del Desempleo si se aplicara al trabajador, pues se le descontarán sus ahorros de pensión, vivienda y salud, que no podía hacerse una Reforma Hacendaria que cubriese ese Seguro, pues por la Reforma Hacendaria del 2013, el sector patronal, el Gobierno Federal está acosado y muy presionado.¹¹

6. CONSTITUYENTE AUTO-NEGARSE

Como puede deducirse, el Constituyente Permanente de 1983 a 1996, en ejercicio de sus facultades reformativas, cambió el sentido social y democrático de la Constitución a un sistema individualista constitucional del Siglo XIX, que ahora lo guía.

Mario de la Cueva dice:

¿Cuál es la solución que dará a este problema (reformativo de la Constitución) el derecho mexicano? ...A nadie en México, con mediano conocimiento jurídico puede ocurrírsele que por la vía del artículo 135 pudiera derogarse (la Constitución). Por ese mismo procedimiento es acaso factible volver al latifundio en nuestra patria, se podría terminar con el derecho de huelga. Los artículos 133, 135 y 136 pueden considerarse la envoltura de la Constitución, pues tienen como finalidad definir y asegurar su cumplimiento. Estado de derecho y democracia son propósito y finalidad de toda Constitución.

Por la vía del artículo 135 no puede hacerse todo, he aquí entonces, nuevamente, la pregunta: ¿puede hacerse todo por la vía del artículo 135, si el 136 previene que una Constitución no pierde su fuerza cuando alguna rebelión establece un gobierno contrario a ella, cómo entonces será posible una reforma radical a la Constitución? La revolución por procedimientos jurídicos parece que no tiene vida.

...Por otra parte, el artículo 39 preceptúa que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, de manera que si el Constituyente permanente, haciendo caso omiso de este precepto, reconoce un poder superior a él, rompe con lo establecido en la Norma Fundamental. El Constituyente permanente no podrá decir nunca "niego la soberanía al pueblo", porque en ese instante habrá roto la Constitución y carecerá de facultades para actuar. Podrá, teóricamente, acabar con las decisiones políticas fundamentales, pero no podrá destruirlas. Estas decisiones de referencia son fundamentalmente dos: La idea de representación y la de soberanía".¹²

¹¹ SOLÓRZANO, Javier, Entrevista a los diputados federales Herrera por Durango, Angulo por Chihuahua y Ortiz por el Distrito Federal, 30 de marzo de 2014.

¹² Mario de la Cueva y de la Rosa, pp. 13, 14, 15, 77, 78, 79, 80, 81, 82.

7. TRASTORNO CONSTITUCIONAL

Sin embargo, a pesar de esos cuestionamientos que seguramente conoce el Poder Constituyente Permanente, este Poder constituido ha incurrido en varios trastornos constitucionales. La Constitución Social de 1917, se protege con el Artículo 136 que prescribe:

Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia, en caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanando de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

¿Qué significan los términos *Público*, *Trastornar* y *Trastorno Público Constitucional* en México? “Público: Se dice de la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a privado. Trastornar: 4. Perturbar el sentido, la conciencia o la conducta de uno acercándolos a la anormalidad”.¹³

Pero, ¿qué podría significar trastorno para la Constitución?

Considero que el término Trastorno Público Constitucional del artículo 136 de la Carta Fundamental de 1917, se refiere a evitar que las facultades que otorga el artículo 135 Constitucional al Poder Constituyente Permanente de reformar a la Constitución con el propósito de alcanzar la mejoría del pueblo en sus diversas metas, conforme el artículo 3º Constitucional, se trastoquen, tergiversen o muten el sentido de los Valores y Principios Fundamentales de la Carta Magna de 1917, derivada de la Revolución Social de 1910, que son los siguientes:

1. Derechos del Hombre (Derechos Individuales y Sociales) art. 1º;
2. Rectoría Económica del Estado, artículo 25;
3. Patrimonio del Subsuelo de la Nación, artículo 27;
4. Mantener Áreas y Estrategias Nacionales y Control de los Monopolios, artículo 28;
5. Representación, artículo 40;
6. Federalismo, artículo 40;

¹³ *Diccionario de la Real Academia Española*, Ed. ESPASA. Edición XXI, Madrid, 1992.

7. División de Poderes, artículo 49;
8. Ley Laboral, artículo 123 y
9. Separación del Estado y la Iglesia, artículo 130.

Dicho artículo 136, contiene implícitamente la capacidad del pueblo para restaurar la Constitución Social de 1917, con hechos y escritos como éste.

Libertad de Pensamiento Creativo. Pero la Libertad de Pensamiento Creativo mexicano, impulsa el desarrollo de cosas nuevas o a recrear las existentes. Ejemplos:

Que pasamos del apabullante Virreinato a la Independencia política de México en 1810; que nos liberamos del pensamiento conservador de las Constituciones Centralistas de 1836 y 1843, y nos trasladamos al liberal con las Leyes de Reforma de 1855 a 1859 que se incorporaron después de la Constitución de 1857; que brincamos con estas Leyes de una mentalidad rutinaria, religiosa y económica semifeudal virreinal, a una mentalidad libre económica y políticamente competitiva y creadora al complementarlas con la filosofía positivista en materia educativa federalizada con el Maestro Gabino Barreda en la época de Benito Juárez, 1867-1872; y de crear una solidaridad constitucional sustituyendo el pensamiento liberal de la Carta Magna de 1857, que procreó el sistema individualista porfirista 1867 a 1910, el cual fue derribado con una nueva concepción jurídica-social y de coparticipación económica en la Constitución de 1917.

8. CONTROL JUDICIAL

A pesar de las características de la Libertad de Pensamiento Creativo que ha de conocer el Constituyente Permanente, omite considerarlo en sus facultades reformadoras. La Suprema Corte de la Nación, en base en qué ha de restituir la observancia de la Constitución de 1917.

El Maestro Mario de la Cueva, transcribe ideas ajenas sobre el Poder Judicial, los Derechos Humanos, la realidad histórica, adiciones y reformas y expresa su criterio sobre el poder que tienen las reformas y el papel de la Suprema Corte en este caso.

Paolo Bareli dice:

El poder reformador (Constituyente Permanente), es de la misma naturaleza del constituyente, (Originario) por lo tanto, la diferencia entre ellos no es de esencia,

sino de cantidad, quiere decir, de conjunto de atribuciones: el primogénito (Originario) es siempre innovador, en tanto el vástago cumple una función estabilizadora; el constituyente no tiene limitaciones, pero sí existen para el poder reformador. De ahí la pregunta de cuáles sean.”

... Antes de concluir su ensayo, el maestro de la Universidad de Florencia se pronunció por una cuestión apasionante: el control de constitucionalidad de que disfruta la Corte constitucional se extiende a las normas emanadas del poder reformador.

... Ahondando en el tema, el profesor italiano explica que “mientras la constitución establece un orden total, esto es, un orden de valores en los que afirma una concepción fundamental de la vida social, la revisión adapta a las nuevas exigencias ya una, ya otra norma, bien una, bien otra institución particular, pero sin alterar las líneas fundamentales del sistema”.

De esta diferencia se deduce que en tanto la formación de la Constitución no puede estar sujeta a control alguno, sí puede estarlo la función reformadora, no sólo desde el punto de vista de las formalidades que deben observarse, sino también porque el órgano reformador, que actúa dentro de estos procedimientos no puede proponerse un fin diverso de aquél para el que fueron establecidos... De ahí la posibilidad, ya señalada por Barile, del control judicial sobre los actos del poder reformador, lo que ha de entenderse no sólo en el aspecto procesal, sino también en cuanto a los límites sustanciales de su actividad.

Adicionar. Reformar. De la Cueva, dice:

...a) El pensamiento de José María del Castillo Velasco. El diputado constituyente mexicano (1856-57), habló desde el palacio de los derechos naturales del hombre y de la sociedad, reconocidos por el pueblo en su Constitución, base u objeto de las instituciones políticas, y consiguientemente, intocables por el Estado y aún por el pueblo. Luego de afirmar que el artículo 39 de la Constitución reconoció también el derecho que el pueblo tiene para alterar o modificar la forma de su gobierno, y de declarar que con mayor razón debe tener el de adicionarla o reformarla, propuso su doctrina con la mayor precisión.

Del Castillo, afirmó:

... Pero las adiciones y reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos del hombre no los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y las consecuencias de ella. Y nunca podrán ser de esta manera, porque esos derechos y la soberanía del pueblo son naturales, proceden de la naturaleza del hombre, son condiciones indispensables de su vida y de su desarrollo: porque la libertad y el derecho no son concesiones de la ley ni del gobernante, sino verdades eternas e

inmutables que el gobernante y la ley debe respetar siempre, proclamar siempre y siempre también defender y asegurar.¹⁴

El pensamiento de Castillo Velasco, se anticipó al siglo XX: coincide desde luego con la idea fundamental de Maurice Hauriou, porque los derechos de que habló son la superlegalidad constitucional de la tesis posterior del profesor francés; pero se adelantó también a Carlos Schmitt, pues esos derechos que deben respetarse siempre son las decisiones políticas y jurídicas fundamentales del maestro de Berlín. Por lo tanto, ellos constituyen las limitaciones a la acción del poder reformador.

Emergencias. Afirma De la Cueva:

... Partimos del hecho incontrovertible de que la vida acaba por imponerse siempre a su normación, o para usar las fórmulas marxistas, cuando cambian las estructuras fundamentales de la sociedad y se produce una época de crisis, la única salida es la sustitución o transformación de las estructuras políticas y jurídicas: es posible que en determinadas situaciones, la reforma parcial de una Constitución sea suficiente para superar la crisis, pero es igualmente cierto que en otras circunstancias habrá que suspender la vigencia de la Constitución o destruirla y suspenderla por otra. ... Pero la problemática no queda agotada: ¿Qué hacer en las condiciones de emergencia, cuando una crisis internacional, social, económica o política, ponga en peligro la existencia misma del país, o la paz pública o la economía nacional? ¿Las constituciones de nuestros días, especialmente la nuestra, facultan al poder reformador para resolver el problema? ¿Está capacitado para hacerlo? ... el presidente Juárez se colocó sobre la Constitución y prorrogó su periodo por todo el tiempo que durase la guerra. Cuando los hechos se imponen a su normación, el pueblo y el gobierno deben actuar para salvar a la nación, pero el problema que entonces se plantea no es la reforma de la Constitución por procedimientos jurídicos, sino el de la lucha por la existencia; claro está que los actos realizados quedarán sujetos al juicio del pueblo y al de la historia. Este breve apuntamiento permite una primera conclusión acerca del lugar que ocupa el problema de las reformas a la Constitución: no son los casos de crisis nacional, frente a los cuales el poder reformador es uno de los más impotentes, sino las diversas situaciones, más o menos graves o urgentes que se presentan frecuentemente en la vida de las naciones, las que permiten la intervención del poder reformador.

Atribuciones.

... ¿Hasta dónde llegan las atribuciones de los poderes reformadores? Volvemos a decir que no pretendemos resolver las grandes crisis de la historia, como las

¹⁴ *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, pp. 350 y ss.

revoluciones francesa, rusa, de Ayutla, o como la Revolución Constitucionalista de 1913: ¿Debimos, dentro de esta última, regresar a la Constitución de 1857, y de acuerdo con ella resolver los problemas agrario y de trabajo?

...Nuestra Constitución habla de adiciones o reformas, y Tena Ramírez dio una explicación excelente de esos vocablos: adicionar es agregar algo nuevo a lo ya existente, por lo tanto, es añadir un precepto a una ley ya existente, un precepto armónico que debe subsistir íntegramente la ley...

...Según el mismo autor (Tena), reformar puede significar “la supresión de un precepto de la ley sin substituirlo con otro, o en su acepción característica, la substitución de un texto por otro dentro de la ley existente.

Comento: Al respecto, ya vimos que la autocracia republicana puede reformar la Constitución por conducto del Constituyente Permanente de 1982-2013, aplica sus atribuciones reformativas en forma anti-progresiva hacia el Constitucionalismo Liberal del Siglo XIX.

Ilimitabilidad. Amparo. De la Cueva, sigue:

La tesis de la ilimitabilidad de sus atribuciones rompe el principio de la seguridad jurídica y el sistema de control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pues si el poder reformador puede hacerlo todo, si puede suprimir o cambiar los principios fundamentales de la Constitución, podría suprimir nuestro juicio de amparo y la jerarquía de las normas consignadas en el artículo 133. Sin género alguno de duda, la incondicional subordinación de los poderes estatales, legislativo, ejecutivo y judicial, es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica, pero ¿no es igualmente grave, o tal vez más, que el poder reformador sea elevado a la categoría de autoridad omnipotente?

Amparo. “El artículo 103 de la Constitución establece en su fracción primera que el juicio de amparo es procedente contra las leyes o los actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales. ¿Cuál puede ser la razón para que el término autoridad no rijan los actos del poder reformador? Si como dice Tena, la competencia de este poder es adicionar o reformar, pero “siempre sobre una ley existente”, si por lo tanto, carece de competencia para suprimir la Constitución, ¿cuál es la razón para desestimar la aplicación de la fracción I del artículo 103, cuando su acto va más allá de la competencia que le fijó el poder constituyente? Es cierto que el poder reformador es un poder supraestatal, pero también lo es que constituye un escalón inferior al pueblo, un poder intermedio que presupone la existencia de la Constitución y del poder constituyente; por lo tanto, el

control de la constitucionalidad de sus actos tiene que referirse a la Constitución y al poder constituyente.

Prohibiciones Concretas. “En lo que se refiere a las prohibiciones concretas, no creemos que pueda darse una respuesta absoluta, sino que más bien habrá que considerar cada uno de los casos para determinar si la prohibición quiso enfatizar un principio fundamental o si es un producto de circunstancias transitorias”.¹⁵

9. SUPREMA CORTE, COMETIDOS Y FRAUDES CONSTITUCIONALES

En el apartado anterior, se planteó que el Poder Judicial o la Suprema Corte podían intervenir en las Reformas Constitucionales que sean anti-constitucionales, conforme el Artículo 103 de la Ley Fundamental.

La Suprema Corte, dice:

...A lo largo del siglo XIX y principios del XX esta lucha (Independencia y el Centenario de la Revolución Mexicana) cobró diversos matices, sea por el diferencio ideológico de los partidos en pugna o por las corrientes doctrinales en boga. No todo fue ascenso ni progreso; hubo momentos de crisis profunda y de retrocesos en este afán por hacer de México una sociedad libre y más justa. En 1910, estalló una revolución en la que, tras muchos encuentros y desencuentros de facciones, caudillos y sectores de la población, logró consolidarse el proyecto de un Estado social de Derecho, cuya expresión más acabada fue la Constitución de 1917.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la conmemoración de estos acontecimientos es algo más que una remembranza del pasado... Asimismo, es una oportunidad para dar a conocer al pueblo de México el trascendente papel que han tenido y que han de tener los tribunales del Poder Judicial de la Federación en la conformación y consolidación de nuestras instituciones republicanas. Es, en suma, dar cuenta de los caminos de la justicia en México.” “Comisión para el Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución Mexicana.”¹⁶

Desde el punto de vista del Formalismo Jurídico Constitucional, existe una facultad reformativa sin límites del Poder Constituyente Permanente, como se demuestra con las Reformas sobre la Privatización del Ejido y la Banca, 1992, la Banca, 1991-92, Ferrocarriles, 1997-99, la Libertad Religiosa sin Restricciones, 2011, la Reforma Energética, 2013.

¹⁵ DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, pp. 148 a 174.

¹⁶ FERNÁNDEZ, José Diego, *México Política Experimental*, pp. V, VI.

Hay que comparar lo siguiente: Según el sistema político-liberal del Siglo XIX, los Cometidos Constitucionales eran estos: Proteger la soberanía nacional, cobrar impuestos, proteger el Gobierno la Economía Individualista y los Derechos Humanos Naturales. Pero, a raíz de las complejidades socio-políticas del México Porfirista y del mundo de 1876 a 1910, el Constitucionalismo Mexicano de 1917 derivado de la Revolución Social del 10, se agregaron nuevos Cometidos Constitucionales: La protección y aliento de los Derechos Sociales (laboral, ejidales, cooperativistas, banca nacional e instituciones apropiadas), la Rectoría Económica del Estado, el subsuelo como patrimonio de la Nación, el reconocimiento de la existencia de los sectores social, privado y gubernamental, como partes integrantes de la Nación, etcétera.¹⁷

Ahora esos Cometidos son los Principios Fundamentales Constitucionales de 1917, que distingue el constitucionalista Jacinto Faya Viesca, en la forma siguiente:

La defensa de la soberanía popular y nacional.

La voluntad del pueblo como la única fuente legítima de los Poderes Públicos.

La prevalencia del interés público y social sobre los intereses particulares.

La subordinación de la economía de mercado a los intereses de la Nación, el respeto al principio de Supremacía Constitucional sobre cualquier otro ordenamiento jurídico.

El respeto y fomento a la democracia electoral, representativa, participativa, política y de los Partidos Políticos.

La ampliación de los Derechos Fundamentales del individuo no solamente de los consignados en la Constitución, sino además, de los incorporados en los Tratados Internacionales en los que México ha sido parte. Sin mutar aquella.

El combate a la pobreza como responsabilidad del Estado.

El respeto y fomento al pluralismo político".¹⁸

Elementos Reformatorios. El Bloque Constitucional mexicano, considero que es el siguiente: Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón, 1812, Constitución de Cádiz, 1812, Sentimientos de la Nación de Morelos, 1813, Constitución Apatzingán, 1814, Constitución Federal de 1824, Constituciones Centralistas la Siete Leyes Constitucionales de 1836 y la Ley Orgánica 1843, Acta de Reforma de 1847 para restituir la Constitución Federal de 1824, la Carta Magna Federal, 1857, Leyes de Reforma,

¹⁷ GUERRERO, Omar, *Teoría de la Administración Pública. Estudio Preliminar*, Apartados VI, VII, VIII, IX, X. pp. XXXVI a LI.

¹⁸ FAYA VIESCA, Jacinto, *Teoría Constitucional*, p. 209.

1855-59 y Constitución Social de 1917. En base a lo anterior, pasemos ahora el análisis de la propia experiencia mexicana, para que considere la Suprema Corte, la anulación general de las Reformas que trastornan los Principios Constitucionales Fundamentales de la nación mexicana.

Observemos el Acta de Reforma de 1847, la Moral pública y el Menosprecio a esta última. Al respecto, yo sostengo en general que el más alto Tribunal de la Federación puede y debe anular de pleno derecho aquellas reformas que violentan tales principios: Esto pretendo demostrarlo con los antecedentes constitucionales citados en el Capítulo 1º (Mexicanidad) y actos de la Suprema Corte en 1849, en base al Acta de Reformas a la Constitución Federal, expedida en 1847, que volvió a poner en vigor la Constitución de 1824.

De semejante Acta destaca el siguiente precepto que expresa el artículo 25: "Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la república, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare".

En base al Principio Constitucional de la Defensa de los Derechos Constitucionales que cita el Artículo 25 transcrito, se otorgó el 13 de Agosto de 1849, el Primer Amparo por parte del Poder Judicial Federal al Sr. Manuel Verástegui en el Juzgado de Distrito de San Luis Potosí, por el Juez Pedro Sámano, a pesar de que no existía la Ley Orgánica que otorgase tal protección. Al efecto, los Gobernadores de San Luis Potosí, Nuevo León, Durango, Tamaulipas, Coahuila, Sonora, Sinaloa, Querétaro, Puebla, Guanajuato, Michoacán y Jalisco, se expresaron en contra de dicho otorgamiento del Amparo por estimar que contradecía varios principios constitutivos del sistema de Gobierno y soberanía de los Estados, pero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de esa época, 1849, apoyó al Juez Sámano.¹⁹

Progresividad. En consecuencia, racionalmente puedo deducir del contexto de tal Artículo, que el Poder Judicial Federal amparará a cualquier habitante de la república, en el ejercicio y conservación de los de-

¹⁹ ARIZPE NARRO, Enrique, Magistrado, *La Primera Ley de Amparo*, pp. 25, 26, 45, 51 y 52.

rechos que le conceda la Constitución, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto a mi juicio significa que la frase “contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo ya de la Federación, ya de los Estados” incluyen las alteraciones que sufra la Ley Fundamental por parte del Poder Constituyente Permanente, que trastornen, cambien el alcance significado de los Principios Constitucionales Fundamentales que el pueblo en su evolución política, social y económica se ha dado para su desarrollo en forma progresiva. ¿Qué es la progresividad?

“Los derechos humanos son progresivos, es decir, que una vez que se ha logrado un avance en el ejercicio y tutela de un derecho, no puede éste después limitarse o restringirse, sino que se debe de seguir avanzando en su cumplimiento”. Según la definición de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco en 2014.

Además, considero lo siguiente: Que el Amparo Verástegui de 1849, refleja no sólo la inoperatividad del formalismo jurídico, sino la progresividad judicial mexicana en materia de impartición de justicia y eficiencia de los Derechos Humanos desde esa época, lo cual ahora se ratifica ahora con la Reforma del artículo 1° en el 2011, que alude a dicha progresividad.

Moral Pública. Esa progresividad también es parte de la Moral Pública mexicana. “En la actualidad se acepta que la moral pública está formada por un conjunto de valores comúnmente aceptados por la sociedad, a cuya formación concurren los diferentes, e incluso contradictorios, valores de los distintos grupos ideológicos, políticos y religiosos existentes en su seno. Estos valores no son estáticos, sino que son dinámicos, en el sentido de que cambian con el tiempo y el espacio, de forma que lo que se considera valioso en un momento y en un país determinado, puede que en otro tiempo o en otro país no lo sea, y viceversa”.²⁰

En el 2013, se reformaron los Artículos 25, 27 y 28 a fin de que el Estado mexicano perdiera la Rectoría Económica del mismo, al ceder el control de la exploración, distribución y transformación del petróleo en distintas sustancias en beneficio económico y político de los sectores privados nacionales y extranjeros. Esto es congruente con la Reforma del Estado, Capítulo 2°. Esto viola el Artículo 12 Constitucional, el cual señala que están prohibidas las prerrogativas a las personas y grupos.

²⁰ ORGAZ, Arturo, *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, Ed. Assandri, Córdoba, Argentina. 1961, p. 181.

Menosprecio. Todo lo anterior, estimo que es indiscutible que altera y distorsiona la soberanía y la autodeterminación del pueblo mexicano al comparar los distintos Cometidos Constitucionales del Siglo XIX con los del Siglo XX arriba transcritos e involucrar en el Siglo XXI al individualismo del Siglo XIX, llamado hoy Sistema Neoliberal. Este ya está y estaba superado desde 1917, de acuerdo con los criterios de la Moral Pública. Esta ha sido menospreciada y depreciada por los diversos Titulares del Poder Ejecutivo Federal al plantear las Reformas Constitucionales como las señaladas a lo largo del escrito. En el 2013, se planteó la Reforma en materia Energética como se señala en el Párrafo anterior a este, el cual fue avalado por el Tercer Órgano del Constituyente Permanente, los Congresos Estatales, al contabilizarse en un término de 72 horas con 17 votos de los mismos, que hacían mayoría para tal Reforma. Esto comprueba además la precipitación, falta de análisis y de sopesamiento de las consecuencias históricas por parte de los tres Órganos del Constituyente Permanente: la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores y los Congresos de los Estados (Capítulo 7°).

Causas del Trastorno. ¿Cuál es la motivación para los Fraudes Constitucionales y su mecanismo? La Escuela de la Exégesis y Fraude Constitucional.

La Escuela de la Exégesis fue un movimiento de interpretación del derecho que se gestó en Francia después de la publicación del Código Civil de Napoleón de 1804 y tuvo su auge en el siglo XIX, sus postulados consistían en la interpretación de la norma por la norma misma, exaltando el derecho escrito, dándole preeminencia al texto de la ley por sobre otros planteamientos y manteniendo una mentalidad antehistórica (o, sea, no tomar en cuenta la evolución político-social y económica del pueblo), en la creación de la norma, el texto leído es obra del jurista francés Bonnacase.²¹

Recordemos que el Artículo 41 de la Carta Magna, señala que el pueblo ejerce soberanía por medio de los Poderes de la Unión. Considero que este precepto fue violado al convertirse esos Poderes Ejecutivo y Legislativo Federales, en Grupo de Presión, para lograr sus reformas de referencia.

²¹ Internet: Blog: El Conocimiento. Fernando UI. La Escuela Francesa de la Exégesis y la Escuela Histórica de los Métodos Dogmáticos. Lunes 24 de Mayo, 2010.

Fraudes Constitucionales Concretos. Veamos los casos concretos de Reformas Constitucionales destructivas de los Principios Constitucionales Fundamentales. (Capítulo 8°, In Fine).

Bajo protesta de decir verdad, envié un Análisis al Poder Ejecutivo Federal y Cámara de Diputados, para impedir la privatización de la Rectoría Económica del estado por el Poder Constituyente Permanente, en base a su Exposición de Motivos en materia energética, de la cual transcribo los párrafos 20 y 35 y su consiguiente Fraude Constitucional.

Párrafo 20. “La Constitución de 1917 plasmó en su artículo 27 el régimen de la propiedad y dentro de éste, el dominio de la Nación de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes del terreno, entre otros, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos. Dicha disposición facultaba al Gobierno Federal a otorgar concesiones, figura bajo la cual los particulares podrían aprovechar bienes del dominio de la Nación, con la condición de que se establecieran trabajos regulares para la explotación de dichos elementos. Así, se preveía la posibilidad de que los particulares extrajeran para su aprovechamiento el petróleo y demás hidrocarburos, bajo la figura de la concesión.

...Párrafo 35. “Este régimen subsistió cerca de 20 años y es hasta 1958, año en que se expidió una nueva Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, que se eliminó la posibilidad de celebrar contratos con particulares en la explotación que lleva a cabo el Estado y reservó todas las actividades de la industria petrolera sólo a Petróleos Mexicanos o a cualquier otro organismo que se estableciera en el futuro. Así fue eliminada la contratación como medio a través del cual la Nación puede llevar a cabo la extracción de los hidrocarburos, y mediante reforma a la Constitución del 20 de enero de 1960, se incorpora la prohibición de contratos en esta materia en el artículo 27 constitucional.

De los párrafos 20 y 35 deduzco: El fraude a los Cometidos Constitucionales mexicanos los cuales son dispositivos para mantener la soberanía popular, la libertad religiosa y la libertad personal, de los Derechos Individuales y Derechos Sociales del Capítulo Constitucional respectivo, alegando su extensión garantista de esos derechos, para tergiversar sus finalidades y valores sociales y de solidaridad y libertad de conciencia, para proteger intereses económicos particulares, mediante la citada reforma, al promover la pérdida de la Rectoría Económica del Estado y pasarla a los particulares y romper la autodeterminación de la Nación.²²

²² CONCAAM. Análisis #75. Trastorno Constitucional. Reforma Energética. Septiembre 11, 2013.

En relación a los Fraudes que presento, son enunciativos, no limitativos, y se refieren a los casos concretos que la Teoría Constitucional Mexicana plantea para anular las Reformas Anti-Constitucionales a los arriba descritos Principios Fundamentales o Cometidos Constitucionales de la Carta Magna (capítulos 8° final y 9° inicio).

Fraude Constitucional Genérico. Defino: El fraude constitucional de los Legisladores de los Tres Órganos del Constituyente Permanente, de utilizar sus facultades reformativas del Artículo 135, para cambiar el contenido fundamental de algún precepto de la Carta Magna de 1917, que garantiza la superación de la democracia del Artículo 3° Constitucional, como mecanismo para cambiar los fines sociales y de solidaridad y Rectoría Económica del Estado de la Carta Magna, a beneficiar grupos específicos, religiosos, económicos, etcétera, como los señalados en las Reformas de los artículos 3°, 24, 25, 27, 28 Constitucionales, violando el artículo 12 Constitucional, que prohíbe las prerrogativas ó privilegios a grupos y viola la democracia social, política, cultural, científica del artículo 3°.

Suprema Corte. Reformas Anti-Constitucionales. Ante esos elementos para una presunta anulación de las citadas Reformas Constitucionales, ¿cuál es el papel determinante de la Suprema Corte, en su carácter de Tribunal Constitucional?

Morelos dijo: “El gobierno democrático es el dimanado y sostenido por el pueblo para su justicia, educación y libertad y un Tribunal que lo ampare y proteja”. Congreso de Chilpancingo, (13 de septiembre de 1813).

Jueces. El Maestro Universitario de Florencia, Dr. Paolo Bareli, afirma las conductas de los Jueces: “El Juez ha conocer los hechos de la realidad social. ...El juez dejado solo ‘Frente de su conciencia’ fuera de la dialéctica pública, tiene más probabilidades de quedar prisionero de sus antiguos prejuicios y de los canales informales de condicionamiento”.

...La independencia no es suficiente para garantizar al juez una cultura indispensable. De nada serviría la independencia del poder político, si el juez no lograra liberarse de la sujeción a la clase dirigente a la cual está, en forma inconsciente e insidiosa, ligado por pertenecer a dicha clase, por la educación y valores con los cuales ha sido socializado desde la infancia por las escuelas, las relaciones familiares y profesionales, los periódicos que compra (Cardozo). Esta dependencia ideológica

del Juez se revela particularmente frente al alto grado de intensa conflictualidad, típica de la sociedad contemporánea. ...Y para interpretar la Constitución es necesario entender que bienes ella ha querido tutelar: interpretación por consiguiente seguramente política. El juez deviene Juez de la ley, antes que Juez de la causa".²³

CONCLUSIONES

Primera. La autocracia republicana y el formalismo jurídico pueden cambiar los Principios Constitucionales como sucedió al sustituirse la Constitución de 1824 por la Centralista de 1836 y actualmente la Constitución Solidaria de 1917 a una Individualista de 1982 al 2013. Cómo puede anularse lo anterior.

Segunda. La nueva definición del papel del Estado mexicano desde 1983 y su justificación ideológica de 1996, ha generado en los Gobernantes una mentalidad dependiente y convertido a la sociedad en pasiva, salvo sus contadas excepciones.

Tercera. Algunas Reformas a la Carta Magna de 1917, sin racionalidad histórica alguna, se apegan a la Escuela de la Exégesis, que la Constitución para nada señala específicamente los Principios Fundamentales que son intangibles, como lo hacen las Constituciones Alemana, Turca, Italiana, Noruega, etcétera, que el Poder Constituyente Permanente actual se conduce como un Grupo de Presión por la partidocracia y el espíritu de partido y que utiliza el Fraude Constitucional, para tergiversar la historia política-económica de México y temer a los Poderes Fácticos.

Cuarta. (Tena) señaló, dice De la Cueva, "que el poder reformador no puede tocar aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que una Constitución exista..."

Quinta. Recordemos a Del Castillo Constituyente de 1856-57, que dijo: "Pero las adiciones y Reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los Derechos del Hombre ni los Derechos de la Sociedad", pero, ha sucedido mediante los citados Fraudes Constitucionales de la Nación mexicana de 1982 al 2013".

Sexta. El reto histórico-jurídico y Moral Pública del actual Tribunal Constitucional, es si tomará en cuenta el sentido de la citada progresividad de los Derechos Humanos del Artículo 1º Constitucional, que existen

²³ FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Función Judicial*, pp. 81 y 82.

Fraudes Constitucionales concretos que pueden anularse conforme a derecho constitucional mexicano, que definí el Fraude Constitucional Genérico, el cual servirá de parámetro para anular o validar las Reformas ajenas al proceso histórico constitucional de México.

Séptima. Por lo expuesto, surge dicha "Anulabilidad debido a la incapacidad personal ...falta de buen juicio, anulabilidad debida a circunstancias que rodearon el acto (coerción, fraude, etcétera) y anulabilidad debida al contenido de la promesa (Contraria al Derecho o a la Moral), Concepto de Validez, Alf Ross.

Octava. En caso contrario, pregúntense ¿si violarán las características de los Jueces que expresó o la conducta que les planteó Paolo Bareli, y lo expuesto en la conclusión anterior? por actuar ese Alto Tribunal fundamentándose en el formalismo jurídico mexicano.

Novena. El término para presentar el Amparo, la Demanda de Anulación de lo señalado o la controversia constitucional que corresponda, carece de tiempo al tratarse de mantener la observancia de la Carta Magna y remontar los trastornos constitucionales, pues ante esas crisis de Reformas Anti-Constitucionales, ha de actuarse como Juárez lo realizó: Por salvar la República contra la Invasión Francesa, 1862-67, omitió realizar elecciones políticas en esa etapa, actuando por encima de la Constitución y simultáneamente apegándose a la misma que se guía por la soberanía del pueblo para salvar el país. Juárez y los Liberales de su época, supieron resolver esta paradoja. ¿Y nosotros? Yo, sí.

BIBLIOGRAFÍA

- Apuntes de Derecho Constitucional Mexicano*, México, Imprenta de Gobierno, 1871.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- ARIZPE NARRO, Enrique, *Primera Ley de Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- DE LA CUEVA, Mario, *Curso de Derecho Contitucional*, Poder Judicial de la Federación-SCJN, México, 2012.
- DE LA MADRID HURTADO, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Capacitación Política-PRI, 1982.
- FAYA VIESCA, Jacinto, *Teoría Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2002.

- FERNÁNDEZ, José Diego, *México Política Experimental*, Edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Función Judicial*, México UNAM, 1977.
- Fondo de Cultura Económica, México *50 años de Revolución*, México, 1960.
- GUERRERO, Omar, *Teoría de la Administración Pública*. Estudio Preliminar, León Cortinas Peláez, México UNAM, 1986.
- ORGAZ, Arturo, *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, Argentina, Ed. Assandri, 1961.
- ROQUE VILLANUEVA, Humberto, *Estrategia Económica y Legislación*, México, Cámara de Diputados, 1996.
- ROSS, Alf, *Concepto de Validez*, México, Ed. Distribuciones Fontanara, 1991.

ESTUDIO SISTEMÁTICO, ANALÍTICO Y PRAGMÁTICO DEL RECURSO DE QUEJA EN LA NUEVA LEY DE AMPARO

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunos cambios sustanciales del Juicio de amparo*. III. *El principio de impugnación procesal*. IV. *El recurso de queja en lo general*. V. *El recurso de queja en la nueva Ley de Amparo*. VI. *En amparo indirecto*. VI.1. *Resoluciones vinculadas con la demanda de amparo*. VI.2 *En relación con la suspensión*. VI.3. *En relación con el carácter de tercero interesado*. VI.4 *Durante el trámite del amparo*. VI.5. *Incidente de daños y perjuicios*. VI.6. *Exceso o defecto en la ejecución de la suspensión provisional o definitiva*. VI.7. *Cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo*. VII. *Recurso de queja en amparo directo*. VII.1. *Trámite de la demanda de amparo*. VII.2. *Suspensión y fianzas*. VII.3. *Incidente de reclamación de daños y perjuicios*. VII.4. *Libertad caucional del quejoso*. VIII. *Plazo de interposición del recurso de queja y sus excepciones*. IX. *Autoridad ante quien se interpone el recurso*. X. *Escrito de expresión de agravios*. XI. *Trámite y resolución del recurso de queja*. XII. *Suspensión del procedimiento principal*. XIII. *Efectos de la sentencia estimatoria en el recurso de queja*.

I. INTRODUCCIÓN

En época reciente, nuestro país se encuentra inmerso en una serie de cambios jurídicos relevantes; por una parte, la existencia de varios fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales han repercutido en diversas condenas sobre el Estado Mexicano *como ejemplo el caso Radilla Pacheco*; y por otra parte, las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, “en alguna medida auspiciadas por los propios fallos del indicado Tribunal Trasnacional”, cuyas resoluciones en lo destacable han incluido la protección de los Derechos Humanos (artículo 1° de la Constitución), tanto los contemplados en dicho documento normativo, como los previstos en los tratados internacionales de la materia.

Dentro de estos cambios, también se ha producido un nuevo diseño constitucional del juicio de amparo mexicano (artículos 103 y 107 de la Constitución Federal), en la Nueva Ley de Amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013, si bien, la reforma en este sentido no fue con la apertura y alcance esperados; resulta significativa la inclusión de varias figuras novedosas para nuestro medio, de cierto modo acostumbrado a un sistema tradicional de protección de garantías individuales, traducido ahora en un sistema de protección de los Derechos Humanos.

II. ALGUNOS CAMBIOS SUSTANCIALES DEL JUICIO DE AMPARO

Entre algunos de los cambios significativos del juicio de amparo, podemos encontrar:

1. **Los Derechos Humanos.** La ampliación de la esfera de protección de los derechos, al incluirse los Derechos Humanos previstos en los tratados internacionales, los cuales ahora son objeto de protección directa.
2. **Legitimación.** Se otorga la calidad de parte agraviada a quien tenga un interés legítimo, y ya no necesariamente jurídico.
3. **Autoridad responsable.** Se amplía el concepto de la autoridad responsable, ya que ahora en ciertos casos, y bajo ciertas condiciones también lo pueden ser los particulares.
Aunado a que, el juicio de amparo procede tanto contra actos positivos como por omisiones.
4. **Suspensión.** A partir de un análisis ponderado, no se otorgarán suspensiones del acto reclamado que causen más perjuicios sociales que beneficios para el quejoso.
5. **Efectos generales de los fallos a las sentencias.** Se dota de efectos generales a las sentencias de inconstitucionalidad de una norma general por parte de la SCJN, con lo cual ahora se pueden tutelar los derechos de todas las personas, aun cuando no hayan acudido al amparo.
6. **Precisión de los efectos las sentencias.** La sentencia de todo "amparo para efectos" señalará con precisión los términos en que deba cumplirse.
7. **Uso del expediente electrónico.** Las promociones de juicio de amparo podrán efectuarse en línea, mediante el uso de la Firma Electrónica.

Se incorpora la tecnología a la tramitación de los juicios de Amparo, hecho que transforma la manera tradicional de la tramitación de los juicios de Amparo y es que ahora, existe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales reciban promociones, documentos, comunicaciones, así como enviar a los interesados y poner a su disposición los acuerdos, resoluciones y sentencias relacionadas con sus asuntos, por la vía electrónica.

8. **Abolición de la figura de la caducidad de la instancia.** Desaparece la caducidad de la instancia, lo que obliga a los órganos jurisdiccionales a resolver el fondo del asunto.
9. **La creación del juicio de amparo adhesivo.** Una de las innovaciones más importantes de la nueva Ley de Amparo, es la creación del juicio de amparo adhesivo, mediante el cual el tercero interesado puede adherirse al juicio de amparo principal haciendo valer violaciones procesales o a sus Derechos Humanos, que pudieran afectar sus intereses, o bien realizando argumentaciones para sostener la legalidad del acto impugnado.
"En la Ley de Amparo anterior, dicha figura se reservaba de manera exclusiva para el recurso de revisión".
Con la inclusión del amparo adhesivo se busca limitar la interposición de juicios de amparo adicionales en contra de los cumplimientos de ejecutorias.
10. **Plenos de Circuito.** Se crean los denominados "Plenos de Circuito", a fin de que las contradicciones de tesis al interior de un mismo circuito, sean resueltas a través de los plenos, en tanto, las contradicciones de los distintos circuitos podrán ser resueltas en definitiva por la SCJN.
11. **El recurso de queja.** Se acortan los plazos para la interposición del recurso de queja, de cinco a dos días, y se elimina el plazo de un año para su interposición contra los actos de las autoridades responsables que hayan sido del conocimiento de los Tribunales Colegiados, limitándolo a diez días, contados a partir de que la autoridad responsable hubiera dado cumplimiento.
Bajo este contexto, el propósito del presente artículo es exponer un punto de vista acerca de la conformación estructural y de contenido actual del recurso de queja dentro de la "Nueva Ley de Amparo"; al efecto, como se puede constatar del estudio de la reforma Constitucional y de los artículos de la actual Ley Reglamentaria, específicamente

en cuanto a la procedencia del juicio de amparo directo e indirecto, es notable el cambio en cuanto algunos de sus principios fundamentales, lo cual es ajeno al presente artículo;¹ no obstante, a continuación se emprenderá el estudio del recurso en cuestión, teniendo como eje orientador la óptica de la teoría general del proceso, la cual, como sabemos, es integral y abarca a todos los medios de impugnación, incluyendo, a los existentes dentro del juicio de amparo.

III. EL PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN PROCESAL

Dentro de la teoría procesal, uno de los principios esenciales, como bien lo enuncia Devis Echandia, lo constituye *el principio de impugnación*,² el cual tiene su fundamento en la posibilidad que al desarrollarse el juicio pueden existir desaciertos en la actuación del juez, cuyos actos pueden resultar lesivos para los intereses o derechos de alguna de las partes, en este sentido, el sistema debe contemplar ciertos remedios procesales conocidos en la generalidad como recursos para enmendar los errores o vicios en que se haya incurrido, de acuerdo con la naturaleza del acto y la clase de funcionario que lo haya dictado.

En el caso, debe señalarse que, los estudiosos del tema hacen una breve distinción entre lo que debe considerarse como recursos y medios de impugnación. La diferencia radica en estimar a unos como “continentes”, y a los restantes como “contenidos”, lo que parece ser el punto de vista coincidente, en lo general entiende que los medios de impugnación serían el continente y, por su parte, cualquier clase de recurso y diversas herramientas de defensa, por supuesto el contenido.

Al respecto, Cipriano Gómez Lara,³ señala que la expresión medios de impugnación es mucho más amplia que el término recurso; lo cual conduce a que “todo recurso es un medio de impugnación; más no todo medio de impugnación es un recurso”, así, básicamente los medios de impugna-

¹ Debe recordarse, la reforma de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011, introduce entre otros cambios, la violación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; la supresión del interés jurídico por el interés simple, y en ciertos casos la declaratoria genera de inconstitucionalidad de una norma.

² DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, primera reimpresión. pp. 74 y 75.

³ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Oxford, Sexta Edición, 2003. p. 195.

ción contendrían a los recursos que, en su generalidad, son precisamente reglamentados en una ley procesal.

En el caso del proceso constitucional de amparo, es de un conocimiento general, que constituye una herramienta jurisdiccional útil para la protección de los derechos fundamentales —que en nuestro medio jurídico antes conocíamos como garantías individuales—, y podemos decir que el juicio de garantías en lo general participa de las características esenciales de todo proceso, esto es, si éste se conceptúa como “el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral, o contencioso-administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todo los casos (civiles penales, etcétera)”⁴.

Luego, bajo esa misma línea de pensamiento, a nuestro juicio constitucional, lo concebimos como el conjunto de actos coordinados desarrollados bajo la directriz de los ministros, magistrados y jueces federales, en su respectiva órbita de competencia, cuyo fundamento se encuentra en un escrito inicial denominado “demanda de amparo”, en donde esencialmente se exige la exposición de un acto reclamado (un acto u omisión de la autoridad, o una norma general, que produzca la violación de algún derecho humano previsto en la Constitución o bien, en un tratado internacional, de acuerdo con el contenido actual de los artículos 1, 103 y 107 de la Carta Magna Federal); el señalamiento de la autoridad responsable, (que en algunos casos puede recaer en un particular y no en un órgano del Estado), y de conceptos de violación por quien se considera agraviado, en cuyo estudio se debe privilegiar la causa de pedir.

Luego, “el amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio ante el Poder Judicial Federal y que tiene como materia, leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en los Estados o viceversa y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la

⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *op cit.* p. 155.

reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación”.⁵

IV. EL RECURSO DE QUEJA EN LO GENERAL

En este contexto, como en todo proceso, en el juicio de amparo deben existir los también llamados “remedios procesales”, que son precisamente los incidentes y recursos contemplados en la ley reglamentaria, entre ellos, el de revisión, queja y reclamación (*aunque el numeral 80 ahora también prevé la inconformidad como un recurso, acotado al cumplimiento de sentencia*), los cuales resultan oponibles por cualquiera de las partes en el juicio constitucional, dependiendo del momento, instancia y lesión causada, a efecto de enmendar o corregir la actuación del juzgador de amparo, bien sea un ministro del Alto Tribunal de Justicia —actuando como presidente o formando parte del pleno respectivo—, un magistrado de circuito —ejerciendo su función como órgano unitario, cuando actúa como órgano de control de la constitucionalidad, o presidente o integrante del pleno del órgano colegiado— y finalmente, el juez de distrito.

Ahora bien, concretamente, sobre el recurso de queja, es en lo general un medio de impugnación, pero técnicamente, un recurso, e incluso, en algunos casos y por ciertos juristas, puede ser estimado como un incidente.

El recurso de queja atendiendo a sus raíces etimológicas, encontramos que proviene del verbo “quejar”, y éste a su vez del latín *coaetiare*.⁶ De este modo, acercándonos a una definición más próxima, podemos señalar que en su acepción más importante es un recurso oponible contra determinadas resoluciones judiciales en contra de las cuales resulta improcedente el recurso de revisión (el cual por su estructura es oponible frente a las resoluciones de fondo, o de una relevancia mayor en el juicio de amparo).

El recurso de queja se puede entender como una especie de *imputación* contra la actuación de ciertas autoridades, no sólo las que tramitan el juicio de garantías, si no, por ejemplo, contra el indebido cumplimiento atribuible a una autoridad responsable de una ejecutoria en donde se conceda la protección constitucional o la suspensión provisional o definitiva.

⁵ OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo. *El Amparo Penal Indirecto*, Ed. Porrúa, 5ª edición, México 2005. P. 2

⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Ed. Porrúa y la Universidad Nacional Autónoma de México, 8ª edición. México 1995, letras P-Z. p. 2644.

Dentro del derecho positivo, el recurso de queja puede ser visto desde dos aspectos fundamentales: *la queja como recurso* y *la queja como incidente*. En el primer caso, tiene como materia la impugnación de resoluciones judiciales con el fin de modificarlas o revocarlas. En tanto, en el segundo supuesto se contempla el caso de exceso o defecto en la ejecución de diversas resoluciones judiciales.⁷

V. EL RECURSO DE QUEJA EN LA NUEVA LEY DE AMPARO

Una vez sentados algunos comentarios en torno al tema, el artículo 97 de la Ley de Amparo vigente, señala:

El recurso de queja procede:

I. En amparo indirecto, contra las siguientes resoluciones:

- a) Las que admitan total o parcialmente, desechen o tengan por no presentada una demanda de amparo o su ampliación;
- b) Las que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional;
- c) Las que rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes;
- d) Las que reconozcan o nieguen el carácter de tercero interesado;
- e) Las que se dicten durante la tramitación del juicio, o del incidente de suspensión, que no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; así como las que con las mismas características se emitan después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional;
- f) Las que decidan el incidente de reclamación de daños y perjuicios;
- g) Las que resuelvan el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido al quejoso la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado; y
- h) Las que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo;

II. Amparo directo, tratándose de la autoridad responsable, en los siguientes casos:

- a) Cuando omita tramitar la demanda de amparo o lo haga indebidamente;
- b) Cuando no provea sobre la suspensión dentro del plazo legal, conceda o niegue ésta, rehúse la admisión de fianzas o contrafianzas, admita las que

⁷ NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, Tomo II, Ed. Porrúa, 6ª edición, México, 2000, p. 948.

no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes;

- c) Contra la resolución que decida el incidente de reclamación de daños y perjuicios; y
- d) Cuando niegue al quejoso su libertad caucional o cuando las resoluciones que dicte sobre la misma materia causen daños o perjuicios a alguno de los interesados.

Un primer aspecto novedoso que se debe destacar del actual cuerpo normativo, en los supuestos de procedencia del recurso de queja radica en su clasificación en dos apartados; el primero, prevé las resoluciones objeto del recurso dictadas en amparo indirecto, y el segundo, contiene los casos a actualizarse en amparo directo, tratándose del actuar de la autoridad responsable; con esta distribución, desde mi punto de vista, el legislador pretende dar mayor claridad a cada supuesto de procedencia y evitar confusiones, pues separa cada uno de los supuestos atendiendo a la autoridad emisora de la determinación impugnada.

El artículo correlativo de la Ley de Amparo anterior, combinaba los casos previstos en cada fracción, sin un orden lógico, pues en las fracciones I, V, VI y XI, refería determinaciones dictadas por el juez de distrito; en las fracciones II, III, IV, VIII y IX, a las emitidas por las autoridades responsables, y las contempladas en las diversas VII y X, simplemente no se precisaba el órgano que las dictaba, por ello, ahora se advierte mayor orden y precisión en la fijación de cada supuesto de procedencia del recurso, ya sea respecto de actuaciones dictadas en el juicio de amparo indirecto o directo.

También se debe señalar que el cambio precisado es notable, porque en la aplicación de la anterior ley, se presentaban casos en los cuales no se indicaba con exactitud si procedía el recurso de queja o el de revisión contra el desechamiento parcial de la demanda de amparo, el desechamiento de la ampliación de la demanda o el auto que tiene por no interpuesta parcialmente la demanda; en todos ellos, se sostuvo la procedencia el recurso de queja, con apoyo en el artículo 95, fracción VI, de la ley de la materia, porque el recurso de revisión sólo procedía contra el auto que desechaba o tenía por no interpuesta la demanda de amparo indirecto en su totalidad (artículo 83, fracción I, de la Ley de Amparo abrogada).

VI. EN AMPARO INDIRECTO

VI.1 Resoluciones vinculadas con la demanda de amparo

- a) Las que admitan total o parcialmente, desechen o tengan por no presentada una demanda de amparo o su ampliación.⁸

En esta hipótesis podemos ubicar al recurso de queja en su contexto de un verdadero *recurso*, es decir, indudablemente tiene como finalidad revocar o modificar la resolución del juez de Distrito, en aquellos casos en que admita total o parcialmente, deseche o tenga por no interpuesta la demanda de amparo o su ampliación.

Para su examen, se dividirá en los siguientes puntos:

A) *Queja contra la admisión total o parcial de la demanda o su ampliación*

El texto actual incluye la posibilidad de recurrir la admisión "parcial" de la demanda. Ello implica un cambio significativo, pues da pauta para impugnar ya sea una admisión integral de la demanda (todos los actos y todas las autoridades responsables designadas), o bien parcial (sólo por un acto o autoridad), la ley abrogada sólo hacía referencia a la "admisión", sin prever expresamente la aceptación fragmentada del escrito inicial; el segundo punto innovador de este supuesto en estudio, radica en la posibilidad de impugnar la admisión total o parcial de la "ampliación de la demanda constitucional", ya que en la normatividad anterior, sólo se enunciaba la aceptación del ocursio inicial o principal de amparo y, como tercer punto a enfatizar, es que en la legislación vigente se eliminó la expresión "...en que admitan demandas **notoriamente improcedentes**", supresión que, como se verá con posterioridad, abre la posibilidad de cuestionar la admisión de

⁸ Esta hipótesis está relacionada con las contempladas en los artículos 95, fracción I, y 83, fracción I, ambas de la Ley de Amparo abrogada, que establecían:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente: I.- Contra los autos dictados por los jueces de Distrito o por el superior del tribunal a quien se impute la violación reclamada, en que admitan demandas notoriamente improcedentes.

Artículo 83.- Procede el recurso de revisión:

I.- Contra las resoluciones de los jueces de Distrito o del superior del Tribunal responsable, en su caso, que desechen o tengan por no interpuesta una demanda de amparo.

una demanda o ampliación, parcial o total, no únicamente por considerarla notoriamente improcedente, si no por diversas razones.

El quejoso está legitimado para cuestionar a través de esta hipótesis de procedencia, la parte conducente del auto combatido en donde se le desechó su escrito inicial o la adición en forma total o parcial; el tercero interesado, en cambio, estaría legitimado para impugnar, al considerar que no debió admitirse, total o parcialmente la demanda o su ampliación; por su parte, la autoridad responsable podrá cuestionar válidamente, en su caso, la parte del acuerdo relativo donde se admita el acto que a ella se le atribuya, sea al proveer la demanda o la ampliación, mientras que el ministerio público federal podrá recurrir cualquiera de tales hipótesis cuando estime que haya ilegalidad por parte del juzgador de amparo.

Visto de otra manera, si se estima que causa agravio el proveído del juez de Distrito, o del magistrado de tribunal unitario, mediante el cual se admite "totalmente" la demanda de garantías o la ampliación, dicha resolución no causa perjuicio alguno al quejoso; empero, tal decisión pudiera emitirse en detrimento de quien persigue un interés opuesto, por ejemplo, el o los terceros interesados, la autoridad emisora del acto respecto del cual se hubiere admitido, o la representación social, quienes válidamente estarían en aptitud legal de impugnar la admisión total de la demanda o su ampliación, o bien la resolución en el apartado atinente a los actos respecto de los cuales se hubiere admitido, ello ante el evento de un desechamiento parcial.

La legislación vigente suprime la expresión "...en que admitan demandas notoriamente improcedentes", lo cual, permite cuestionar "la admisión" de una demanda o ampliación, sea parcial o total, no únicamente por considerarla notoriamente improcedente, si no por otras cuestiones, como ejemplo, cuando el juez de distrito previo a admitir, debió necesariamente requerir al quejoso para aclarar la demanda, según lo prevé el artículo 114 de la ley de la materia vigente, siendo que, en su caso, la prevención correspondiente tendría que llevar el requerimiento de tenerla por no presentada, si no se cumpliera dentro del plazo de 5 días.

De ahí, existe la posibilidad de interponer el recurso de queja contra la admisión de la demanda de amparo, a pesar de no alegarse que era notoriamente improcedente —entendiéndose por ello, cuando se actualiza una causa de improcedencia manifiesta e indudable—, pues como se ha dicho, si se demuestra en el recurso de queja la deficiencia en la elaboración de

la demanda o en sus anexos, ello revelaría que el juez de distrito actuó mal al admitir la demanda, ya que previamente debió requerir, en atención a lo dispuesto en el mencionado numeral 114.

El ejemplo en comento obedece no a una simple deficiencia de redacción de la demanda de amparo, sino a la existencia de alguna irregularidad en tal escrito, pues pudiera existir duda en cuanto a la denominación de las autoridades responsables, incluso, autoridades no incluidas o un tercero no señalado, o bien, la omisión de alguno de los requisitos que establece el artículo 108; que no se hubiere acompañado, en su caso, el documento que acredite la personalidad o éste resulte insuficiente; que no se hubiere expresado con precisión el acto reclamado o que no se hubieren exhibido las copias necesarias de la demanda, y que en cuanto a esto último, no se encontrara en alguno de los supuestos de excepción previstos en el párrafo segundo del diverso 110.

B) *Queja en contra del desechamiento de la demanda de amparo o su ampliación.*⁹

En este supuesto, el recurso de queja procede contra el auto dictado en amparo indirecto que deseche la demanda de amparo o su ampliación, disminuyéndose el plazo para su interposición de 10 a 5 días.

Debe recordarse, el juez de distrito al examinar el escrito inicial, está obligado a verificar, entre otras cuestiones, la procedencia del juicio de amparo, atendiendo a las causas de inadmisibilidad del juicio previstas por el artículo 61; en ese tenor, si considera la actualización de una causa manifiesta e indudable de improcedencia, según prevé el diverso 113, desechará de plano la demanda o su ampliación; en cuyo caso, contra tal determinación procederá el recurso de queja.

C) *Queja contra el auto que tiene por no presentada la demanda de amparo o su ampliación*

En términos del numeral 114 de la propia ley de amparo vigente, una vez recibido el escrito inicial o de ampliación, previene al inconforme para que lo aclare, sea por la existencia de alguna irregularidad; se hubiere

⁹ Esta hipótesis se contemplaba el artículo 83, fracción I, de la legislación abrogada y, por tanto, era examinada a través del diverso recurso de revisión.

omitido alguno de los requisitos establecidos el artículo 108; no se hubiere acompañado, en su caso, el documento que acredite la personalidad o éste resulte insuficiente; no se hubiere expresado con precisión el acto reclamado o que no se hubieren exhibido las copias necesarias de la demanda, y que en cuanto a esto último, no se encontrara en alguno de los supuestos de excepción previstos en el segundo párrafo del diverso 110.

En este caso, el auto de prevención relativo expresará con precisión las irregularidades, deficiencias u omisiones a colmarse para ser corregidas en tiempo por el impugnante, bajo el apercibimiento de tenerla por no presentada si no se cumple dentro del plazo de cinco días, subsanando las deficiencias, irregularidades u omisiones de la demanda o ampliación; lo anterior, según lo prevé el citado 114. Frente al auto que hace efectivo el apercibimiento y tiene por no presentada la solicitud de amparo o su ampliación, procede el recurso de queja.

Un supuesto adicional de procedencia, sería el previsto en el diverso artículo 15 de la Ley de Amparo vigente, el cual establece que cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, incomunicación, deportación, destierro, extradición o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, y el afectado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.

En el presente caso, el órgano jurisdiccional que conozca del amparo abrirá un cuaderno de antecedentes en el que dictará las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física del quejoso y lograr su comparecencia, en donde será requerido para manifestar si ratifica o no la demanda de amparo; si lo hace se tramitará el juicio y, en caso contrario, se tendrá por no presentada la demanda.

Si pese a las medidas tomadas no se logra su comparecencia, el órgano jurisdiccional que conozca del juicio pondrá lo hechos en conocimiento del ministerio público de la federación y, en caso de ser éste la autoridad responsable, lo hará del conocimiento del Procurador General de la República.

Transcurridos 3 meses sin que alguien se apersona en el juicio en representación legal del quejoso, se tendrá por no presentada la demanda.

En dicho caso, es procedente el recurso de queja.

VI.2 En relación con la suspensión

El artículo 97 de la Ley de Amparo actual señala, que el recurso de queja también procede contra las resoluciones:

- b) Las que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional; rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes.¹⁰

Para este efecto, resulta oportuno dividir su estudio en cuatro subtemas:

A) *Recurso de queja en contra de las resoluciones que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional*

Ahora a través del recurso de queja, se impugna la decisión de conceder o negar la suspensión de plano, lo cual denota un cambio, pues al incorporarse la hipótesis de procedencia de las decisiones en torno a la suspensión provisional, ello propicia que, según dispone el diverso 101, último párrafo, de la propia ley, se resuelva tal medio de impugnación dentro del lapso de cuarenta y ocho horas.¹¹

¹⁰ Hipótesis relacionada con las contempladas en los artículos 95, fracciones VIII y IX, y 89, ambos de la Ley de Amparo abrogada que, en lo conducente, establecían:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

...VIII.- Contra las autoridades responsables, con relación a los juicios de amparo de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en amparo directo, cuando no provean sobre la suspensión dentro del término legal o concedan o nieguen ésta; cuando rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas; cuando admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar insuficientes; cuando nieguen al quejoso su libertad caucional en el caso a que se refiere el artículo 172 de esta ley, o cuando las resoluciones que dicten las autoridades sobre la misma materia, causen daños o perjuicios notorios a alguno de los interesados;

...XI.- Contra las resoluciones de un juez de Distrito o del superior del Tribunal responsable, en su caso, en que concedan o nieguen la suspensión provisional."

Artículo 89.-

...Tratándose del auto en que se haya concedido o negado la suspensión de plano, interpuesta la revisión, sólo deberá remitirse al Tribunal Colegiado de Circuito, copia certificada del escrito de demanda, del auto recurrido, de sus notificaciones y del escrito u oficio en que se haya interpuesto el recurso de revisión con expresión de la fecha y hora del recibo."

¹¹ Conforme a la Ley de Amparo abrogada, contra las decisiones respecto a la suspensión de plano, procedía el recurso de revisión, según interpretación del máximo tribunal del país, quien estimó fundamentalmente que el artículo 89 de esa ley, en su tercer párrafo, implícitamente establecía la procedencia de la revisión al disponer que "tratándose del auto en que se haya concedido o negado la suspensión de plano, interpuesta la revisión, sólo deberá remitirse al Tribunal Colegiado de Circuito copia certificada del escrito de demanda, del auto recurrido, de sus notificaciones y del escrito u oficio en que se haya interpuesto el recurso de revisión, con expresión de la fecha y hora

La suspensión *de plano* es aquella que en la práctica debe ser concedida de inmediato por el juez de Distrito, siempre y cuando sea procedente, la cual se resuelve en el mismo auto de admisión de la demanda, en el cuaderno principal, sin necesidad de ordenar la apertura del cuaderno incidental, pues no admite demora alguna ante la gravedad o lesión que el acto reclamado puede irrogar en el ámbito jurídico del peticionario del amparo.

En efecto, en el juicio de amparo indirecto existen dos formas de conceder la suspensión: oficiosamente por el órgano de control o a petición previa del quejoso.¹²

La suspensión a la que se refiere el artículo en comento (de plano), es aquella que se otorga de manera oficiosa, o sea, aquella concedida por el juez de Distrito sin que previamente exista alguna gestión del agraviado solicitando su otorgamiento. La procedencia de la suspensión oficiosa, deriva de un acto unilateral y *motu proprio* de la jurisdicción, obedece a la gravedad del acto reclamado y al peligro o riesgo que, de ejecutarse éste, quede sin materia el juicio de amparo por imposibilidad de que se cumpla la sentencia constitucional que conceda al quejoso la protección de la justicia federal.¹³

La suspensión de plano se provee conjuntamente con el auto admisorio de la demanda de amparo, y es en aquellos casos en donde resulte oficiosa su emisión.

En caso de ser negada la suspensión, es innegable que el agravio lo resiente directamente el quejoso, por ejemplo, en aquellos casos previstos por el artículo 22 de la Constitución federal; por tanto, si el juez Federal "oficiosamente" niega la medida, esa decisión es recurrible mediante la queja; en cambio, tanto el tercero interesado como las autoridades responsables, podrán impugnar la resolución del juez Federal que conceda la suspensión de plano.

Este mismo supuesto acontece respecto de las decisiones dentro del juicio de amparo, que concedan o nieguen la suspensión provisional, es decir, cuando se está frente a la suspensión a petición de parte (bajo la satisfacción de los requisitos legales necesarios); en el primer supuesto, es decir, si la medida precautoria es concedida, tanto el quejoso, el o los ter-

del recibo.", de ahí concluyó que aunque tal hipótesis no estuviera contemplada en el artículo 83, ello derivaba, indudablemente, de una deficiente redacción legislativa.

¹² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, Ed. Porrúa, 29ª edición, México, 1992. p. 720.

¹³ *Ibidem*, p. 720.

ceros interesados y las autoridades responsables estarán legitimados para recurrir tal decisión.

Así, el solicitante del amparo, podrá cuestionar en queja los efectos o alcances de la medida otorgada o la garantía fijada para su efectividad, mientras que los terceros interesados y las responsables, además de esto último, también estarán legitimadas cuando cuestionen el solo hecho de haberse concedido la medida cautelar.

Cabe mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de jurisprudencia, en un criterio novedoso, en atención al objeto principal de la suspensión en el juicio de amparo, es evitar la consumación irreparable los actos reclamados en perjuicio de la parte quejosa; consideró que la Ley de Amparo permite al juez modificar o revocar el auto que niegue la suspensión provisional *por hechos supervenientes*, y que el proveído el cual conceda o niegue la suspensión provisional puede ser recurrido mediante el recurso de queja resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito, de este modo, el mencionado tribunal puede, de manera excepcional, sólo en la medida que tengan el carácter de supervenientes, valorar y pronunciarse acerca de las pruebas de esa naturaleza, aportadas con el propósito de modificar o revocar el auto que negó la suspensión provisional, en lugar de regresar los autos al juez, con el objeto de evitar el peligro en la demora por trámites dilatorios que obstaculicen los principios de celeridad y completa impartición de justicia establecidos en el artículo 17 constitucional.¹⁴

¹⁴ PRUEBAS SUPERVENIENTES EN EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PUEDEN VALORARLAS AL RESOLVER EL RECURSO DE QUEJA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 95, FRACCIÓN XI, DE LA LEY DE AMPARO. En atención a que el objeto principal de la suspensión en el juicio de amparo es evitar que se consumen de manera irreparable los actos reclamados en perjuicio de la parte quejosa, a que el artículo 140 de la Ley de Amparo permite que el juez modifique o revoque el auto que niegue la suspensión provisional por hechos supervenientes y a que el proveído que conceda o niegue la suspensión provisional puede ser recurrido mediante el recurso de queja que debe resolver el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente conforme a los artículos 95, fracción XI; 97, fracción IV, y 99, último párrafo, de la Ley de Amparo, debe considerarse que el mencionado tribunal puede de manera excepcional, sólo en la medida que tengan el carácter de supervenientes, valorar y pronunciarse acerca de las pruebas de esa naturaleza, aportadas con el propósito de modificar o revocar el auto que negó la suspensión provisional, en lugar de regresar los autos al juez, con el objeto de evitar el peligro en la demora por trámites dilatorios que obstaculicen los principios de celeridad y completa impartición de justicia establecidos en el artículo 17 constitucional. La anterior consideración se robustece con el hecho de que en el recurso de queja no existe el reenvío, por lo que en ese aspecto el tribunal con plenitud de jurisdicción debe pronunciarse sobre la medida cautelar y en su caso fijar la caución para garantizar los posibles daños y perjuicios que se puedan ocasionar con la suspensión provisional de los actos reclamados; lo cual no constituye una atribución incompatible con la función del tribunal

B) *Recurso de queja en contra de las resoluciones que rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas*

Las expresiones “fianzas” y “contrafianzas” a que se refiere la hipótesis en estudio, deben ser entendidas en su acepción más amplia; lo anterior con el objeto de no limitar la procedencia del recurso, a aquellos casos en los que únicamente se esté en presencia de **una póliza de fianza**, sino que, interpretándolo extensivamente con lo previsto en lo conducente por los artículos 132 al 136 de la Ley de Amparo, permita concluir que tales acepciones deben entenderse como las garantías en su concepción genérica; es decir, aquellos medios que den fiabilidad y respalden las obligaciones adquiridas al concederse la suspensión o al permitirse que a pesar de haberse concedido, se ejecute el acto, por virtud de la contrafianza.

Luego, presentada la garantía, al juez de distrito a efecto de que continúe surtiendo efectos la suspensión concedida, o lo contrario, en el caso de la contrafianza, pueden materializarse diversos contextos, el primero, cuando se rehúsa la admisión de la garantía o contragarantía, supuesto que evidentemente produce agravio exclusivo para el oferente de la garantía, sea el quejoso o el tercero interesado, según corresponda; lo anterior, habida cuenta de que para actualizar tal hipótesis, debe existir un desechamiento o rechazo a la pretensión de quien la propone, y ello puede obedecer a un sinnúmero de acontecimientos, por ejemplo, cuando no se acepte la exhibición de dinero en efectivo, por considerar que debe presentarse en billete de depósito, se inadmita una prenda por considerarla no idónea, entre otros.

C) *Recurso de queja en contra de las resoluciones que admitan (fianzas) que no reúnan los requisitos legales*

La Ley de Amparo dispone expresamente que, cuando la garantía incumpla alguna de las exigencias que el ordenamiento respectivo establezca para que ese tipo de contrato accesorio sea eficaz jurídicamente; a manera de ejemplo, encontraríamos el caso en el cual la autoridad de amparo

revisor, pues si se considerara en tal situación que solamente el Juez de Distrito puede emitir un pronunciamiento respecto de las pruebas supervenientes ofrecidas en el incidente de suspensión, se harían nugatorios los referidos principios y los fines de la suspensión en el amparo. (Contradicción de tesis 1/2007-PL. Registro: 167409).

acepte una póliza de fianza, de una institución que no esté autorizada por la entidad gubernamental respectiva; otro supuesto pudiera ser que aun teniendo esa autorización, el texto de la póliza contenga deficiencias trascendentales que la hagan ineficaz para comprometer íntegramente a la afianzadora; otro caso pudiera ser el aceptar como garantía un fideicomiso, soslayando que el oferente carece de legitimación para implicarlo.

Cuando la suspensión es solicitada a petición de parte, pueden materializarse diversos supuestos, en cuyos casos procederá el recurso de queja.

- Cuando el juez de Distrito rehúse la admisión de la fianza; cuyo supuesto puede satisfacerse cuando en su criterio se incumpla con alguno de los requisitos dispuestos en la ley, o bien alguno de los que fueron fijados para surtir efectos. El desechamiento de la solicitud, también puede obedecer a estimarse incumplida “la forma” en que fue pedida, ya que incluso existe jurisprudencia de la Suprema Corte, de ser indebida la exigibilidad de una determinada forma de la fianza (billete de depósito, hipoteca, efectivo, etcétera), pues se debe atender a la asequibilidad para el justiciable.
- En el caso de las contrafianzas.
- Cuando se estime que la fianza o la contrafianza sean excesivas o insuficientes; en nuestro criterio, en ambos casos, quien impugne la excesividad o la insuficiencia del monto de la fianza, debe acompañar su petición con un principio de prueba, o sea, la solicitud debe acompañarse con los medios de convicción suficientes para demostrar, ya sea que el obsequió de la medida se hizo infringiendo la naturaleza del acto reclamado, sobre todo cuando se trata de actos de contenido económico, cuyo otorgamiento puede redundar en serios perjuicios para el tercero interesado.

D) *Recurso de queja en contra de las resoluciones que admitan las garantías o contragarantías que se estimen excesivas o insuficientes*

Este caso obedece a un punto de vista económico o material, de no ser así, se puede incurrir en argumentos que evidencien la aceptación de una garantía que no reúna los requisitos legales, lo cual ya está previsto en la hipótesis del punto inmediato anterior.

En alusión a lo previsto en tal apartado pudiera acontecer cuando el juez de distrito, acepta como prenda, una garantía que desde la óptica del tercero interesado la estima insuficiente.

Bajo esa perspectiva, habrá casos en que los hechos notorios o el solo análisis de las constancias que obren en el juicio de garantías y sus anexos, sea suficiente para evidenciar lo exagerado o escaso de la garantía, pero cuando ello no sea así, entonces, a nuestro criterio, pudiera estimarse que al recurso de queja, por excepción, podrán acompañarse medios de convicción a fin de evidenciar, exclusivamente, lo precario o exorbitante de la garantía.

De igual manera, a manera de ejemplo, pudiera acontecer que el juez fijó como garantía para que continuara surtiendo efectos la suspensión una determinada cantidad y al exhibir el quejoso la póliza de fianza, lo hace por una suma menor, la autoridad de amparo tiene por garantizada la suspensión, soslayando que la fianza no satisfizo la cantidad fijada para tal efecto; ante esta situación, estaríamos en presencia de una garantía insuficiente.

Además, debe quedar precisado que la relación realizada de esta fracción con el supuesto previsto en la VIII del artículo 95 de la ley abrogada, tiene presente el que este último, a diferencia del que nos ocupa, estaba dirigido a las resoluciones dictadas por las autoridades responsables en los juicios de amparo directo; sin embargo, su invocación obedeció a que una parte de los supuestos contemplados en tal apartado, son los que recoge la segunda parte del actual 97, fracción I, inciso b), de la ley en estudio.

VI.3 En relación con el carácter de tercero interesado

El artículo 97 de la Ley de Amparo señala la procedencia del recurso de queja contra:

...c) Las que reconozcan o nieguen el carácter de tercero interesado.

La denominación del “tercero interesado”, ya se utiliza en otros medios de control constitucional, diversos al juicio de amparo, como son las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, en donde se identifica como tal a “la entidad, poder u órgano, que sin tener el carácter de actores o demandados pudieran resultar afectados por la

sentencia que se dicte al resolver la controversia, o en su caso, la acción de inconstitucionalidad.¹⁵

Al tercero interesado, podríamos identificarlo como el denominado anteriormente “tercero perjudicado”. Por tercero perjudicado o interesado se puede entender a la persona que se ha visto favorecida por el acto de autoridad reclamado por el quejoso, y que en tal virtud tiene interés en la subsistencia del mismo, si bien existe un cambio de terminología en la redacción, cambiándose la palabra perjudicado por interesado, ello es en virtud de que dicho sujeto sostiene un “interés” en el acto de autoridad combatido.

Bajo ese contexto, el auto o resolución que acepte o deniegue el carácter de tercero interesado es impugnabile mediante la queja.

VI.4 Durante el trámite del amparo

El artículo 97 de la Ley de Amparo señala la procedencia del recurso de queja contra las resoluciones:

- d) Las que se dicten durante la tramitación del juicio, o del incidente de suspensión, que no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; así como las que con las mismas características se emitan después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional.¹⁶

Un aspecto relevante es el referido a su procedencia contra actos dictados en el trámite del juicio de amparo o el incidente de suspensión, contra los cuales no proceda expresamente el recurso de revisión.

¹⁵ BALTAZAR ROBLES, Eduardo E., *Controversia Constitucional y Acción de Inconstitucionalidad*, Ángel Editor, 1ª edición, México, 2002, p. 48.

¹⁶ Hipótesis vinculada con la contemplada en el artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo abrogada que establecía:

“Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

...VI.- Contra las resoluciones que dicten los jueces de Distrito, o el superior del tribunal a quien se impute la violación en los casos a que se refiere el artículo 37 de esta ley, durante la tramitación del juicio de amparo o del incidente de suspensión, que no admitan expresamente el recurso de revisión conforme al artículo 83 y que, por su naturaleza trascendental y grave, puedan causar daño o perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; o contra las que se dicten después de fallado el juicio en primera instancia, cuando no sean reparable por las mismas autoridades o por la Suprema Corte de Justicia con arreglo a la ley;”

Lo destacable son aquellos actos que puedan estimarse de naturaleza trascendental y grave no reparables en la sentencia definitiva.

Por cuanto hace a los actos emitidos durante la tramitación del juicio o del incidente de suspensión que puedan ocasionar un daño o perjuicio, únicamente se suprimió el término daño (previsto en la legislación abrogada) para ahora sólo exigir el perjuicio, permaneciendo las mismas exigencias.

Por otro lado, para la procedencia contra resoluciones emitidas después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional, parecería que ahora requieren de la actualización de los requisitos que, conforme al texto abrogado, únicamente eran exigibles para los actos dictados durante la tramitación del juicio, pues así lo prevé el texto actual con la expresión “*así como las que con las mismas características se emitan después de...*”.

De tal forma, sin duda, para la procedencia de esta hipótesis del recurso de queja, debe tratarse de actos dictados en el trámite del juicio de garantías o en el cuaderno incidental, que no admitan expresamente el recurso de revisión; además, que por su naturaleza trascendental y grave, puedan causar perjuicio a alguna de las partes, que evidentemente tendría que ser al impugnante, y que no sean reparables en la sentencia.

Tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina, existe poca referencia a lo que debe entenderse por este tipo de actos, luego, el precepto debe entenderse referido a todas aquellas actuaciones del juez de Amparo traducibles en “actos positivos”, es decir, estarían descartadas las omisiones.

Por actos “trascendentales”, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende: **Trascendental**. (de *transcendente*). 1. adj. Que se comunica o extiende a otras cosas. 2. adj. Que es de mucha importancia o gravedad, por sus probables consecuencias. 3. adj. *Fil.* Se dice de los conceptos que se derivan del ser y se aplican a todos los entes. 4. adj. *Fil.* En el kantismo, se dice de lo que se refiere a la realidad pero excede de los límites de la experiencia.¹⁷

De esta forma, por trascendente podríamos entender aquellos actos positivos de mucha importancia (no reparables en la sentencia definitiva).

Por concepto de “grave” entenderíamos, de acuerdo con la misma fuente: **Grave**. (Del lat. *gravis*). 1. adj. Dicho de una cosa: Que pesa. U. t. c. s. m. *La caída de los graves*. 2. adj. Grande, de mucha entidad o importancia. *Negocio, enfermedad grave*. 3. adj. Enfermo de cuidado. 4. adj. Circunspeto, serio, que causa respeto y veneración. 5. adj. Dicho del estilo: Que

¹⁷ <http://www.rae.es/rae.html>.

se distingue por su circunspección, decoro y nobleza. 6. adj. Arduo, difícil. 7. adj. Molesto, enfadado. 8. adj. *Acús.* Dicho de un sonido: Cuya frecuencia de vibraciones es pequeña, por oposición al sonido agudo. 9. adj. *Fon.* Dicho de una palabra: llana U. t. c. s.¹⁸

De la unión de los conceptos “trascendental” y “grave”, es posible obtener un acercamiento hacia una posible definición, y podríamos señalar que se trata de todos aquellos actos positivos (autos o resoluciones del juez de Distrito), dictados en el trámite del juicio o en el incidente de suspensión del amparo, estimados de mucha entidad o importancia, siempre y cuando no sean reparables en la sentencia definitiva, y contra los cuales, no proceda el recurso de revisión.

Existen ciertos casos en los cuales de acuerdo con diversos criterios federales, procede el recurso de queja, por ejemplo:

I. Contra las resoluciones dictadas en los juicios de amparo indirecto en donde se ordena su acumulación. II. En materia penal contra las resoluciones dictadas en el incidente de suspensión, en las cuales se concede o se niega el beneficio de la libertad provisional bajo caución. III. Contra los autos dictados por el juez de Distrito, en los cuales se omite acordar la admisión de una prueba. IV. Contra las resoluciones del Juez de Distrito, que desechen expresamente una prueba.

En contraposición, los actos no susceptibles de ser atacados por medio del recurso de queja, de acuerdo por criterios jurisprudenciales estarían, los siguientes supuestos:

- i) En contra de la resolución dictada por el juez de Distrito para regularizar el procedimiento específicamente con el objeto de dejar de considerar como parte tercera perjudicada (ahora interesada) a la persona a quien inicialmente se le reconoció dicho carácter;
- ii) El auto que tiene por recibido el informe justificado rendido por la autoridad responsable, aun cuando se aduzca que quien lo suscribe carece de legitimación¹⁹;

¹⁸ <http://www.rae.es/rae.html>.

¹⁹ Criterio anterior, cuyo apoyo jurídico recae en que no es un acto de naturaleza trascendental y grave que cause daño o perjuicio irreparable en sentencia definitiva del amparo, toda vez que no irroga transgresión a la esfera jurídica del quejoso, pues no lo deja sin defensa ni con él se varía la litis y sí, en cambio, le da la oportunidad de exponer lo que a su derecho convenga, a fin de intentar

- iii) Acuerdos de trámite dictados en el incidente de suspensión que no causen daños y perjuicios al recurrente no reparables al resolverse este último;²⁰
- iv) Contra un acuerdo que ordena expedir copias a una de las partes de constancias que obran en el expediente principal.

VI.5 Incidente de daños y perjuicios

El artículo 97 de la Ley de Amparo señala la procedencia del recurso de queja contra las resoluciones:

- ...e) Las que decidan el incidente de reclamación de daños y perjuicios;²¹

La acción de daños y perjuicios deberá intentarse, dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que surta sus efectos la notificación de la sentencia ejecutoria que haya negado o concedido el amparo al quejoso en sus respectivos casos o sobreseído el juicio, debiendo su titular comprobar ante la autoridad que hubiese conocido de la suspensión la existencia y el monto de los daños y perjuicios, cuyo resarcimiento exija.²²

El incidente que da lugar a estos autos, se refiere al cobro de la garantía o de la contragarantía que se otorga para que surta efectos la suspensión del acto reclamado o, en su caso, para que deje de surtirlos, y la parte que haya sido favorecida por la ejecutoria de amparo, ya sea que se haya otorgado la protección federal, que se haya negado o que se haya solicitado el sobreseimiento del juicio, podrá exigir el pago de la cantidad respectiva

desvirtuar lo aseverado en ese escrito, aunado a que será, en su caso, la resolución que se llegare a dictar en la audiencia constitucional, la que pudiese causarle perjuicio, lo que puede ser reparado a través del recurso de revisión.

²⁰ Ello es así, porque para la procedencia de ese medio de impugnación es requisito *sine qua non* que sea de naturaleza trascendental y grave que le cause daños y perjuicios al recurrente no reparables al resolver la suspensión definitiva, ante lo cual si se impugna el proveído que ordena dar vista a las partes con la manifestación de la responsable en el sentido de que en el organigrama de la dependencia no existe determinada autoridad, no se actualiza la señalada hipótesis de procedencia.

²¹ Hipótesis relacionada con la contemplada en el artículo 95, fracción VII, de la Ley de Amparo abrogada, que establecía:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

... VII.- Contra las resoluciones definitivas que se dicten en el incidente de reclamación de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 129 de esta ley, siempre que el importe de aquéllas exceda de treinta días de salario;²²

²² BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo, *op. cit.* p. 771 y 772.

que haya sido impuesta por el juez federal y siempre que el quejoso o el tercero perjudicado hayan otorgado la fianza correspondiente o enterado alguna cantidad de dinero. El señalado incidente, es distinto a la acción civil de responsabilidad.²³

Como es sabido, en ciertos casos, para surtir efectos la suspensión del acto reclamado, el quejoso debe aportar una fianza, la cual debe ser suficiente para garantizar los posibles daños y perjuicios, que eventualmente se le puedan ocasionar al tercero interesado.

Cabe recordar que frente a la aportación de la fianza por el quejoso, el tercero interesado (antes perjudicado) puede pagar una contrafianza, para poder ejecutar el acto reclamado.

En este orden, el recurso de queja es procedente contra aquellas resoluciones dictadas en el incidente que tengan por objeto hacer efectivas, ya sea la fianza o la contrafianza, dependiendo del supuesto; empero, cabe acotar, la procedencia del recurso se debe entender *en contra de la determinación final que dirima el incidente*, pues la fracción en estudio es clara al señalar, que se trate de la resolución decisoria, razón por la cual, la regla sería que tal medio de impugnación resultaría improcedente en contra de los actos y resoluciones ajenas a esa decisión final; no obstante, debemos considerar que frente a una resolución que desechara de plano la incidencia, es decir, que no le diera trámite, pudiera ubicarse en la hipótesis en comento, pues aun cuando no estuviera abordando el fondo de la pretensión, estaría “decidiendo” el incidente.

VI.6 Exceso o defecto en la ejecución de la suspensión provisional o definitiva

El artículo 97 de la Ley de Amparo señala la procedencia del recurso de queja contra las resoluciones:

- f) Las que resuelvan el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido al quejoso la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado.²⁴

²³ DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Ley de Amparo Comentada, Ediciones Jurídicas Alma, Sociedad Anónima de Capital Variable, Sexta Edición, Primera Reimpresión, septiembre 2004. P. 366.

²⁴ Hipótesis relacionada con la contemplada en el artículo 95, fracción II, de la Ley de Amparo abrogada, que establecía:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

En este supuesto, la resolución impugnada en queja es la que decide el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido al quejoso la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado.

En esta fracción se alude específicamente a un incidente por incumplimiento de una resolución del juez Federal, emitida dentro del incidente de suspensión del acto reclamado, aludiendo a la presencia de un incidente, porque a través de este supuesto, se impugna la actuación de la autoridad responsable derivada de la observancia del auto o de la sentencia interlocutoria, según sea suspensión provisional o suspensión definitiva, en que se haya concedido al quejoso la suspensión del acto reclamado, en el sentido de atacar el exceso o el defecto en el cumplimiento de mérito. Ergo, en este supuesto se regula la presencia de una controversia entre la autoridad responsable por un lado, y el quejoso, el tercero perjudicado o un tercero ajeno al juicio, por el otro lado, sin que se impugne la actuación del juez Federal.

En el dispositivo de la normatividad abrogada, la queja procedía contra el actuar de las autoridades responsables, por considerar que incurrieran en exceso o defecto en la ejecución del auto en que se haya concedido al quejoso la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado; mientras que ahora el medio de impugnación en análisis debe preceder de una sentencia que recaiga en el incidente donde se pretenda evidenciar ese cumplimiento desmesurado o insuficiente al ejecutar el auto donde se haya concedido la suspensión provisional o definitiva; trámite incidental que deberá desarrollarse atendiendo a las reglas contenidas en los artículos 206 al 209 de la Ley de Amparo.

Por tanto, existe una discrepancia importante, pues la resolución impugnada en queja siempre emanará de un procedimiento incidental el cual hubiera tenido por objeto demostrar ese incumplimiento desmedido al otorgamiento de la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado; por lo que sólo contra la interlocutoria que decida tal proceder, se actualizará la procedencia del medio de impugnación en estudio.

...II.- Contra las autoridades responsables, en los casos a que se refiere el artículo 107, fracción VII de la Constitución Federal, por exceso o defecto en la ejecución del auto en que se haya concedido al quejoso la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado.

VI.7 Cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo

El artículo 97 de la Ley de Amparo señala la procedencia del recurso de queja contra las resoluciones:

- g) Las que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo.²⁵

Cuando la autoridad o autoridades responsables satisfacen los lineamientos expresados en la ejecutoria que otorgó el amparo, es la forma más característica de dar cumplimiento a una sentencia protectora de amparo, empero, el problema surge al existir imposibilidad material o jurídica para acatar la sentencia.

En ese supuesto es necesario promover el incidente de cumplimiento sustituto, el cual, como lo establece el 204 de la propia ley vigente, tiene por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de los daños y perjuicios al quejoso; esta forma de cumplimiento podrá ser solicitado por cualquiera de las partes o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando la ejecución de la sentencia afecte gravemente a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso; o bien cuando, por las circunstancias materiales del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir las cosas a la situación que guardaban con antelación al juicio.

Así, contra la resolución que resuelva el incidente, en términos de lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del propio ordenamiento, procederá la queja; sin pasarse por alto, que el inciso que nos ocupa, refiere la procedencia del recurso contra las resoluciones “que se dicten” en el incidente, a diferencia de las hipótesis contempladas en los incisos e y f, de la propia fracción, donde procede contra “las que decidan” y “las que resuelvan”, respectivamente.

Cuya disonancia, en principio, pudiera traducirse en la posibilidad de intentarse válidamente este recurso contra cada resolución emanada de tal

²⁵ Hipótesis relacionada con la contemplada en el artículo 95, fracción X, de la Ley de Amparo abrogada, que establecía:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

...X.- Contra las resoluciones que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo a que se refiere el artículo 105 de este ordenamiento, así como contra la determinación sobre la caducidad en el procedimiento tendiente al cumplimiento de las sentencias de amparo a que se refiere el segundo párrafo del artículo 113, y...

incidencia; sin embargo, se estima que esto último no es deseable, ya que de ser así, pudiera obstaculizarse constantemente el trámite del incidente, ante la eventual presencia de recursos interpuestos durante curso del procedimiento; de ahí que deba entenderse, que la queja procede contra la interlocutoria que ponga fin al trámite.

VII. RECURSO DE QUEJA EN AMPARO DIRECTO

VII.1 Trámite de la demanda de amparo

El artículo 97 de la Ley de Amparo en su fracción II, señala la procedencia del recurso de queja en amparo directo, tratándose de la autoridad responsable, en los siguientes casos:

- a) Cuando omita tramitar la demanda de amparo o lo haga indebidamente.

Como se puede observar, el legislador incluyó como hipótesis de procedencia de la queja, la omisión atribuible a la autoridad responsable, quien actúa en auxilio de la justicia federal, de dar trámite a la solicitud de amparo, o bien, haciéndolo, la tramitación resulte indebida; lo anterior se estima acertado, —conforme a la legislación abrogada, tal supuesto no se incluía en dicho recurso—, cuestión que incluso dio lugar a que el Máximo Tribunal del país, a través de jurisprudencia, definiera que ante ese evento, lo procedente únicamente era que el tribunal colegiado de circuito, a petición de parte o de oficio, requiriera a la responsable para que cumpliera, apercibiéndola con la imposición de una multa en caso de no hacerlo, y de no obtener respuesta favorable, además de aplicar tal sanción, estaría facultado para hacer uso de los medios de apremio legalmente establecidos, e incluso fincar la responsabilidad penal a que se refería el artículo 209 de la propia ley.²⁶

²⁶ "DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE QUE INDEBIDAMENTE LA DESECHA, LA TIENE POR NO INTERPUESTA O NIEGA REMITIRLA, NO PROCEDE RECURSO ALGUNO, SINO QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE REQUERIR SU ENVÍO CON LOS APERCIBIMIENTOS LEGALES. De la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 44, 163, 167, 168 y 169 de la Ley de Amparo, deriva que cuando la autoridad responsable que actúa como auxiliar del Poder Judicial de la Federación, en el inicio de la sustanciación del juicio de amparo

Sin embargo, aun ejecutándose tales medios, no sería remediable jurisdiccionalmente la problemática que al quejoso le interesa, esto es, el trámite ágil de su demanda; de ahí, al introducirse este supuesto como recurrible en queja, es deseable la obtención de una respuesta más eficaz al fin perseguido por el recurrente.

En esta vertiente, el recurso puede presentarse en distintos momentos, por muchas razones y atendiendo a diferentes obligaciones incumplidas.

Esa omisión sancionable, podrá ser impugnada en diversos momentos, dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso, pues ese silencio no sólo puede darse al no dictar el auto que le recaiga a la presentación de la demanda, sino también al no efectuar alguna de las diversas obligaciones a que se refiere el diverso 178 de la ley en estudio; por ejemplo, la no certificación al pie de la demanda; que no se corra traslado debidamente, en tiempo y/o a todos los terceros interesados, o bien no remitir los autos y anexos al tribunal colegiado.

VII.2. Suspensión y fianzas

El artículo 97 de la Ley de Amparo en su fracción II, señala la procedencia del recurso de queja en amparo directo, tratándose de la autoridad responsable, en los siguientes casos:

directo, emite una resolución en la que desecha, tiene por no interpuesta o niega la remisión de una demanda de amparo al Tribunal Colegiado de Circuito, para lo cual carece de atribuciones, procede que la parte interesada informe tal circunstancia al Tribunal Colegiado, para que éste, de inmediato, requiera, con apercibimiento de multa, a la autoridad responsable, en el sentido de que remita la demanda y sus anexos, pues ello constituye una obligación que se impone como carga procesal de aquélla, sin perjuicio de que, si insiste en el incumplimiento, después de agotados los medios de apremio, se proceda en contra de la autoridad responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 del ordenamiento jurídico citado, para que se le sancione en la forma precisada en el Código Penal aplicable en materia federal para los delitos cometidos contra la administración de justicia; de tal manera, una vez que el tribunal federal reciba la demanda de amparo deberá, de oficio, dejar insubsistente la resolución relativa y proveer acerca de la procedencia del juicio de garantías, habida cuenta que no existe la necesidad de integrar laguna jurídica alguna, a través del razonamiento analógico, para crear un supuesto de procedencia de recurso, con la finalidad de que el interesado pueda combatir esa clase de determinaciones, pues su interposición implicaría que existiera sustanciación y significaría una carga procesal para la parte interesada que, de no realizarse en los términos previstos por la ley, daría lugar al absurdo de que, por virtud del principio de preclusión, quedara firme una determinación de la autoridad responsable, para cuya emisión carece de atribuciones. Lo anterior, debido a que el artículo 169 de la Ley de Amparo es suficiente para fundar el requerimiento de mérito, con el que el Tribunal Colegiado está en aptitud de proveer, en forma expedita y pronta, sobre la demanda de amparo directo, y evitar que la parte interesada quede en estado de indefensión. (Contradicción de tesis 26/96. Registro: 196,243).

- b) Cuando no provea sobre la suspensión dentro del plazo legal, conceda o niegue ésta, rehúse la admisión de fianzas o contrafianzas, admita las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes.²⁷

Del estudio comparativo del artículo actual con el abrogado, se advierten las mismas hipótesis de procedencia, con la salvedad de que lo contemplado en la fracción de la ley anterior, se separó en la vigente a dos incisos, el materia de estudio y el identificado con la letra d, de la propia fracción, el cual con posterioridad será objeto de análisis.

Adentrándonos a los supuestos fácticos del inciso que nos ocupa, es innegable su similitud con los previstos en el propio numeral, fracción I, inciso b, con la diferencia consistente en que las resoluciones a impugnar en dicho inciso emanan del juez de distrito, y en nuestro caso serían atribuibles a la autoridad responsable; de ahí que ante tal similitud, lo conducente sea remitirnos, en obvio de reiteraciones innecesarias, a los comentarios esbozados al tratar tales apartados.

Así, la única vertiente adicional a destacar radica en que en la hipótesis en estudio, procede la queja cuando la autoridad emisora del acto reclamado omita proveer sobre la suspensión dentro del plazo legal.

VII.3. Incidente de reclamación de daños y perjuicios

El artículo 97 de la Ley de Amparo en su fracción II, señala la procedencia del recurso de queja en amparo directo, tratándose de la autoridad responsable, en los siguientes casos:

- c) Contra la resolución que decida el incidente de reclamación de daños y perjuicios²⁸

²⁷ Hipótesis relacionada con las contempladas en el artículo 95, fracción VIII, de la Ley de Amparo abrogada que, en lo conducente, establecía:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

...VIII.- Contra las autoridades responsables, con relación a los juicios de amparo de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en amparo directo, cuando no provean sobre la suspensión dentro del término legal o concedan o nieguen ésta; cuando rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas; cuando admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar insuficientes; cuando nieguen al quejoso su libertad caucional en el caso a que se refiere el artículo 172 de esta ley, o cuando las resoluciones que dicten las autoridades sobre la misma materia, causen daños o perjuicios notorios a alguno de los interesados;

²⁸ "Hipótesis relacionada con la contemplada en el artículo 95, fracción VII, de la Ley de Amparo abrogada, que establecía:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente.

Según aconteció con el inciso anterior, el caso previsto en este apartado es de contenido similar al contemplado en el propio numeral, fracción I, inciso e), con la distinción consistente en que las resoluciones a impugnar en aquel inciso son pronunciadas por el juez de distrito y en nuestro caso, serían emitidas por la autoridad responsable; de ahí que ante tal semejanza, se estime oportuno remitirnos, a fin de evitar repeticiones tediosas, a las opiniones vertidas en aquel momento.

VII.4. Libertad caucional del quejoso

El artículo 97 de la Ley de Amparo en su fracción II, señala la procedencia del recurso de queja en amparo directo, tratándose de la autoridad responsable, en los siguientes casos:

- d) Cuando niegue al quejoso su libertad caucional o cuando las resoluciones que dicte sobre la misma causen daños o perjuicios a alguno de los interesados.²⁹

En los supuestos comprendidos en esta disposición, la queja procede únicamente contra la resolución dictada por la autoridad responsable denegatoria de otorgar al quejoso su libertad caucional; al respecto, el artículo 191 de la normatividad en estudio, establece que cuando se trate de juicios del orden penal, la autoridad responsable con la sola presentación de la demanda de amparo directo, ordenará suspender de oficio y de plano la resolución reclamada.

Si ésta (resolución reclamada) comprende la pena de privación de libertad, la suspensión surtirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del órgano jurisdiccional de amparo, por mediación de la autoridad

...VII.- Contra las resoluciones definitivas que se dicten en el incidente de reclamación de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 129 de esta ley, siempre que el importe de aquéllas exceda de treinta días de salario;"

²⁹ "Hipótesis relacionada con las contempladas en el artículo 95, fracción VIII, de la Ley de Amparo abrogada que, en lo conducente, establecía:

Artículo 95.- El recurso de queja es procedente:

VIII.- Contra las autoridades responsables, con relación a los juicios de amparo de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en amparo directo, cuando no provean sobre la suspensión dentro del término legal o concedan o nieguen ésta; cuando rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas; cuando admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar insuficientes; cuando nieguen al quejoso su libertad caucional en el caso a que se refiere el artículo 172 de esta ley, o cuando las resoluciones que dicten las autoridades sobre la misma materia, causen daños o perjuicios notorios a alguno de los interesados.

responsable, la cual deberá ponerlo en libertad caucional si la solicita y ésta es procedente.

La normatividad en análisis permite la impugnación de resoluciones sobre esa materia, cuando causen daños o perjuicios a alguno de los interesados, lo cual significa que en este último supuesto, no sólo el quejoso estaría legitimado para recurrir, pues pudiéramos pensar que la representación social o incluso la víctima pudieran verse afectados indirectamente con las decisiones sobre la materia, siendo elemento de análisis, en cada caso particular, la supuesta causación de los daños o perjuicios cuya interposición justificarían.

VIII. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE QUEJA Y SUS EXCEPCIONES

“Artículo 98.³⁰ El plazo para la interposición del recurso de queja es de cinco días, con las excepciones siguientes:

- I. De dos días hábiles, cuando se trate de suspensión de plano o provisional.
- II. En cualquier tiempo, cuando se omita tramitar la demanda de amparo.

Los lapsos para la interposición ahora son más claros, sencillos y únicamente son tres; la regla general para la presentación del recurso de queja es de **cinco días**, (el plazo se computa a partir del día siguiente al en que surta sus efectos la notificación de la resolución a impugnar, tal como lo prevé el diverso 22 de la propia ley); empero, existen las siguientes excepciones:

³⁰ Hipótesis relacionadas con las contempladas en el artículo 97 de la Ley de Amparo abrogada, que establecían:

Artículo 97.- Los términos para la interposición del recurso de queja serán los siguientes:

- I.- En los casos de las fracciones II y III del artículo 95 de esta ley podrá interponerse en cualquier tiempo, mientras se falle el juicio de amparo en lo principal, por resolución firme;
- II.- En los casos de las fracciones I, V, VI, VII, VIII y X del mismo artículo, dentro de los cinco días siguientes al en que surta sus efectos la notificación de la resolución recurrida;
- III.- En los casos de las fracciones IV y IX del propio artículo 95, podrá interponerse dentro de un año, contando desde el día siguiente al en que se notifique al quejoso el auto en que se haya mandado cumplir la sentencia, o al en que la persona extraña a quien afecte su ejecución tenga conocimiento de ésta; salvo que se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro a (sic) de alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, en que la queja podrá interponerse en cualquier tiempo;
- IV.- En el caso de la fracción XI del referido artículo 95, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que surta sus efectos la notificación de la resolución recurrida.”

Dos días hábiles, cuando se trata de la impugnación de la suspensión de plano o provisional; plazo que se estima razonable, tomando en cuenta la naturaleza, trascendencia y urgencia de la decisión que el juez de distrito adopte en torno a la institución suspensiva, lo cual sumado al lapso para su trámite y resolución, que más adelante se analizarán, justifican plenamente y sin lugar a dudas, la prontitud en su definición.

El otro supuesto de excepción al plazo genérico, es cuando se omita tramitar la demanda de amparo, hipótesis prevista en el artículo 97, fracción II, inciso a, de la propia ley, aplicable para el trámite del amparo directo, atribuible a la autoridad responsable quien, en lo conducente actúa en auxilio de la justicia federal; lo razonable de no fijar un lapso, obedece a que “la omisión de dar trámite” a la solicitud de amparo, puede presentarse, como se analizó previamente, en distintos momentos, por distintas razones y atendiendo a diferentes obligaciones no cumplidas.

Según fue expuesto previamente, el plazo razonable para esperar ese actuar y que al no darse se traduzca en una omisión sancionable, dependerá de las circunstancias especiales de cada caso, pues ese acto paralizador no sólo puede darse al no dictar el auto que le recaiga a la presentación de la demanda, sino también al ser omisa en llevar a cabo alguno de los deberes inmersos en el diverso 178 de la legislación de la materia; por ejemplo, la ausencia o falta de la certificación al pie de la demanda; que no se corra traslado en tiempo a todos los terceros interesados o no remitir los autos y anexos al tribunal colegiado, como ya se indicó en párrafos anteriores.

En esos supuestos, claro está, sería inapropiado establecer un plazo único para la interposición del recurso, pues el actuar de la responsable, en cada caso dependerá de diversas circunstancias, ya que no es lo mismo el llamamiento a un tercero interesado que a varios; de su fácil localización; de su domicilio, o circunstancias concretas de cada juicio que, en su caso, pudieran justificar un retraso en la respuesta correlativa, y que hagan que la omisión alegada pueda recurrirse después de una espera de 2 días, 10 o quizás más.

Por último, cabe destacar que a fin de efectuar el cómputo respectivo, debe tenerse presente lo dispuesto por el diverso 31 de la propia ley, el cual define cuándo surten efectos las notificaciones, dependiendo de la forma y parte a quien se efectúen.

IX. AUTORIDAD ANTE QUIEN SE INTERPONE EL RECURSO.

Artículo 99. El recurso de queja deberá presentarse por escrito ante el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo.

En el caso de que se trate de actos de la autoridad responsable, el recurso deberá plantearse ante el órgano jurisdiccional de amparo que debe conocer o haya conocido del juicio.³¹

Conforme a dicha disposición, la interposición del recurso dependerá de quién haya emitido la resolución impugnada, pues si se trata de un juez de distrito (numeral 97, fracción I), su presentación será ante él, y si la resolución u omisión es atribuible a la autoridad responsable, tratándose del amparo directo (artículo 97, fracción II), el recurso deberá exhibirse ante el tribunal colegiado correspondiente.

³¹ Hipótesis relacionadas con las contempladas en los artículos 98 y 99 de la Ley de Amparo abrogada, que establecían:

Artículo 98.- En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV del artículo 95, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito o autoridad que conozca o haya conocido del juicio de amparo en los términos del artículo 37, o ante el Tribunal Colegiado de Circuito si se trata del caso de la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, precisamente por escrito, acompañando una copia para cada una de las autoridades responsables contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el mismo juicio de amparo.

Dada entrada al recurso, se requerirá a la autoridad contra la que se haya interpuesto para que rinda informe con justificación sobre la materia de la queja, dentro del término de tres días. Transcurrido éste, con informe o sin él, se dará vista al Ministerio Público por igual término, y dentro de los tres días siguientes se dictará la resolución que proceda.”

Artículo 99.- En los casos de las fracciones I y VI del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito directamente ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva.

En los casos de las fracciones V, VII, VIII y IX del mismo artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal que conoció o debió conocer de la revisión, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

En los casos de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo a que se refiere la fracción X del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal colegiado de circuito o ante la Sala de la Suprema Corte de Justicia, según corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

La tramitación y resolución de la queja en los casos previstos en las fracciones I a X, se sujetará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior, con la sola salvedad del término para que el Tribunal Colegiado de Circuito dicte la resolución que corresponda, que será de diez días.

En el caso de la fracción XI, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito, dentro del término de veinticuatro horas contadas a partir del día siguiente a la fecha en que para la parte recurrente surta efectos la notificación que conceda o niegue la suspensión provisional, acompañando las copias que se señalan en el artículo anterior. Los jueces de Distrito o el superior del tribunal remitirán de inmediato los escritos en los que se formule la queja al Tribunal que deba conocer de ella, con las constancias pertinentes. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda resolverá de plano lo que proceda.

Debido al crecimiento de los órganos del Poder Judicial de la Federación (juzgados y tribunales), existen Oficinas de Correspondencia Común, ante lo cual, se entiende que su presentación será ante tal instancia, claro está que habrá que ser cuidadoso para que, cuando sea el caso, se exhiba ante la oficina de la materia y sede correctas.

X. ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Artículo 100. En el escrito de queja se expresarán los agravios que cause la resolución recurrida.

En caso de que el escrito de expresión de agravios se presente en forma impresa, el recurrente deberá exhibir una copia del mismo para el expediente y una para cada una de las partes, señalando las constancias que en copia certificada deberán remitirse al órgano jurisdiccional que deba resolver el recurso. Esta exigencia no será necesaria en los casos que el recurso se presente en forma electrónica.

Cuando no se exhiban las copias a que se refiere el párrafo anterior se requerirá al recurrente para que en el plazo de tres días lo haga; si no lo hiciera, se tendrá por no interpuesto el recurso, salvo que se trate de actos restrictivos de la libertad o que afecten intereses de menores o incapaces o de trabajadores o derechos agrarios de núcleos de población ejidal o comunal o de ejidatarios o comuneros en lo individual, en los que el órgano jurisdiccional expedirá las copias correspondientes.³²

³² Hipótesis relacionadas con las contempladas en los artículos 98 y 99 de la Ley de Amparo abrogada, que establecían:

Artículo 98.- En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV del artículo 95, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito o autoridad que conozca o haya conocido del juicio de amparo en los términos del artículo 37, o ante el Tribunal Colegiado de Circuito si se trata del caso de la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, precisamente por escrito, acompañando una copia para cada una de las autoridades responsables contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el mismo juicio de amparo.

Dada entrada al recurso, se requerirá a la autoridad contra la que se haya interpuesto para que rinda informe con justificación sobre la materia de la queja, dentro del término de tres días. Transcurrido éste, con informe o sin él, se dará vista al Ministerio Público por igual término, y dentro de los tres días siguientes se dictará la resolución que proceda.”

Artículo 99.- En los casos de las fracciones I y VI del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito directamente ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva.

En los casos de las fracciones V, VII, VIII y IX del mismo artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal que conoció o debió conocer de la revisión, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

En los casos de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo a que se refiere la fracción X del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal colegiado de circuito o ante la Sala de la Suprema Corte de Justicia, según corresponda, acompañando una

En el escrito de queja necesariamente se expresarán los agravios que cause la resolución impugnada, lo cual quiere decir que sería inválido seccionar o fragmentar la impugnación, esto es, a través de un ocurso se presente el medio de impugnación y en otro momento posterior se exhiban los agravios correspondientes, aun cuando fuera dentro del lapso respectivo; lo cual no debe confundirse con la práctica usual de presentar conjuntamente dos documentos, uno llamado “escrito de presentación del recurso” —que en su encabezado va dirigido al juzgado de distrito— y el diverso de “expresión de agravios” —dirigido al tribunal colegiado que resolverá el medio de impugnación—, pues esto último seguiría siendo válido.

Además, acorde con el numeral vigente, es evidente la facilidad con la que ahora se define el número de copias que deben acompañarse a éste, siendo una para cada parte que intervenga en el juicio, y otra para el expediente, con la obligación adicional para el inconforme de precisar las constancias que en copia certificadas deben remitirse para la resolución del medio de impugnación; exigencias ambas que sólo serían aplicables cuando la interposición fuere en forma impresa, pues recordemos que en términos de lo dispuesto en los numerales 3 y 80 de la propia ley, también puede ser electrónicamente, siendo que si su presentación fuera a través de esta última vía, entonces estaría eximido de tales obligaciones.

Una observación en el tema de las copias, es que el artículo 97, fracción I, inciso a de la Ley de Amparo de 2013, establece que procede el recurso de queja en contra del auto del juez que desecha una demanda y como se señaló en párrafos anteriores el numeral 100, párrafo segundo, de la propia ley, señala que con el escrito de expresión de agravios se deberá exhibir una copia para el expediente “y una para cada una de las partes”.

La contrariedad entre ambos artículos, es que tratándose del desechamiento de la demanda, el órgano judicial, no llamó a ninguna de las partes

copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

La tramitación y resolución de la queja en los casos previstos en las fracciones I a X, se sujetará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior, con la sola salvedad del término para que el Tribunal Colegiado de Circuito dicte la resolución que corresponda, que será de diez días.

En el caso de la fracción XI, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito, dentro del término de veinticuatro horas contadas a partir del día siguiente a la fecha en que para la parte recurrente surta efectos la notificación que conceda o niegue la suspensión provisional, acompañando las copias que se señalan en el artículo anterior. Los jueces de Distrito o el superior del tribunal remitirán de inmediato los escritos en los que se formule la queja al Tribunal que deba conocer de ella, con las constancias pertinentes. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda resolverá de plano lo que proceda.”

a juicio (Ministerio Público, tercero interesado y autoridades responsables), entonces no podría correrles traslado de un recurso interpuesto en un asunto en que ni siquiera se les ha llamado.

En efecto, las partes en un juicio adquieren ese carácter hasta que son llamadas a juicio. Antes de ese momento, si no son incorporadas a la contienda constitucional, no pueden considerarse como tales.

Por tanto, tratándose del desechamiento de la demanda, la parte quejosa no está obligada a exhibir las copias de traslado para las partes y bastará exhiba el original y una copia (para el expediente) para que se envíe al Tribunal Colegiado para resolver el medio de impugnación.

En ese orden de ideas, es evidente no se les correrá traslado a las “partes” con el recurso de queja en contra del desechamiento, puesto que aún no se les reconoce ese carácter.

En ese orden de ideas, a diferencia de la legislación anterior, ahora hay disposición expresa, en el sentido de requerir las copias faltantes, con la consecuencia en caso de su incumplimiento, de tenerlo por no interpuesto, aunque la ley no precisó si tal exigencia la ejercería el juzgado de distrito o bien el tribunal que resolverá el medio de impugnación; en cambio, sí se contemplan las entidades que estarían eximidas de presentar tales copias, como son tratándose de actos restrictivos de la libertad o que afecten intereses de menores o incapaces o de trabajadores o derechos agrarios de núcleos de población ejidal o comunal o de ejidatarios o comuneros en lo individual, pues ante su ausencia o insuficiencia, el órgano jurisdiccional deberá expedirlas de manera oficiosa.

Es de precisarse que la ley no establece la consecuencia para el caso de que el impugnante se abstenga de efectuar el señalamiento de las constancias concretas necesarias que integrarían el testimonio a remitir al tribunal resolutor; sin embargo, si se toma en cuenta que en términos de lo dispuesto en el diverso 101, existe la posibilidad de que el juzgado de distrito e incluso la autoridad responsable (tratándose del artículo 97, fracción II, de la propia ley), al remitir el recurso o el informe, según corresponda, pueda adicionar las constancias “que estime pertinentes”, aunado al espíritu garantista y protector para quien acude al juicio de amparo, reflejado en diversos numerales de la nueva Ley de Amparo, amén de la inclinación que ha mostrado el máximo tribunal del país a lo largo de los criterios emitidos durante la novena época, debe concluirse que el órgano resolutor válidamente podría exigir oficiosamente las constancias indispensables para resolver, aun ante su no señalamiento expreso.

Lo anterior lleva a observar, si bien existe la exigencia para el quejoso de señalar qué copias certificadas son las que se necesitan para integrar el testimonio de la queja; sin embargo, en la práctica basta que el quejoso haga valer su medio de impugnación y trasladar al juez la obligación de remitir las constancias que a su parecer sean necesarias para resolverlo, pues según la nueva ley, el juez puede adicionar las copias que estime conducentes.

Una novedad destacable es la posibilidad de que el recurso se pueda presentar *en forma electrónica*, lo cual viene de forma paralela con la instrumentación por parte del Consejo de la Judicatura Federal, del expediente electrónico en todos los juzgados y tribunales del país.

XI. TRÁMITE Y RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE QUEJA

Artículo 101. El órgano jurisdiccional notificará a las demás partes la interposición del recurso para que en el plazo de tres días señalen constancias que en copia certificada deberán remitirse al que deba resolver. Transcurrido el plazo, enviará el escrito del recurso, copia de la resolución recurrida, el informe sobre la materia de la queja, las constancias solicitadas y las demás que estime pertinentes. Para el caso de que el recurso se hubiere interpuesto por la vía electrónica, se enviará el expediente electrónico.

En los supuestos del artículo 97, fracción I, inciso b) de esta ley, el órgano jurisdiccional notificará a las partes y de inmediato remitirá al que corresponda, copia de la resolución, el informe materia de la queja, las constancias solicitadas y las que estime pertinentes.

Cuando se trate de actos de la autoridad responsable, el órgano jurisdiccional requerirá a dicha autoridad, el informe materia de la queja, en su caso la resolución impugnada, las constancias solicitadas y las que estime pertinentes.

La falta o deficiencia de los informes establece la presunción de ser ciertos los hechos respectivos.

Recibidas las constancias, se dictará resolución dentro de los cuarenta días siguientes, o dentro de las cuarenta y ocho horas en los casos del artículo 97, fracción I, inciso b) de esta ley³³.

³³ Hipótesis relacionada con las contempladas en los artículos 98, 99 y 100, todos de la Ley de Amparo abrogada, que establecían:

Artículo 98.- En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV del artículo 95, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito o autoridad que conozca o haya conocido del juicio de amparo en los términos del artículo 37, o ante el Tribunal Colegiado de Circuito si se trata del caso de la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, precisamente por escrito, acompañando una copia para cada una de las autoridades responsables contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el mismo juicio de amparo.

Del numeral transcrito, se resalta la obligación que ahora se tiene de señalar las constancias necesarias para resolver el asunto, carga no sólo para el impugnante, sino para todas las partes; aspecto que, dicho sea de paso, no contenía la ley abrogada, pero que ahora se introduce, posiblemente con el objeto de respetar el derecho de los contendientes de designar las actuaciones que, a su juicio, se estimen indispensables para resolver, y que el recurrente, por descuido o dolosamente, pudo no solicitar.

Como se adujo en el comentario al artículo anterior, también cabe la posibilidad de que el juzgado de distrito e incluso la autoridad responsable (tratándose del artículo 97, fracción II, de la propia ley), al remitir el recurso o el informe, según corresponda, pueda adicionar las constancias "que estime pertinentes"; lo cual podría llevarnos a concluir que el órgano resolutor, ante la falta de constancias, que le permitan resolver, válidamente podría recabarlas oficiosamente, sin limitarse únicamente a las señaladas o no por las partes.

Dada entrada al recurso, se requerirá a la autoridad contra la que se haya interpuesto para que rinda informe con justificación sobre la materia de la queja, dentro del término de tres días. Transcurrido éste, con informe o sin él, se dará vista al Ministerio Público por igual término, y dentro de los tres días siguientes se dictará la resolución que proceda."

Artículo 99.- En los casos de las fracciones I y VI del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito directamente ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva.

En los casos de las fracciones V, VII, VIII y IX del mismo artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal que conoció o debió conocer de la revisión, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

En los casos de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo a que se refiere la fracción X del artículo 95, el recurso de queja se interpondrá por escrito, directamente ante el tribunal colegiado de circuito o ante la Sala de la Suprema Corte de Justicia, según corresponda, acompañando una copia para cada una de las autoridades contra quienes se promueva y para cada una de las partes en el juicio.

La tramitación y resolución de la queja en los casos previstos en las fracciones I a X, se sujetará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior, con la sola salvedad del término para que el Tribunal Colegiado de Circuito dicte la resolución que corresponda, que será de diez días.

En el caso de la fracción XI, la queja deberá interponerse ante el juez de Distrito, dentro del término de veinticuatro horas contadas a partir del día siguiente a la fecha en que para la parte recurrente surta efectos la notificación que conceda o niegue la suspensión provisional, acompañando las copias que se señalan en el artículo anterior. Los jueces de Distrito o el superior del tribunal remitirán de inmediato los escritos en los que se formule la queja al Tribunal que deba conocer de ella, con las constancias pertinentes. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda resolverá de plano lo que proceda."

Artículo 100.- La falta o deficiencia de los informes en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, establece la presunción de ser ciertos los hechos respectivos, y hará incurrir a las autoridades omisas en una multa de tres a treinta días de salario, que impondrá de plano la autoridad que conozca de la queja en la misma resolución que dicte sobre ella."

Ahora, el plazo para enviar la queja, las constancias correspondientes y el informe respectivo, será tan luego transcurran los tres días que tienen las partes para señalar las actuaciones que en copia certificada deberán acompañarse para resolver; con la salvedad de que si el medio de impugnación se interpuso vía electrónica, se enviará el expediente electrónico. Lo que daría lugar a concluir que si se está en esta última hipótesis, entonces no será necesario otorgar los tres días a las partes para el señalamiento aludido, pues bastaría que el juez de distrito notificara a las partes la promoción del recurso, para estar en condiciones de remitir el expediente electrónico.

Cuando la queja se funde en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 97, fracción I, inciso b —resoluciones que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional, rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, admitan las que no reúnan los requisitos legales o puedan resultar excesivas o insuficientes—, no será necesario otorgar el plazo de tres días a las partes para los efectos narrados, pues dada la urgencia en su resolución, bastará con darles a conocer la interposición del medio de impugnación, para estar en aptitud de enviarlo de inmediato con el informe y las constancias indispensables para que se dicte la sentencia correspondiente.

Por cuanto a la queja presentada directamente ante el tribunal colegiado, en el párrafo tercero del numeral en comento, no queda claro si éste habrá de enviarle a la autoridad responsable el original del recurso o copia, a fin de que efectúe el informe y remita las constancias que correspondan, tampoco pudiera ser del todo claro si, en este supuesto, será la responsable quien de vista a las partes o si lo hará el tribunal colegiado, pues al hacer referencia a lo que este último requerirá de aquélla, no se hace alusión a dicha vista.

También se prevé que la falta o deficiencia de los informes establece la presunción de ser ciertos los hechos respectivos; sin embargo, ello no clarifica si esa omisión o imperfección impediría que el tribunal recabara de oficio las constancias necesarias para resolver; sin embargo, como ya se ha expuesto previamente, se considera que el órgano resolutor estará en aptitud legal de requerir las constancias, pues incluso la Primera Sala del máximo tribunal del país, mediante jurisprudencia definida, ciertamente al interpretar la ley abrogada, consideró que ante la falta de regulación al respecto, y considerando la obligación de los Tribunales Colegiados de resolver las cuestiones jurídicas que les son planteadas, sería aplicable, de acuerdo con

una interpretación analógica, la regla prevista en la ley de la materia, consistente en la obligación del juez de distrito de recabar oficiosamente las pruebas que, habiendo sido exhibidas ante la responsable, no obren en autos y estime necesarias para la resolución del asunto —deber que esencialmente se replicó en el diverso 75, párrafo tercero, de la legislación vigente—.

Lo anterior, concluyó el supremo órgano interpretativo de la nación, porque la queja es un recurso que deriva del juicio de amparo y sería ilógico que respecto de la cuestión principal sí exista obligación de la autoridad que conoce del juicio de amparo de recabar oficiosamente las pruebas y constancias necesarias para fallar el asunto, y para los recursos que derivan del juicio principal, que también resultan necesarios para lograr el respeto de los derechos fundamentales, no sea aplicable dicha regla procesal.

Por último, debe señalarse que si bien es verdad que el plazo para la resolución del medio de impugnación en estudio es de 40 días, cuando antes era inferior; no obstante, tal alteración obedece a la necesidad de ajustar la ley a la realidad imperante en la mayoría de tribunales del país, donde la carga de trabajo excesiva, provocó que los que estaban previstos, en muchos casos fuera imposible pudieran ser cumplidos.

Además, existe la excepción a la regla genérica antes analizada, por cuanto a la obligación de resolver la queja dentro de las 48 horas siguientes de haberse recibido en el órgano revisor correspondiente, cuando se trate de definir la validez de la decisión pronunciada por el juez de distrito en torno a la suspensión provisional, aunque ahora adicionada de las diversas hipótesis contempladas en el artículo 97, fracción I, inciso b) de la ley en cita.

XII. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL

Artículo 102. En los casos de resoluciones dictadas durante la tramitación del amparo indirecto que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar un perjuicio no reparable a alguna de las partes, con la interposición de la queja el juez de distrito o tribunal unitario de circuito está facultado para suspender el procedimiento, hecha excepción del incidente de suspensión, siempre que a su juicio estime que la resolución que se dicte en ella pueda influir en la sentencia, o cuando

de resolverse en lo principal, se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia.³⁴

Es importante destacar que la suspensión contemplada en el dispositivo en estudio, sólo es procedente, cuando así se estime, tratándose de la interposición de la queja, a que se refiere el supuesto previsto en el 97, fracción I, inciso d; como segundo aspecto a destacar, es el atinente a que se excluye toda posibilidad de ordenar la interrupción en el cuaderno incidental de suspensión.

A diferencia del texto anterior, ahora se precisa expresamente la autoridad concreta que debe, en su caso, ordenar la suspensión del procedimiento, definición legal que era necesaria, dado que en cierta época y probablemente porque la interposición de tal medio se hacía directamente ante el tribunal colegiado que correspondiera, estuvo en duda si aquella determinación debía emanar de este último, o bien de la autoridad que tramitara el procedimiento de garantías, y aunque a través de un criterio del máximo tribunal, su interpretación llevó a estimar que debía ser el propio juez quien decidiera al respecto, finalmente el legislador lo especifica de forma precisa.

El reconocimiento expreso al respecto, es una facultad para el juez, y evidentemente su ejercicio no será en todos los casos, pues la propia normatividad prevé las exigencias para que, en su caso, proceda la paralización.

Como el propio artículo lo prevé, la paralización procederá cuando a criterio del juez, la resolución que se dicte en la queja pueda influir en la sentencia de amparo, o cuando de resolverse en lo principal, se harían nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia.

Requerimientos análogos a los que establecía el numeral 101 de la ley anterior y que, en su momento, a través de jurisprudencia de observancia obligatoria llevaron al máximo tribunal del país a concluir que tal prerrogativa no implica la paralización total del juicio de garantías, pues sólo

³⁴ Hipótesis relacionada con la contemplada en el artículo 101, de la Ley de Amparo abrogada, que establecía:

Artículo 101.- En los casos a que se refiere el artículo 95, fracción VI, de esta ley, la interposición del recurso de queja suspende el procedimiento en el juicio de amparo, en los términos del artículo 53, siempre que la resolución que se dicte en la queja deba influir en la sentencia, o cuando de resolverse el juicio en lo principal se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia, si obtuviere resolución favorable en la queja."

tiene el propósito de preservar la materia de la litis constitucional y evitar la causación de daños y perjuicios irreparables al recurrente.

Finalidad que, concluyó la Primera Sala de nuestro Alto Tribunal, se logra impidiendo únicamente el dictado de la sentencia, sin demérito de los demás actos procesales, cuando la violación recurrida es meramente procesal y está vinculada con la litis del juicio de amparo, o bien, obstaculizando su ejecución material y la emisión de la sentencia, si la violación afecta derechos sustantivos y se relaciona con la litis constitucional, o incluso obstaculizando sólo su ejecución material, esto es, ni siquiera impidiendo la celebración de la audiencia constitucional y el dictado del fallo, cuando la infracción guarde independencia del fondo del asunto, ya que tales actos pueden subsistir de manera autónoma.

XIII. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA EN EL RECURSO DE QUEJA

Artículo 103. En caso de resultar fundado el recurso se dictará la resolución que corresponda sin necesidad de reenvío, salvo que la resolución implique la reposición del procedimiento. En este caso, quedará sin efecto la resolución recurrida y se ordenará al que la hubiere emitido dictar otra, debiendo precisar los efectos concretos a que deba sujetarse su cumplimiento.

Lo dispuesto en la primera parte del numeral en estudio, es el reconocimiento legal expreso, que previamente había definido el Máximo Tribunal del país en diversas jurisprudencias, por cuanto a la obligatoriedad para el tribunal resolutor, de que una vez demostrada la ilegalidad del auto combatido, por virtud de los agravios expresados, debe reasumir total jurisdicción, para así cumplir con la finalidad de celeridad en el procedimiento; por lo que en el acto, de inmediato, sin sustanciación alguna, deberá decidir con absoluta plenitud, lo omitido por la autoridad emisora del acto impugnado y pronunciar la determinación correspondiente.

De esta manera, la ausencia del reenvío y el reasumir jurisdicción, lo cual es contemplado en el numeral en cita, tiene por objeto fundamental el no obstaculizar la celeridad del procedimiento, por lo que el único supuesto previsto en la ley, que impedirá definir la situación de fondo a sustituir en la resolución impugnada a través de la queja, será cuando sea indispensable la reposición del procedimiento, supuesto en el cual, se revocará la

cuestionada y precisará los lineamientos concretos que deberá atender la emisora de la resolución impugnada, a efecto de subsanar la transgresión adjetiva determinada por el tribunal colegiado.

Un cambio notorio, es que en la nueva legislación de amparo, se suprimió el recurso de queja previsto en el artículo 95, fracción IX de la abrogada Ley de Amparo, en contra del exceso o defecto en el cumplimiento de las sentencias de amparo, directo o indirecto, lo cual se entiende porque ahora en el trámite de la ejecución de la sentencia se examinan esos aspectos que se pueden analizar en el recurso de inconformidad dispuesto en el artículo 201, fracción I de la Ley de Amparo en vigor.

Para culminar este trabajo, resta decir, que los cambios mencionados son algunos de más significativos para el recurso de queja, contemplado en la Ley de Amparo vigente en el país, los cuales tienen como finalidad lograr una mayor celeridad para la resolución del juicio constitucional, cuya interpretación se irá acotando y enriqueciendo a través de los criterios emitidos por los Tribunales Federales, el Máximo Tribunal del País, y desde luego, por medio de la experiencia que aporten los estudiosos de la ciencia jurídica del amparo, y todos aquellos quienes se dedican al ejercicio profesional de la abogacía.

REFLEXIONES SOBRE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO UN MODESTO HOMENAJE A F. K. VON SAVIGNY¹

Juan Pablo PAMPILLO BADIÑO

SUMARIO: I. *La Historia del Derecho en la Escuela Libre de Derecho*. II. *Contribuciones para la enseñanza de la Historia General del Derecho*. III. *Propuesta de Temario y Lecturas para el Curso de Historia General del Derecho*.

I. LA HISTORIA DEL DERECHO EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

La enseñanza de la Historia del Derecho ha tenido en nuestra Escuela una importancia específica, que se ha traducido en una serie de aportaciones a la docencia y a la investigación histórico-jurídica en nuestro país, bien reconocida por propios y extraños.²

¹ En el Bicentenario de su célebre opúsculo polémico *Sobre la vocación de nuestro tiempo por la Legislación y la Ciencia del Derecho*, publicado en 1814, que constituye el manifiesto fundacional de la Escuela Histórica Alemana y el inicio de la configuración epistemológica moderna de la Historia del Derecho.

² Cfr. entre los propios de DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "La Historia del Derecho Patrio en la Libre de Derecho" en *Hombres e Historia de la Escuela Libre de Derecho*. México. Fondo para la Difusión del Derecho. Escuela Libre de Derecho. 1999. pp. 377-383 y del mismo Arenal "La Escuela Mexicana de Historiadores del Derecho" en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. Número 18. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2006. Previamente la ponencia de VÁZQUEZ PANDO, Fernando A. "La Escuela Libre de Derecho y la Historia del Derecho Patrio" en *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano*. México. UNAM. 1981. Entre los estudiosos de fuera de la Escuela que han reconocido las aportaciones específicas de sus profesores y egresados, puede citarse a Beatriz Bernal. *Historia del Derecho*. México. Coeditan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Nostra. 2012, Pablo Mijangos. *La historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*. Cuadernos de Trabajo. México. CIDE. 2010 y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Ensayo bibliohemerográfico y documental de Historia del Derecho Mexicano*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2011, entre otros.

Desde la incorporación en el Plan de Estudios de la asignatura de *Historia del Derecho Patrio* en 1917, y posteriormente la creación de la diversa y también anual materia de *Historia General del Derecho* en 1935, muy destacados historiadores del derecho han contribuido, desde sus aulas, a dotar a sendas cátedras de un contenido formativo inapreciable para sus egresados.³

Entre ellos, pueden mencionarse junto a los fundadores Toribio Esquivel Obregón, Miguel S. Macedo y Javier de Cervantes, sus actuales profesores, Francisco de Icaza Dufour, José Manuel Villalpando, César Rafael Estrada Michel, Eber Betanzos Torres, Alejandro Mayagoitia Stone y Emiliano Robles Gómez-Mont, así como otros distinguidos juristas e historiadores que también han impartido dichas cátedras como Iñigo Laviada, Jorge Adame, Martín Díaz, José Luis Soberanes, Jaime del Arenal, Salvador Cárdenas y Sergio Vela Martínez, entre otros.

A casi 80 años de su cultivo en la Escuela, la cátedra de Historia General del Derecho ha venido conformando una peculiar tradición que se ha renovado mediante la actualización de sus contenidos y métodos pues, por paradójico que pueda parecerle a algunos, pocas disciplinas exigen tanto de una permanente puesta al día y de un espíritu siempre abierto a los nuevos acontecimientos y enfoques como la historiografía jurídica.

Tal necesidad de renovación ha llevado a una modificación significativa de su temario, sobre todo en los últimos cuarenta años, como consecuencia de un proceso de progresiva maduración, que la ha convertido en una asignatura de especial relevancia formativa que se ha venido abordando de manera cada vez más científica a partir del empleo de métodos mejor depurados.

En efecto, como señalara hace poco más de veinte años el Profesor Jaime del Arenal, los nuevos contenidos y enfoques aportados por el Dr. Jorge Adame Goddard y por él mismo desde 1977 y 1980 respectivamente, proporcionaron a la Historia General del Derecho, a partir de la lectura de nuevas e importantes obras histórico-jurídicas y de la reflexión desde perspectivas más seguras, “bases más científicas... correcta metodología, propósitos definidos, clara orientación... [y] contenido atractivo, crítico

y enriquecedor” que le conferirían “un insospechado contenido liberador” respecto de una dogmática jurídica agotada, caduca y en general empobrecedora de la cultura jurídica.⁴

Dicho contenido estuvo centrado a partir de entonces en el derecho privado, tomando como su hilo conductor al derecho romano, para lo cual se retomaron varias de las propuestas de F. Wieacker, que había centrado sus estudios en el Derecho Privado de la Edad Moderna. Asimismo, sobre todo a partir del aprovechamiento de la obra de P. Grossi, se redimensionó la importancia de la Edad Media como una época de construcción jurídica unitaria dividida en dos fases, una de cimentación, correspondiente a la Alta Edad Media y la otra de edificación que fue llevada a cabo por los juristas universitarios bajomedievales que configuraron el *ius commune*. Finalmente, por lo que respecta a la Modernidad, se buscó sobre todo destacar la influencia de la codificación en el surgimiento de una cultura legalista, que entró en crisis hacia la segunda mitad del siglo XX, cerrándose precisamente ahí el curso de Historia. La sugerente propuesta, subyacente a lo largo de un curso desarrollado —según las sugerencias de R. Gibert— como historia de los textos jurídicos, era la reivindicación del jurista —y del derecho jurisprudencial— romano y bajomedieval como protagonista de las experiencias jurídicas más emblemáticas de nuestra tradición, subrayando su ausencia durante la Modernidad y la necesidad de su recuperación por la ciencia jurídica de nuestro tiempo para la superación del dogmatismo legalista.⁵

⁴ DEL ARENAL, Jaime, “La Renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: Su sentido romanista” en *Hombres e Historia... op. cit.*, pp. 388, 389 y 392. Dicho texto fue publicado originalmente en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 17. México. Escuela Libre de Derecho. 1993

⁵ Cfr. DEL ARENAL. “La Renovación de la Historia General...” *op. cit.*, Entre las obras clave que fueron incluidas dentro de la bibliografía fundamental del curso previsto por Adame y Del Arenal —más allá de las citadas en el artículo del Arenal que venimos siguiendo— pueden mencionarse: BLOCH, Marc, *La sociedad feudal. La formación de los vínculos de dependencia*. México. UTEHA. 1979, D’ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*. Quinta edición. Pamplona. Edita la Universidad de Navarra. 1983, Carlo Augusto Cannata. *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Traducción Laura Gutiérrez-Masson. Madrid. Ed. Tecnos. 1996, CLAVERO, Bartolomé, *Historia del Derecho. Derecho común*. Salamanca. Universidad de Salamanca. 1994, FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1983, GANSHOF, Francois, *El feudalismo*. Trad. Feliu Formoso. Barcelona. Ed. Ariel 1985, GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*. Tomos I. Séptima edición. Madrid. Edita Artes Gráficas y Ediciones. 1977, Manuel, GARCÍA PELAYO, Manuel, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*. Madrid. Revista de Occidente. 1968, GIBERT, Rafael, *Elementos formativos del derecho en Europa: Germánico, romano, canónico*. Madrid. Manuel Huerta. 1982, GROSSI, Paolo, *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid,

³ Sobre los planes de estudios históricos y actual de la Escuela, véase PAMPILLO, Juan Pablo, “Breves notas sobre el Nuevo Plan de Estudios de Licenciatura de la Escuela Libre de Derecho” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 33. México. Escuela Libre de Derecho. 2009.

II. CONTRIBUCIONES PARA LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Desde el año de 1999, en que por invitación primero del Profesor D. Jaime del Arenal y luego, en el año 2000, del Profesor D. Sergio Vela, me incorporé como adjunto en sus respectivos cursos de Historia General del Derecho, una buena parte de mi vida académica, en la docencia y en la investigación, ha transitado por los caminos de dicha disciplina, que me ha enriquecido continuamente a través de sus contenidos, perspectivas y métodos.

Pero igualmente, desde el año 2002 en que asumí la titularidad de dicha cátedra, habiéndola impartido durante diez años —con algunos intervalos para asumir otras en la Escuela— me ha brindado la oportunidad de continuar con las reflexiones de mis antecesores en un esfuerzo común por definir mejor su estructura temática, objetivos y metodología en beneficio de sus alumnos, a efectos de ofrecerles una serie de nociones, marcos de referencia conceptuales y contextuales, esquemas ordenadores, perspectivas y sugerencias, que puedan servirles cada vez mejor para desarrollarse integralmente como juristas.

Transcurridos así tres lustros desde que me vinculé con la Historia del Derecho y también con motivo de mi actual nombramiento como profesor fundador de la Cátedra de Derecho Comparado —esa asignatura gemela y cómplice de la Historia del Derecho— he pensado que ha llegado el momento de hacer un corte de caja, un alto en el camino; una especie de meditación de conjunto sobre las profundas influencias recibidas y las modestas aportaciones hechas dentro de dicha cátedra.

Por lo que hace a las primeras, es decir, a las influencias, debo mencionar en primer lugar las de mis profesores Del Arenal y Villalpando. Del

primero recibí los contenidos y perspectivas de su curso —sintetizados en el anterior epígrafe— influido por la concepción romanista —orsiana— de Adame; del segundo, un contrapeso realista al relativo idealismo del curso de Del Arenal y un interés específico por la historia del derecho público. De Sergio Vela retomé ante todo el sentido de la importancia de la filosofía jurídica griega como elemento configurador del pensamiento jurídico romano. A través de todos ellos, me familiaricé con la literatura clásica anteriormente citada, a la que añadí, por recomendación de Vela, en lo relativo al pensamiento griego sobre el derecho, a otros autores como W. Jaeger, J. De Romilly y A. Verdross.⁶

Posteriormente, en mis subsecuentes estudios doctorales, abrevé también de la rica tradición histórica, filosófica y jurídica de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, que me puso en contacto, por conducto de maestros como Ricardo Alonso García, Ángel Sánchez de la Torre y Emilio Suñé Llinás, con una importante saga de libros y autores, que en el ámbito de la historia del derecho, supuso una vuelta a A. García-Gallo, R. Gibert, M. García Pelayo y F. Tomás y Valiente, llegando hasta J. A. Escudero y J. M. Pérez-Prendes y pasando por A. Truyol, pero que además, en lo filosófico, me acercó a la obra de J. B. Vallet de Goytisolo, M. Rodríguez Molinero, J. M. Rodríguez Paniagua, J. Iturmendi, y J. A. Martínez entre otros,⁷ despertando también desde entonces mi interés por el Derecho de la Integración y por el Derecho Comparado.

Igualmente debo aquilatar las importantes aportaciones recibidas de decenas de colegas historiadores del derecho mexicanos y extranjeros, entre quienes debo destacar por el mayor tiempo compartido reflexionando sobre diversos tópicos histórico-jurídicos, las de los admirados maestros Beatriz Bernal, María del Refugio González y José Luis Soberanes Fer-

⁶ WERNER JAEGER. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Trad. José Gaos. 5ª reimp. México. Fondo de Cultura Económica. 2000, DE ROMILLY, Jacqueline, "La educación por las leyes" en *Jurídica. Anuario Del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 18. Trad. Héctor González Uribe. México. Universidad Iberoamericana. 1997 y Alfred Verdross. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Trad. Mario de la Cueva. México. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. 1983. Desde luego que a las anteriores fuentes indirectas e interpretativas se fueron sumando otras, más allá de la consulta directa y puesta en contacto con las fuentes primarias correspondientes.

⁷ Además de las obras anteriormente citadas y de las demás que son incluidas como parte del temario propuesto para el curso, destaco la importancia de la obra —poco conocida en México y en general en América Latina— de Vallet de Goytisolo, particularmente su producción metodológica e histórica, así como los excelentes panoramas de historia del pensamiento jurídico de Truyol y de Rodríguez Paniagua.

Edita Marcial Pons. 1996, HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho. Obras Completas*. Tomo V. Madrid. Espasa-Calpe. 1988, HERVADA, Javier, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Tercera edición. Pamplona. Edita la Universidad de Navarra. 1996, KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*. Traducción de José Santa Cruz Teijeiro. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955, KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*. Trad. Juan Miquel. Barcelona. Editorial Ariel. 1982, Guillermo F. Margadant. *La segunda vida del derecho romano*. México. Miguel Ángel Porrúa. 1986, Eric Molitor y Hans Schlosser. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Traducción de Ángel Martínez Sarión. Barcelona. Editorial Bosch. 1980, Francisco Tomás y Valiente. *Manual de Historia del Derecho Español*. 3ª edición. Madrid. Editorial Tecnos. 1981, Franz Wieacker. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón. Madrid. Editorial Aguilar. 1957.

nández, los distinguidos colegas Francisco Villalón, Alejandro Mayagoitia, Salvador Cárdenas y Óscar Cruz Barney y los queridos amigos Eber Betanzos y Arturo Damián. Asimismo, reconozco el gran valor nutritivo de las sesiones periódicas del Seminario de Historia del Derecho y de la Justicia que actualmente coordinan Elisa Speckman y Andrés Lira bajo el auspicio de la Escuela Libre de Derecho y del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM y la colaboración académica con varios colegas iberoamericanos del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho que preside José Ramón Narvárez⁸ y con diversos historiadores de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana.⁹

A partir del anterior magisterio —directo y libresco— y de sus múltiples recomendaciones, sugerencias y ramificaciones, fui tratando de estructurar a lo largo de los años un curso propio, cuyos principales objetivos, métodos, temas y conclusiones, fui plasmando en mis sucesivos cursos y recogiendo en diversos artículos y libros.¹⁰

⁸ Resultado de la activa promoción de Dr. José Ramón Narvárez y en el que participan destacados historiadores del derecho mexicanos y latinoamericanos como el argentino Abelardo Levaggi, el brasileño Ricardo Marcelo Fonseca, el colombiano Andrés Botero Bernal, el chileno Bernardino Bravo Lira y los mexicanos María del Refugio González y Humberto Morales, Juan Pablo Salazar, Juan Carlos Abreu y Raúl Pérez Johnston entre otros. Más información sobre esta iniciativa puede encontrarse en la siguiente página web: <http://www.ilahd.org/>

⁹ En el ámbito de la red, valoro especialmente la correspondencia y la lectura de la obra de mis distinguidos colegas Ricardo Rabinovich-Berkman de Argentina, Carlos Ramos Núñez de Perú, Paulo Ferreira da Cunha de Portugal, Alejandro Guzmán Brito de Chile, Carlos I. Jaramillo y Jaramillo de Colombia, Juan Antonio Martínez y Rogelio Pérez Bustamante de España, Massimo Meccarelli y Andrea Trisciuglio de Italia, Matthew Mirow y Kenneth Pennington de los Estados Unidos de Norteamérica, Allan Brewer Carías Rogelio Pérez Perdomo de Venezuela y Antonio-Carlos Wolkmer de Brasil. Más información sobre esta red puede verse en su página: www.rjia.org

¹⁰ Dicho esfuerzo pedagógico se fue traduciendo con el tiempo en un conjunto de textos que se fueron perfeccionando con el propósito de servir como apoyo a las explicaciones docentes. Así, por ejemplo, el artículo PAMPILLO BADIÑO, Juan Pablo, "Nociones Generales y Esquemas Ordenadores introductorios al Curso de Historia General del Derecho" en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 28. México. Escuela Libre de Derecho. 2004. En la misma línea se fueron publicando, hasta el año de 2008, varios textos más como "Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno Derecho Comercial Internacional" en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005 y "¿Qué es el Corpus Iuris" en *Revista Iuris Tantum*. Número 17. México. Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac. 2006 hasta la publicación de mi manual *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Con posterioridad a dicho año, más allá de otras publicaciones meramente divulgativas, se recogieron ulteriores desarrollos en el ámbito de la Historia General del Derecho en "La Descodificación del Derecho Mercantil en México" en *120 Años del Código de Comercio. Codificación y Descodificación del Derecho Mercantil Mexicano*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, INCAM y TSJDF. 2009 y en las voces "Dogmática Jurídica Global" y "Ordenamiento Jurídico" del *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración*. México-Perugia. Instituto per gli Studi Economici e Giuridici (ISEG). 2013. Salvo por mi manual, todos los demás textos se encuentran disponibles

Haciendo un esfuerzo de síntesis, considero que mis principales —en realidad bien modestas— aportaciones, fueron:

- a) Centrar el curso, siguiendo las propuestas y métodos desarrollados por H. Coing, en el ámbito socio-cultural, para conjuntar sus proyecciones culturales —Gibert— con sus realizaciones sociales, estudiando los ordenamientos y las instituciones jurídicas históricas en el contexto global de la sociedad y de la cultura de su tiempo, procurando de igual manera, según la lógica socio-cultural del *challenge and response* (problema-solución), propuesto por el filósofo de la historia A. Toynbee, identificar los problemas sociales, económicos y políticos concretos que buscaron ser reconducidos a través de las diversas soluciones jurídicas históricas;¹¹
- b) Proporcionar a los alumnos una serie de conceptos generales sobre historia, historiografía y tiempo, que les permitieran equilibrar, filosóficamente, los excesos de cierto relativismo historicista, distinguiendo entre lo permanente y lo variable en el devenir de la historia;¹²
- c) Diseñar una serie de esquemas ordenadores, a manera de índices binómicos para la identificación, clasificación y comparación diacrónica de ordenamientos y experiencias jurídicas (*auctoritas* y *potestas*, tópica y sistemática, *interpretatio* y *hermeneusis*, pluralismo y monismo, justicia y orden);¹³
- d) Partir de una noción del derecho muy general y hasta cierto punto deliberadamente indeterminada —como necesaria 'precomprensión' de lo jurídico— entresacada de la teoría ordinal o

digitalmente en la siguiente página web académica, donde también se encuentran otros más, de naturaleza divulgativa, así como otras contribuciones en los diversos ámbitos de la Historia del Derecho Mexicano, la Filosofía del Derecho, el Derecho de la Integración, la Pedagogía Jurídica y el Derecho Comparado: http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/

¹¹ Cfr. HELMUT COING. *Las tareas del historiador del derecho. Reflexiones metodológicas*. Trad. Antonio Merchán. Sevilla. Universidad de Sevilla. 1977.

¹² Para la configuración de dichos conceptos, me basé principalmente en las obras de Platón, Aristóteles, M. Bloch, J. Burkhardt y E. Kahler, retomando también algunas de las nociones expuestas por H. Coing en la obra anteriormente citada. Específicamente sobre el tema del equilibrio entre naturaleza, libertad e historia, partí de las obras clásicas de Tomás de Aquino, Jean-Marie Aubert y Josef Pieper.

¹³ Dichos esquemas ordenadores fueron retomados, respectivamente, de D'Ors (*auctoritas* y *potestas*), Viehweg (tópica y sistemática), Sánchez de la Torre (*interpretatio* y *hermeneusis*), Montejano (pluralismo y monismo) y el de justicia y orden puede considerarse como un lugar común de difícil adscripción a un solo autor. Cfr. *Historia...*, *op. cit.*, *passim*.

institucionalista italiana (Capograssi y Santi Romano) y del tridimensionalismo latinoamericano (Reale, Goldschmidt, Recaséns, García Máynez), ante la inconveniencia de partir de otros conceptos, quizás más precisos, pero que pudieran impedir la comprensión de experiencias jurídicas históricas lejanas a la nuestra, prejuiciando a los alumnos e impidiéndoles entender algunas instituciones cuya juridicidad podría ser puesta en entredicho desde dichos conceptos;¹⁴

- e) Se ha propuesto así —en consecuencia— ‘precomprender’ al derecho en primer lugar como ordenamiento jurídico, es decir, como una realidad dinámica y anfibia entre el mundo de la realidad (*challenge*) y el mundo de la cultura (*response*), que busca acomodarse a aquélla, para a su vez reacomodarla según las exigencias de ésta última (derecho = ordenamiento jurídico = inordinación de lo social por un orden cultural); por su parte, se ha planteado entender al derecho desde la perspectiva del tridimensionalismo (derecho = hecho + valor + reglas), complementando la anterior noción del derecho como ordenamiento jurídico mediante la ubicación de la realidad social problemática como punto de partida, los bienes y valores culturales como referente orientador y las reglas, principios y normas, como instrumento a través del cual se reconduce el problema social según los valores culturales;¹⁵
- f) Reivindicar al jurista a partir del modelo epistemológico de la Ciencia Nueva de Vico (filosofía + historia + derecho comparado), al que se le sumó la prospectiva, a efectos de perfilarlo como un humanista interesado en la comprensión de los principios jurídicos universales mediante su estudio histórico, su reflexión filosófica, su

¹⁴ Sobre la noción del derecho como ordenamiento jurídico, véase ROMANO, Santi, *L'ordinamento giuridico*. Pisa. Spoerri 1918, Giuseppe Capograssi. *Il problema della scienza del diritto*. Milano. Giuffrè Editore. 1962, y Paolo Grossi. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid. Marcial Pons. 1996. El origen de este concepto se encuentra propiamente en Santi Romano, el cual influye en los demás; véase sobre la influencia de su concepción ordinal-institucional del derecho el ensayo José de la Torre Martínez. “La Teoría Institucional del Ordenamiento Jurídico de Santi Romano” en Ángel Sánchez de la Torre (coordinador). *Pensando el Derecho en el Siglo XX*. Madrid. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. 2003. Respecto del tridimensionalismo, seguimos sobre todo los planteamientos de REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*. Traducción de Ángeles Mateos. Madrid. Ed. Tecnos. 1997.

¹⁵ Más en extenso en Pampillo. *Historia...*, *op. cit.*, y en PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, Voz “Ordenamiento Jurídico” en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Coordinado por Mario Álvarez y Roberto Cippitani. Roma-Perugia-México. ISEC. 2013.

comparación diacrónica y sincrónica y su vocación transformadora de la realidad a través de los mismos;¹⁶

- g) Intentar comprender el cambio jurídico desde dos diferentes niveles; el primero, planteado por García-Gallo, a través de la evolución institucional motivada por los cambios sociales, axiológicos y normativos; el segundo, mediante una personal aplicación de la teoría de la revoluciones científicas de Th. Kuhn al ámbito de lo jurídico, identificando ciertas formas de pensamiento jurídico paradigmático conformadoras de la mentalidad de los juristas (las metodologías y las dogmáticas jurídicas) que explican mejor la configuración y difusión del *ius commune* europeo, el advenimiento de la dogmática positivista y su actual crisis e inminente sustitución por una nueva dogmática in *satus nascens*;¹⁷
- h) Presentar, como objeto propio del curso, a la Tradición Jurídica Occidental, sus familias jurídicas (*common law* y *civil law*), los subgrupos de las mismas (estadounidense, híbridas, mediterránea, centroeuropa, nórdica y latinoamericana) y los ordenamientos que abraza, entendida dicha tradición a partir de su riqueza y complejidad, que exige precisamente de juristas formados para su aprovechamiento, consolidación y evolución;
- i) Explicar cómo la riqueza y complejidad de la Tradición Jurídica Occidental le vienen dadas por i.1. un sustrato clásico (grecolatino) polivalente (dada la multiplicidad de nociones jurídicas, muchas veces contradictorias, que nos lega: *dike*, *nomós*, *ius*, *lex*, *directum*); i.2. una configuración medieval de naturaleza precisamente heterogénea (derechos germánicos, feudal, canónico, mercantil, estatutarios y desarrollo universitario del *ius commune*); i.3. una evolución paradójica durante la modernidad (consistente en la palingenesis del iusnaturalismo racionalista, a través de la codificación y el constitucionalismo, que acabó por transformarlo en su antítesis, el iuspositivismo voluntarista) y i.4. una profunda crisis

¹⁶ Aunque la propuesta original ya está insinuada en *Historia...*, *op. cit.*, por primera vez retomo explícitamente la Ciencia Nueva de Vico y la conveniencia de articularla con el método prospectivo en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Del *Mos Europaeus* al *Mos Americanus Iura Legendi*. Una propuesta de refundación de la Ciencia Nueva para la Integración Jurídica Americana” en *Foro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Nueva Época. Número 8. Madrid. UCM. 2008.

¹⁷ Sobre este tema, véase *Historia...*, *op. cit.*, *passim*.

de su dogmática vigente que se encuentra en vías de superación; de ahí que la polivalencia, la heterogeneidad, la paradoja y la crisis sean los referentes explicativos de su complejidad y riqueza,¹⁸

- j) Incluir un apartado específico sobre la filosofía griega alrededor del derecho, con especial énfasis en los planteamientos de Aristóteles (dike-céntricos) y de los estoicos (nomo-céntricos), su recepción por la jurisprudencia romana y posterior articulación por Tomás de Aquino, como sustrato de los iusnaturalismos jurista, legalista y atemperado, respectivamente;¹⁹
- k) Retomar los planteamientos de la nueva romanística (R. Orestano, M. Bretonne) sobre la diferencia del derecho romano material (reglas e instituciones) y el perfil formal romanista (ideas, métodos y conceptos), reconociendo en este último la importancia específica del sustrato clásico de nuestra tradición jurídica;²⁰
- l) Resarrollar con mayor detalle las semejanzas y diferencias entre nuestra familia jurídica y la del *common law*, a través del estudio de la recepción académica del *ius commune* en Inglaterra, siguiendo a intervalos su desarrollo desde la Edad Media y hasta nuestros días, así como analizando las principales escuelas del pensamiento jurídico anglosajón contemporáneo;²¹
- m) Estudiar en paralelo a la codificación del derecho privado el fenómeno de la constitucionalización del derecho público, siguiendo algunas direcciones trazadas por M. Fioravanti y H. Dippel en Europa y por B. Marquardt en América Latina;²²

¹⁸ Cfr. *Historia...*, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ Para la historia del *common law* puede verse la obra panorámica de John H. Langbein, René Lettow y Bruce P. Smith. *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York. Aspen Publishers-Wolters Kluwer, 2009. Véase también HANKS, Eva, *et. al. Elements of Law*. Cincinnati. Lexis Nexis. Anderson Publishing Co. / Lexis Nexis. 1994. Entre las muchas obras editadas en español sobre el tema, pueden verse: LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*. 4ª edición. México, Ed. Porrúa. 2006, MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*. México. IJ UNAM. 1998, ROJAS AMANDI, Víctor, *Las Fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Angloamericano*. México, Ed. Porrúa. 2005 y Eugenio Ursúa-Cocke. *Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón*. México. Ed. Porrúa. 1984.

²² Cfr. FIORAVANTI, Maurício, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. de MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Madrid. Ed. Trotta. 2007 y MARQUARDT, Bernd, *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*. 2 tomos. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2011.

- n) Bosquejar, a partir de la crisis de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, hacia la segunda mitad del siglo XX, el cuadro tanto a las nuevas tendencias del derecho contemporáneo (internacionalización, supranacionalidad, pluralismo), como de las últimas corrientes de pensamiento jurídico (neo-formalismo, hiper-realismo y neo-estimativismo jurídico, integracionismo, neoconstitucionalismo, garantismo, teorías de la argumentación jurídica, etcétera);²³
- ñ) Prestar una especial atención, dentro del anterior contexto, al fenómeno de la 'glocalización' (globalización + localismos) descrito por U. Beck, su proyección en la conformación de la comunidad internacional de las naciones, en el resurgimiento de las comunidades intra-estatales (länder, regione, comunidades autonómicas, cantones, tribus, comunidades indígenas), así como su convergencia, en el ámbito europeo, en la integración regional alcanzada por la Unión Europea y también presente en América a través de diversas utopías, proyectos y foros, que permiten anticipar la eventual conformación de una Comunidad Americana de Naciones.²⁴

De todas las anteriores perspectivas, métodos, temas, hipótesis y conclusiones, da cuenta el temario y lecturas que se incluyen en el siguiente apartado, cuyo propósito, lo mismo que el del presente artículo, no es otro sino servir de referente para ulteriores mejoras que renueven continuamente la rica tradición histórico-jurídica de nuestra Escuela Libre de Derecho.

²³ Cfr. *Historia...*, *op. cit.*, y las exposiciones generales de Fassò, Rodríguez Paniagua y Truyol.

²⁴ Cfr. Pampillo, *La Integración...*, *op. cit.*, *passim*.

III. PROPUESTA DE TEMARIO Y LECTURAS PARA EL CURSO
DE HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

TEMARIO

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN Y
EL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD

Lección I. Introducción a la Historia General del Derecho

- A) Nociones generales: historia, historiografía, historiografía general.
- B) Contenido, objetivo y límites del curso de Historia General del Derecho.
- C) La tradición del derecho occidental, sus familias jurídicas y sus estilos.
- D) Los juristas y la conformación de las dogmáticas y metodologías jurídicas.
- E) Algunos esquemas ordenadores de la comparación diacrónica (y sincrónica).
 - 1. *Auctoritas y potestas.*
 - 2. *Tópica y sistemática.*
 - 3. *Interpretatio y hermeneusis.*
 - 4. *Pluralismo y monismo en las fuentes de creación jurídica.*
 - 5. *Justicia y orden.*
- F) La Historia General del Derecho y la Escuela Libre de Derecho.
- G) Panorama General del Curso.

Lección II. La idea griega del derecho

- A) Primeras aproximaciones mitológicas.
 - 1. Homero. *La Iliada y La Odisea.*
 - 2. Hesiodo. *La Teogonía. Los trabajos y los días.*
 - 3. Solón. *Nuestra Ciudad.*
- B) Las escuelas presocráticas.
 - 1. *El orden cósmico.*
 - 2. *La crisis y los sofistas.*

- A) La escuela ontológico-teleológica del derecho natural de Sócrates, Platón y Aristóteles y su idea dike-céntrica del derecho.
- B) La *stoa*, la idea nomo-céntrica del derecho y el engarce del iusnaturalismo griego con la jurisprudencia romana.

Lección III. La jurisprudencia romana

- A) Introducción al tema.
 - 1. Importancia y periodización del Derecho Romano.
 - 2. El perfil formal romano: ideas, métodos y conceptos romanísticos.
 - 3. Breve referencia al periodo arcaico.
- B) El Derecho Romano en la época clásica.
 - 4. Condiciones que propiciaron el advenimiento de la época clásica.
 - 5. El procedimiento formulario y el surgimiento del estamento de los juristas.
 - 6. La aparición de la jurisprudencia y la enseñanza del derecho.
 - 7. Principales juristas romanos clásicos.
 - 8. El inicio del declive de la jurisprudencia romana.
- C) La Época Postclásica y Justiniana.
 - 9. La vulgarización y el imperio de la *lex*. Del *ius* al *directum*. Las compilaciones de *iura* y de *leges*.
 - 10. La influencia del cristianismo sobre el derecho romano.
 - 11. El *Corpus Iuris Civilis* y la fusión de un legado polivalente.

SEGUNDA PARTE
EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA

SECCIÓN PRIMERA: EL DERECHO ALTOMEDIEVAL

Lección IV. Destino del derecho romano en la alta edad media

- A) La experiencia jurídica medieval en general y la alta edad media en particular.
- B) La migración de los pueblos y la caída de Roma.

- C) El destino del Derecho Romano en Occidente.
- D) El destino del Derecho Romano en Oriente.

Lección V. El derecho germánico

- A) Introducción, fuentes y consideraciones generales sobre los derechos germánicos.
- B) Principales instituciones del derecho germánico antes y después del asentamiento de los pueblos germánicos en Europa Occidental.
- C) Los derechos germánicos en Inglaterra.

Lección VI. El derecho carolingio

- A) El Imperio Carolingio y el Derecho Imperial. Los Capitulares.
- B) Los derechos locales y el imperio de la costumbre.
- C) División y caída del imperio carolingio.

Lección VII. El derecho feudal

- A) Introducción y presupuestos del feudalismo.
- B) El contrato de vasallaje.
- C) La justicia feudal.
- D) Los diversos tipos de infeudación, o del feudalismo hacia el Estado Moderno.
 - 4. Francia.
 - 5. Alemania.
 - 6. Península Ibérica.
 - 7. Inglaterra; sus repercusiones en la conformación del *common law*.

SECCIÓN SEGUNDA: EL DERECHO BAJOMEDIEVAL

Lección VIII. El derecho mercantil

- A) Generalidades sobre la experiencia jurídica bajomedieval.
- B) El surgimiento de las ciudades y el ascenso de la burguesía.
- C) El *ius mercatorum*.
- D) Instituciones y compilaciones mercantiles.

- E) La ciencia del derecho mercantil.

Lección IX. El derecho canónico

- A) Introducción, concepto, fuentes y periodización del derecho canónico.
- B) Periodo de Formación.
- C) Periodo de Compilación.
 - 1. El *Corpus Iuris Canonici*.
 - a) Decreto, Decretales, Liber Sexto, Clementinas y Extravagantes.
 - b) La ciencia clásica del Derecho Canónico y sus principales exponentes.
 - 2. *Rigor legis, temperatio legis y relaxatio legis*.
 - A) Periodo de la Operación y Estancamiento.
 - B) Periodo de la Codificación.

Lección X. La formación del ius commune europeo

- A) El nacimiento de las Universidades.
- B) La recuperación de los textos justinianos.
- C) El *mos italicus docendi*.
 - 1. Los Glosadores.
 - 2. Los Ultramontanos.
 - 3. Los Comentaristas.
- D) La Formación del *Ius Commune* Europeo. Concepto, características y método.

Lección XI. La recepción del ius commune europeo

- A) Concepto, características, elementos y tipos de recepción.
- B) Breves consideraciones en torno a algunas de las recepciones más significativas en:
 - 1. Francia.
 - 2. Cataluña.
 - 3. Castilla.
- C) La ausencia de recepción en Inglaterra y la formación del *common law*.

TERCERA PARTE
EL DERECHO EN LA MODERNIDAD

SECCIÓN PRIMERA: LA MODERNIDAD ASCENDENTE

Lección XII. El humanismo jurídico

- A) Humanismo y modernidad.
- B) El *mos gallicus docendi* o Humanismo Jurídico
 - 1. Vertiente erudita, ortodoxa y crítica.
 - 2. Vertiente sistematizadora, heterodoxa y protoracionalista.
 - 3. La polémica entre el *mos gallicus* y el *mos italicus* tardío

Lección XIII. Las recepciones tardías

- A) En Holanda. La Jurisprudencia elegante.
- B) En Alemania. El *Usus Modernus Pandectarum*.

SECCIÓN SEGUNDA: LA MODERNIDAD TRIUNFANTE

Lección XIV. La escuela moderna del derecho natural

- A) Racionalismo y modernidad.
- B) Etapas de la Escuela Moderna del Derecho Natural.
 - 1. Precursores.
 - 2. Sistematizadores.
 - 3. El iusnaturalismo ilustrado.
- c) Características del derecho natural racionalista y apreciación crítica respecto del iusnaturalismo clásico.

Lección XV. La codificación y el constitucionalismo

- A) Del Iusnaturalismo Racionalista al Iuspositivismo Voluntarista.
 - 1. La paradójica culminación de una etapa.
 - 2. Noción de Código. Concepto y características.
- B) La Codificación.
 - 1. Las primeras contracciones: Baviera, Prusia y Austria

- 2. El alumbramiento francés.
- 3. La recepción de la codificación.
- 4. La no recepción de la codificación en la familia del *common law*.

C) El Constitucionalismo.

- 1. Ideas y realidades constitucionales en la Antigüedad y en la Edad Media.
- 2. El Constitucionalismo y sus etapas: liberal, social y contemporánea.
- 3. Las tres cunas del constitucionalismo: Estados Unidos, Francia e Hispanoamérica.
- 4. Recepción y desarrollo del constitucionalismo durante el siglo XIX.

Lección XVI. De la exégesis al positivismo legalista

- A) La Escuela de la Exégesis Francesa.
- B) El Ascenso del Positivismo Legalista.

Lección XVII. La escuela histórica alemana

- A) Romanticismo, neoclacisismo e historicismo en Alemania hacia 1800.
- B) La polémica Thibaut-Savigny.
- C) Objetivo y características de la Escuela Histórica.
- D) Las ramas romanistas y germanistas.

Lección XVIII. La pandectística alemana

- A) Antecedentes, significado y principios de la Jurisprudencia de Conceptos.
 - 1. El aprovechamiento de la pirámide conceptual de Wolff.
 - 2. El Derecho Romano como la dogmática jurídica perfecta.
- B) Del positivismo científico al positivismo legalista.
 - 3. El Código Civil Alemán (*BGB*).
 - 4. El Código Civil Suizo (*ZGB*).

Lección XIX. El common law angloamericano

- A) La conformación medieval del *common law*, sus raíces germánicas y feudales.
- B) La influencia del derecho romano en la literatura jurídica inglesa.
- C) El desarrollo del *equity law* y la influencia del derecho canónico.
- D) Relativa insularidad (no recepción del *ius commune* y de la codificación) y definitiva pertenencia a la tradición jurídica occidental.
- E) El Imperio Británico y la difusión de la familia jurídica del *common law*.
- F) Evolución del derecho angloamericano durante la Modernidad
- G) Fuentes y método del *case law* y del *statute law*.
- H) Estudios y profesión jurídica en el derecho angloamericano actual.
- I) Progresivo acercamiento entre el *civil law* y el *common law*.

SECCIÓN TERCERA: LA MODERNIDAD DECADENTE

Lección XX. El absolutismo jurídico

- A) La ley como eulogismo.
- B) El positivismo legalista y sus repercusiones en la doctrina, la enseñanza y la aplicación del derecho.

Lección XXI. El naturalismo jurídico

- A) Apreciación general de esta orientación iusfilosófica.
- B) Principales corrientes jurídicas antiformalistas.
 - 1. Del primer al segundo Ihering.
 - 2. La Jurisprudencia de Intereses.
 - 3. La Escuela del Derecho Libre.
 - 4. El Sociologismo Jurídico.
 - 5. Concepciones colectivistas del derecho.
 - a) Marxismo.
 - b) Fascismo.
 - c) Nacional Socialismo.
- C) Valoración crítica de las corrientes antiformalistas.

SECCIÓN CUARTA: UNA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA PARA UNA NUEVA ÉPOCA HISTÓRICA

Lección XXII. El debate en los últimos cien años

- A) La reacción formalista y el esplendor del positivismo legalista formalista.
- B) Degeneración del positivismo, su crisis y agotamiento.
- C) El signo de los tiempos: el fin de la Modernidad y el comienzo de la Edad Global.
- D) La reacción iusnaturalista. El necesario retorno a la justicia material.
- E) Un nuevo naturalismo posmoderno: el Realismo Jurídico Escandinavo.
- F) La lógica jurídica y las teorías de la argumentación jurídica.
- G) La búsqueda de la integración.
 - 1. Gustavo Radbruch y la cultura como puente entre ser y deber ser.
 - 2. Miguel Reale y el tridimensionalismo jurídico entre hecho, valor y norma.
 - 3. La *Integrative Jurisprudence* de Jerome Hall
 - 4. La Teoría Global del Derecho.
- H) La *Jurisprudence* angloamericana:
 - 1. *Natural Law*.
 - 2. *Analytic Jurisprudence*.
 - 3. La ciencia jurídica norteamericana a partir de C.C. Langdell.
 - 4. El realismo jurídico norteamericano (Holmes, Pound, Llewellyn).
 - 5. *Legal Procees e integrative jurisprudence*.
 - 6. El debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin.
 - 7. *Law & Economics* y otras derivaciones del realismo jurídico.
 - 8. Escuelas críticas: *Critical Legal Studies*, *Feminist Jurisprudence* y *Critical Race Theory*.
- I) Últimas direcciones de la filosofía jurídica y la teoría del derecho.

Lección XXIII: Hacia una nueva dogmática jurídica

- A) La crisis de la legislación estatal: el nuevo derecho internacional, el derecho supranacional, las leyes modelo, los contratos autoregulados, el nuevo auge de la costumbre, la doctrina y el precedente.
- B) La crisis de la jurisdicción estatal: la jurisdicción internacional y supranacional, los medios alternos de solución de controversias, las nuevas prácticas argumentativas.
- C) La reducción de la brecha entre el *civil law* y el *common law*.
- D) Elementos de un nuevo derecho internacional, supranacional y global.
- E) El derecho de la Unión Europea: hacia un nuevo derecho común.
- F) La Integración Americana: ¿hacia un *ius commune americanus*?
- G) Fundamentos para una nueva dogmática jurídica.

REFLEXIÓN FINAL

LECTURAS OBLIGATORIAS
Y COMPLEMENTARIASPRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN Y
EL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD*Lección I. Introducción a la historia general del derecho*** Lecturas Obligatorias*

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulos II y III.

** Lecturas Complementarias*

COING, Helmut, *Las Tareas del Historiador del Derecho Reflexiones Metodológicas*. Traducción de Antonio Merchán Álvarez. Sevilla. Edita el Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1977. 106 pp.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *Hombres e Historia de la Escuela Libre de Derecho*. México. Fondo para la Difusión del Derecho. Escuela Libre de Derecho. 1999. pp. 385-396.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*. Tomos I. Séptima ed. Madrid, Artes Gráficas y Ediciones. 1977 pp. 1-23.

GONZÁLEZ, Luis, "De la múltiple utilización de la historia." en *Historia ¿para qué?* Decima séptima edición. México. Siglo XXI, 1998. pp. 53-74.

KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*. Traducción de José Santa Cruz Teijeiro. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. pp. 247-304.

MONTEJANO HILTON, Julio, *Las fuentes formales del Derecho condicionantes de un derecho justo*. Tesis profesional. México. Escuela Libre de Derecho. 1992.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, "El lema de la Escuela Libre de Derecho" en *Revista de Estudios Jurídicos de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho*. 2005.

- , “Nociones Generales y Esquemas Ordenadores Introdutorios al Curso de Historia General del Derecho” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 28. México. Edita la Escuela Libre de Derecho. 2004.
- , “La Filosofía de la Historia del Derecho y el Futuro de la Tradición Jurídica Occidental” en *Ambiente Jurídico. Revista de la Universidad de Manizales*. Colombia. 2008.
- , “Los Valores de la Escuela Libre de Derecho. Tradición, actualidad y perspectivas” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 29. México. Escuela Libre de Derecho. 2005.

Lección II. La idea griega del derecho

* Lecturas Obligatorias

- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo IV.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Traducción de Mario de la Cueva. 2ª edición. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. pp. 9 a 84.

* Lecturas Complementarias

- DE ROMILLY, Jaqueline, “La educación por las leyes” en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 18. Traducción de Héctor González Uribe, México. 1997. pp. 9 a 25.
- JAEGER, Werner, *Alabanza de la Ley*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. 2ª edición. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1982. 79 pp.
- MARÍAS, Julián, *Historia de la Filosofía*. 3ª Reimpresión en México de la Primera Edición Española. México. Alianza Ed. Mexicana. 1989. pp. 9-82.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “La actualidad de la filosofía jurídica griega” en *Filosofía Política y Jurídica de la Nueva Ilustración*. México. Edi. Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense de

- Madrid, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad de Manizales. 2009.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Textos y Estudios sobre Derecho Natural*. Selección por Ángel Sánchez de la Torre. 2ª Edición. Madrid. Edita la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1985. pp. 25-42.
- VELA, Sergio, *La legiferancia y la prudencia*, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1988.

Lección III. La jurisprudencia romana

* Lecturas Obligatorias

- ADAME GODDARD, Jorge, “Descripción sumaria del *Corpus Iuris*” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 10. México. Edita la Escuela Libre de Derecho. 1986. pp. 11 a 22.
- Alvaro D’Ors. *Derecho Privado Romano*. Quinta edición. Pamplona. Edita la Universidad de Navarra. 1983. pp. 27-110.
- Digesto*. Versión castellana de A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1968. *Libro I, Título I De iustitia et iure*.
- Wolfgang Kunkel. *Historia del Derecho Romano*. Traducción de Juan Miguel. Novena edición. Barcelona. Edita Ariel. 1985. pp. 93-184.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo V.

* Lecturas Complementarias

- ADAME GODDARD, Jorge, “El Derecho Romano como Jurisprudencia” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 15. México, Escuela Libre de Derecho. 1991. pp. 9-24.
- CANNATA, Carlo Augusto *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Trad. Laura Gutiérrez-Masson. Madrid. Editorial Tecnos. 1996. pp. 59-65.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “En torno al concepto romano de *ius* en Juvencio Celso hijo, o brevísima vindicación de la importancia de los estudios romanísticos para el jurista actual” en *Revista de Estudios*

Jurídicos de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho. 2005.

—, “¿Qué es el Corpus Iuris?” en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*. Número 17. México. 2006.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Ed., Madrid. Taurus. 1986. pp. 53-91.

SEGUNDA PARTE EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA

SECCIÓN PRIMERA: EL DERECHO ALTOMEDIEVAL

Lección IV. Destino del derecho romano en la alta edad media

* *Lecturas Obligatorias*

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanistas*. México. Ed. Porrúa. 1992. pp. 267-290.

W. Kunkel, *op. cit.*, pp. 184-188.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, *op. cit.*, Capítulo VI.

Lección V. El derecho germánico

* *Lecturas Obligatorias*

BRUNNER, Heinrich y VON SCHWERIN, Claudius, *Historia del Derecho Germánico*. Barcelona. Ed. Labor. pp. 7-39

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, *op. cit.*, Capítulo VI.

PIRENNE, Henri, *Historia de Europa. Desde las invasiones al siglo XVI*. Traducción de Juan José Domenchina. México. Fondo de Cultura Económica. 1981. pp. 19-39.

* *Lecturas Complementarias*

GIBERT, Rafael, *Elementos formativos del derecho en Europa. Germánico, romano, canónico*. Madrid. Ed. Manuel Huerta. 1982. pp. 43-59.

Lección VI. El derecho carolingio

* *Lecturas Obligatorias*

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, *op. cit.*, Oxford University Press. 2008. Capítulo VI. Pirenne, *op. cit.*, pp. 41-79.

Lección VII. El derecho feudal

* *Lecturas Obligatorias*

GANSHOF, Francois, *El feudalismo*. Traducción por Feliu Formoso. Madrid. Ed. Ariel. 1985. 104-214.

* *Lecturas Complementarias*

BLOCH, Marc, *La sociedad feudal. La formación de los vínculos de dependencia*. México. UTEHA. 1979. pp. 129-142.

SECCIÓN SEGUNDA: EL DERECHO BAJOMEDIEVAL

Lección VIII. El derecho mercantil

* *Lecturas Obligatorias*

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “Retos y proyecciones del derecho mercantil frente a la globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática” en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil*. Tomo I. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2006.

* *Lecturas Complementarias*

PIRENNE, Henri, *op. cit.*, pp. 147-178.

GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*. Versión de Joaquín Bisbal. Barcelona. Ed. Laia 1980. pp. 45-65.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, "Del *Ius Mercatorum* Bajomedieval al Moderno Derecho Comercial Internacional" en *Gaceta de Cultura Jurídica Mexicana*. Número 1. México. Poder Judicial de la Federación. 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*. Madrid. Ed. Tecnos. 1995. pp. 346-368.

*Lección IX. El derecho canónico** *Lecturas Obligatorias*

CLAVERO, Bartolomé, *Historia del Derecho. Derecho Común*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 1994. pp. 11-49

GIBERT, Rafael, *op. cit.*, 91-115.

DE CERVANTES, Javier, *La Tradición Jurídica de Occidente*. Antología de los Apuntes del Profesor Javier de Cervantes. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1978. pp. 101-107.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho. op. cit.*, Capítulo VII.

* *Lecturas Complementarias*

MOSTAZA RODRÍGUEZ, Antonio, *et. al. Nuevo Derecho Canónico. Manual Universitario*. Madrid. Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. 1983. pp. 6-51.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, "Las Relaciones Jurídicas entre la Iglesia y el Estado en México: Antecedentes Históricos y Actualidad" en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac*. Número 15. Año XIX. México. Universidad Anáhuac. 2004.

—, "¿Qué es el Corpus Iuris?" en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*. Número 17. México. 2006.

*Lección X. La formación del ius commune europeo** *Lecturas Obligatorias*

GROSSI, Paolo, *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid. Edita Marcial Pons. 1996. pp. 137-232.

KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*. Traducción de José Santa Cruz Teijeiro. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. pp. 101-164.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo VII.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón. Madrid. Editorial Aguilar. 1957. pp. 48-61.

* *Lecturas Complementarias*

CANNATA, *op. cit.*, pp. 142-148.

MOLITOR, Eric y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Trad. de Ángel Martínez Sarión. Barcelona. Ed. Bosch. 1980. pp. 9-31.

MARGADANT, Guillermo F. *La Segunda Vida del Derecho Romano*. México. Edita Miguel Ángel Porrúa. 1986. pp. 101-137.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, "Orígenes, desenvolvimiento, crisis y alternativas de la Universidad Contemporánea" en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac*. Número 16. Año XX. México. Universidad Anáhuac. 2005.

*Lección XI. La recepción del ius commune europeo** *Lecturas Obligatorias*

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo VII.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *op. cit.*, pp. 213-222 y 232-248.

WIEACKER, *op. cit.*, pp. 93-116

* *Lecturas Complementarias*

DE CERVANTES, Javier, *op. cit.*, pp. 151-166.
MOLITOR-SCHLOSSER, *op. cit.*, pp. 137-149.

TERCERA PARTE
EL DERECHO EN LA MODERNIDAD

SECCIÓN PRIMERA: LA MODERNIDAD ASCENDENTE

*Lección XII. El humanismo jurídico** *Lecturas Obligatorias*

KOSCHAKER, *op. cit.*, pp. 167-190
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México.
Oxford University Press. 2008. Capítulo VIII.
VALVERDE, Carlos, *Génesis, estructura y crisis de la modernidad*. Madrid.
Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. 1996. pp. 3-41.

* *Lecturas Complementarias*

DE LOS MOZOS, José Luis, *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1977. pp. 283-300.

*Lección XIII. Las recepciones tardías** *Lecturas Obligatorias*

WIEACKER, *op. cit.*, 161-194

SECCIÓN SEGUNDA: LA MODERNIDAD TRIUNFANTE

*Lección XIV. La escuela moderna del derecho natural** *Lecturas Obligatorias*

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, *op. cit.*,
Oxford University Press. 2008. Capítulo VIII.
RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del Pensamiento Jurídico*. 5ª
ed. Madrid. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1984.
pp. 97-118.
HERVADA, Javier *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. 3ª edición.
Pamplona. Universidad de Navarra. 1996. 249-266 y 281-288.

* *Lecturas Complementarias*

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*.
México. Edita la Universidad Nacional Autónoma de México. 1999.
327-347.
URZAIZ LARES, María Cristina, "El Fondo del Canasto." en *Estudios Jurídicos de Homenaje al XC Aniversario de la Escuela Libre de Derecho*.
2002. pp. 503-518.

*Lección XV. La codificación y el constitucionalismo** *Lecturas Obligatorias*

MARQUARDT, Bernd, *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*. 2 tomos. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2011. Tomo I, Primera parte.
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México.
Oxford University Press. 2008. Capítulo VIII.
TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pp. 465-481.
MOLITOR-SCHLOSSER, *op. cit.*, pp. 61-80

* *Lecturas Complementarias*

FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid. Editorial Trotta. 2007.

*Lección XVI. De la exégesis al positivismo legalista** *Lecturas Obligatorias*

FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción de José F. Lorca Navarrete. 3ª ed. Madrid. Ediciones Pirámide. 1983. Tomo III, pp. 16-27.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo VIII.

* *Lecturas Complementarias**Lección XVII. La escuela histórica alemana** *Lecturas Obligatorias*

AGUILERA BARCHET, Bruno, *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*. Madrid. Editorial Civitas. 1996. pp. 41-63.

MOLITOR-SCHLOSSER, *op. cit.*, 81-101.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. OXFORD UNIVERSITY PRESS. 2008. CAPÍTULO VIII.

WIEACKER, *op. cit.*, pp. 325-377.

* *Lecturas Complementarias*

VON SAVIGNY, Friedrich Karl, "Sobre el Fin de la Revista de la Escuela Histórica." en Pompeu Casanovas y Juan José Moreso (editores). *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Barcelona. Editorial Crítica. 1994.

*Lección XVIII. La pandectística alemana** *Lecturas Obligatorias*

LARENZ, Karl *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona. Editorial Ariel. 1966. pp. 39-56.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo VIII.

WIEACKER, *op. cit.*, pp. 378-436.

*Lección XIX. El common law angloamericano** *Lecturas Obligatorias*

MORINEAU, Marta *Una introducción al Common Law*. México. IJ. UNAM. 1998. Capítulos I, II y III.

* *Lecturas Complementarias*

LANGBEIN, John H., LETTOW, Renée, y SMITH, Bruce P. *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York. Aspen Publishers-Wolters Kluwer. 2009.

DUXBURY, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*. New York. Clarendon Press. 1995.

HANKS, Eva H., *et. al. Elements of Law*. United States of America. Lexis Nexis. 1994.

SECCIÓN TERCERA: LA MODERNIDAD DECADENTE

*Lección XX. El Absolutismo Jurídico** *Lecturas Obligatorias*

GROSSI, Paolo, "Absolutismo Jurídico y Derecho Privado en el Siglo XIX." en *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*. Barcelona. Edita Universitat Autònoma de Barcelona. 1991. pp. 11-26.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo IX.

WIEACKER, *op. cit.*, pp. 490-498.

*Lección XXI. El Naturalismo Jurídico*** Lecturas Obligatorias*

FASSO, *op. cit.*, pp. 161-180 y 247-261.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo IX.

WIEACKER, *op. cit.*, pp. 498-520

SECCIÓN CUARTA: UNA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA
PARA UNA NUEVA ÉPOCA HISTÓRICA

*Lección XXII. El debate en los últimos cien años*** Lecturas Obligatorias*

FASSO, *op. cit.*, pp. 227-235 y 239-243.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo IX a XV.

—, “La Edad Global y la Teoría Global del Derecho” en *Filosofía Política y Jurídica de la Nueva Ilustración*. México. Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Universidad Nacional de Tucumán, Universidad de Manizales. 2009.

WIEACKER, *op. cit.*, pp. 520-542.

** Lecturas Obligatorias*

DUXBURY, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*. New York. Clarendon Press. 1995.

GUARDINI, Romano, *El Ocaso de la Modernidad. Un intento de orientación*. Madrid. Ediciones Guadarrama. 148 pp.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho. Un intento de re-construcción de lo jurídico, desde la re-composición de lo humano, para los albores de una nueva época*. México. Ed. Porrúa. 2005.

REALE, Miguel *Teoría Tridimensional del Derecho*. Traducción de Ángeles Mateos. Madrid. Ed. Tecnos. 1997. pp. 69-78.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, *op. cit.*, pp. 215-238.

VALVERDE, *op. cit.*, pp. 329-343.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003.

VILLORO, Luis *El Pensamiento Moderno. Filosofía del Renacimiento*. México. Editan El Colegio Nacional y el Fondo de Cultura Económica. 1992.

VILLORO TORANZO, Miguel, “Las diversas escuelas positivistas del derecho” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 12. México. Edita la Escuela Libre de Derecho. 1988. pp. 439-451.

*Lección XXII. Hacia una nueva dogmática jurídica*** Lecturas Obligatorias*

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Capítulo IX a XV.

—, *La Integración Jurídica Americana, Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Escuela Libre de Derecho y Editorial Porrúa. 2012.

** Lecturas Complementarias*

Ricardo Alonso García. *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*. Madrid. Editan Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Editorial Civitas. 1989.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “Bases jurídicas para la integración jurídica americana. Algunas reflexiones en torno a la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe” en *Temas de Derecho III*. México. Edita Pandecta, Organismo para la difusión cultural de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho. 2010.

—, “Del *Mos Europaeus* al *Mos Americanus Iura Legendi*” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 32. México. Escuela Libre de Derecho. 2008.

- PIZZOLO, Calogero, *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General. Mercosur, Unión Europea, Comunidad Andina, SICA*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Gascón, Marina, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*. Trad. Javier M. Rodríguez. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010.
- ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Trad. CAMPIONE, Roger, Dykinson, Madrid, 2005.

LA DOBLE PERSONALIDAD HISTÓRICA DE LA NUEVA ESPAÑA EN LA FASE DE SU INDEPENDENCIA

Humberto PINEDA ACEVEDO¹

INTRODUCCIÓN

Con el presente breve estudio, se busca un contexto histórico-político de nuestra Independencia, dividiendo el movimiento independentista en dos visiones: Insurgentes y Trigarantes, realizando dicha partición desde un enfoque objetivista, dedicándonos al estudio general de la ideología de los distintos personajes que se involucraron en el proceso de nuestra Independencia; así como también para distinguir o definir adecuadamente dichas concepciones que se han llegado a mal interpretar.

La Independencia mexicana muestra de manera evidente, una partición de ideas entre los líderes del movimiento y que desembocaron, aparentemente, en consecuencias radicalmente opuestas. Entonces, por un lado se encontraban los Insurgentes, que buscaban una Independencia absoluta de la Monarquía española e intentando fomentar el fervor Republicano; mientras que por otra parte estaban los Trigarantes, que a pesar de que dicho sector es la fusión entre Insurgentes y Realistas, las ideas políticas que cobraron fuerza fueron las de los españoles, y que se interpretaron en los siguientes elementos: la Monarquía Constitucional y la cultura colonial novohispana.

Ambos bandos, tanto Insurgentes como Trigarantes postulaban una teoría esencialista, en virtud de reivindicar un ente anterior al nuevo Estado que buscaba independizarse, intentando restituir el aztequismo o el

¹ Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Actualmente trabajando en la misma Institución en el Centro de Investigación e Informática Jurídica. Interesado en los estudios de la historia del derecho patrio y la filosofía del derecho. Correo electrónico: acevedo.humberto.eld@gmail.com

indigenismo. Por lo tanto, se trataba de la restitución de los derechos del gobierno Mexica, por lo que se buscaba la reivindicación de una nación indígena, una nación originaria de suelo americano.²

La diferencia que mostraron ambos grupos fue la visión en sus proyectos políticos y en sus demandas constitucionales, debido a que los Insurgentes se inclinaron por imponer un sistema Republicano (semejante al de Estados Unidos de América), mientras que los Trigarantes argumentaron que la Monarquía Constitucional se podía convertir en el gobierno adecuado para el nuevo país.

Ahora, debo aclarar que desde mi percepción, los estudios históricos no deben ubicar una proyección tradicionalista o conservadora en la categoría del movimiento Trigarante de manera rotunda y absoluta, debido a que su postura contiene ciertos matices liberales; así como la postura Insurgente también llegó a contener luces conservadoras.

Además, debo mencionar que utilicé el término de Nueva España en el título de este artículo, en virtud de que en términos jurídico-políticos, México aún no existía como tal ni como lo conocemos actualmente, sino que la realidad en aquél entonces era la dimensión novohispana que se emancipaba de España, es decir, el ente novohispano era el que se encontraba vigente entre los años de 1808 y 1810, ya que el Estado Mexicano se creó en 1821 con el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba.

La detonación del conflicto

Cursaba el año de 1808 en España, el motín de Aranjuez desembocó en las abdicaciones de Carlos IV y de Fernando VII, transmitiéndole el poder monárquico a Napoleón Bonaparte, y que este a su vez lo transmitió a su hermano, José Bonaparte.

El impacto político no se hizo esperar, por lo que la agitación social provocó la reunión de Juntas o Asambleas en la península Ibérica, tomando la soberanía o el vacío de poder por las distintas clases populares que la reclamaban, en razón de que no existía un monarca legítimo en el reino, ya que Pepe Botella no era considerado formalmente el rey de la población española.

² O'GORMAN, Edmundo. *La supervivencia política novo-hispana. Reflexiones sobre el Monarquismo Mexicano*. 4ª edición; México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Historia, 1986, pp. 6 y 7.

El rol político de la Nueva España tuvo relevancia con el criollismo, principalmente en el Ayuntamiento de la ciudad de México, que evidentemente estaba integrado por criollos y donde Francisco Azcárate junto con Francisco Primo de Verdad, elaboraron una exposición escrita denominada: "La Representación del Ayuntamiento de México", que consistió en sostener la tesis de la reasunción de la soberanía por el pueblo,³ en virtud de que el verdadero rey legítimo (en este caso Fernando VII) se encontraba ausente de su trono y de su detentación del poder, por encontrarse cautivo por los franceses.

Se buscaba una Independencia provisional, en tanto se trataba de restablecer en el poder a Fernando VII, por lo que el Ayuntamiento de la Ciudad de México, encabezado por el Virrey Iturrigaray, resguardaría los derechos absolutos del monarca español sobre sus tierras novohispanas. Tena Ramírez denomina a esto, como la tesis de la autonomía, en razón de que el Virrey se haría del poder del rey por un plazo incierto; y también a la vez es la tesis de la emancipación, ya que no debían obedecerse las órdenes del nuevo rey de España.⁴

El Ayuntamiento de la Ciudad de México se consideró como representante de la Nueva España con fundamento en las Reales Cédulas del 22 de octubre de 1523 y 26 de diciembre de 1606, en las que se declaraba a México como la cabeza de todas las provincias de la Nueva España; y también las Reales Cédulas del 19 de junio de 1568 y 11 de agosto de 1590, en donde se reconocía un derecho tradicional de representación que se le otorgaba a la ciudad capital.⁵ Por lo tanto los criollos citaron, expresamente, el carácter representativo del Ayuntamiento como principal órgano de gobierno de la Nueva España.

En consecuencia, dicho Ayuntamiento intentaba reunir o convocar un verdadero Congreso, para deliberar de manera pacífica la Independencia de la Nueva España. Sin embargo, los españoles encabezados por Gabriel de Yermo, finiquitaron las primeras ilusiones y esperanzas de libertad, ante el temor de la probable proclamación ya no de una Independencia provisional, sino de una verdadera Independencia absoluta del reino español.

³ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-2005*. 25ª edición; México, ed. Porrúa, 2008, p. 3.

⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe. *El ideario Político-Constitucional de los criollos mexicanos de 1808*. 2ª edición; México, ed. Porrúa, 2010, p. 80.

⁵ *Ibidem.*, p. 84.

Como bien podemos observar, la detonación del conflicto político de nuestra Independencia, empezó con la invasión napoleónica a España, y que se desbordó en un instrumento jurídico sumamente importante para nuestro país: la Constitución del 19 de marzo de 1812, cuyo ordenamiento constitucional fue el primero en nuestro país. He aquí el inicio del conflicto jurídico entre Insurgentes y Trigarantes, porque por una parte nos encontramos con esta Constitución de Cádiz que fue reconocida como primer ordenamiento constitucional por el Plan de Iguala, y por otro lado nos topamos con el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, cuyos juristas insurgentes reclamaban que esta última norma fundamental era en realidad el primer documento constitucional de nuestro país.

La batalla jurídico-política entre Insurgentes y Trigarantes apenas comenzaba, por lo que el año de 1808 en la Nueva España, fue el parte aguas para una mayor división entre los distintos sectores sociales; y que más tarde dicha oposición ideológica jamás encontró reconciliación, sino hasta 1867 con la reinstauración de la República Liberal de Juárez.

La partida Insurgente

El enfoque jurídico Insurgente, se situó en un pensamiento Republicano, pero que dicha idea tuvo una curiosa evolución, debido a que los Elementos Constitucionales de López Rayón de 1811 reconocieron, en primera instancia, una Monarquía Constitucional con ciertos tintes británicos:

4° La América es libre e independiente de toda otra nación.

5° La soberanía dimana inmediatamente del pueblo, reside en la persona del señor don Fernando VII y su ejercicio en el Supremo Congreso Nacional Americano.

17° Habrá un Protector Nacional nombrado por los representantes.

31° Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre ley *Corpus haveas* de la Inglaterra.⁶

Lo anterior fue una cita textual de los artículos más importantes de dicha norma jurídica, en donde destaca el artículo 5°, por virtud de que aún

reconoce la detentación del poder del reino por parte de Fernando VII, por lo que el pensamiento de Ignacio López Rayón no quiebra del todo con el intento independentista de 1808 que observamos en el apartado anterior; solamente con la ligera diferencia de que en aquél año de 1808 se intentaba salvaguardar la Monarquía absoluta con Fernando VII, mientras que en 1811 con los Elementos Constitucionales, se buscaba consolidar la Monarquía moderada (Constitucional). Por lo tanto, el pensamiento criollo hasta 1811 se visualizaba con dos elementos importantes: una Monarquía Constitucional (sin lugar a dudas) y un rompimiento con España, por el hecho de que en esos momentos aún estaba gobernando todavía el espurio de Pepe Botella.

Sin embargo, este pensamiento sufrió una modificación importantísima con las siguientes normas jurídicas: *los Sentimientos de la Nación*, Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de América Septentrional y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, en donde el grupo Insurgente liderado por José María Morelos y Pavón, intentó la Independencia absoluta del reino español, encabezando un gobierno de corte Republicano, y que dicho proyecto López Rayón terminó aceptándolo.

Entre algunos artículos relevantes de los *Sentimientos de la Nación* de 1813, tenemos los siguientes:

1° Que la América es libre e independiente de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione dando al mundo las razones.

5° Que la Soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias de números.

6° Que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.

11° Que los Estados mudan costumbres y, por consiguiente, la Patria no será del todo libre y nuestra mientras no se reforme el Gobierno, abatiendo el tiránico, substituyendo el liberal, e igualmente echando fuera de nuestro suelo al enemigo español, que tanto se ha declarado contra nuestra Patria.

12° Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia

⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, op. cit., pp. 24 a 27.

y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto.⁷

Como podemos observar, además de determinar la Independencia absoluta de la América de cualquier Nación y Monarquía, también se señala que la soberanía se deposita directamente en el Supremo Congreso Nacional Americano, y ya no se menciona algo al respecto de Fernando VII. Por lo tanto, la Monarquía en nuestro suelo quedaba descartada.

Posteriormente, meses más tarde en el mismo año de 1813, se promulgó el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de América Septentrional, en donde se vuelve a marcar de forma evidente, el rompimiento con la Monarquía española:

El congreso de Anáhuac legítimamente instalado en la ciudad de Chilpancingo de la América septentrional por las provincias de ella: declara solemnemente, a presencia del Sr. Dios, árbitro moderador de los imperios y autor de la sociedad, que los da y los quita según los designios inescrutables de su providencia, que por las presentes circunstancias de la Europa ha recobrado el ejercicio de su soberanía usurpado: que en tal concepto queda rota para siempre jamás, y disuelta la dependencia del trono español: que es árbitro para establecer las leyes que le convengan para el mejor arreglo y felicidad interior...⁸

Un año más tarde, la República se consideró como el modelo jurídico ideal a seguir, por virtud del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, mejor conocido como la Constitución de Apatzingán:

Art. 5. Por consiguiente la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución.

⁷ Documento consultado el 25 de agosto de 2014 en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. Original. Sentimientos de la Nación, rubricados por José María Morelos, 1813. Ubicado en el sitio: <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL02SB05FO131AICMUI01US06>

⁸ Documento consultado el 25 de agosto de 2014 en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. Acta solemne de la declaración de la Independencia de la América Septentrional, 1813. Ubicado en el sitio: <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL01SB01FO177HISUI116US286>

Art. 11. Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar, y la facultad de aplicarlas a los casos particulares.

Art. 12. Estos tres poderes legislativo, ejecutivo, y judicial no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación.

Art. 18. Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.

Art. 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas.

Art. 44. Permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de Supremo Congreso Mexicano. Se crearán además dos corporaciones, la una con el título de Supremo Gobierno, y la otra con el de Supremo Tribunal de Justicia.

Art. 48. El supremo Congreso se compondrá de diputados elegidos uno por cada provincia, e iguales todos en autoridad.

Art. 132. Compondrán el Supremo Gobierno tres individuos... serán iguales en autoridad, alternando por cuatrimestres en la presidencia...

Art. 181. Se compondrá por ahora el Supremo Tribunal de Justicia de cinco individuos, que por deliberación del Congreso podrán aumentarse, según lo exijan y proporcionen las circunstancias.⁹

Cabe destacar la creación de un triunvirato en el Poder Ejecutivo, así como las definiciones de la ley y de la felicidad del pueblo. La anterior Constitución de Apatzingán es el modelo jurídico que consolida a los primeros Insurgentes, con una óptica relativamente liberal (los Insurgentes no eran radicalmente liberales), pero que se vio cortada por la desintegración del movimiento, y más aún con el fusilamiento de su líder, José María Morelos.

Por lo que entre los años de 1815 y 1816, con el regreso del absolutismo de Fernando VII al haber censurado la Constitución de Cádiz, la

⁹ Documento consultado el 25 de agosto de 2014 en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana. Sancionada en Apatzingán, 1814. Ubicado en el sitio: <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL02SB05FO131AICMUS011>

guerra de Independencia de los Insurgentes en la Nueva España debió hacer una pausa, en virtud de que solamente quedaron guerrillas aisladas con Guerrero y Victoria, además de la breve participación de Mina; y así fue hasta el año de 1820.

El movimiento Insurgente Liberal proclamaba una República, basada en las raíces exclusivamente americanas, ya que se trataba de proyectar el esquema político de los Estados Unidos de América, con el sencillísimo razonamiento de que en América las Monarquías de corte europeo no podían implementarse nunca más en suelo americano (salvo el caso especial de Brasil).

Los Insurgentes buscaban la fundación de una nueva nación que se forjaran en los lazos históricos propios, provenientes de los años anteriores a la llegada de los españoles a estas tierras, tratando de localizar un pasado propio que proyectara un modelo político adecuado para el gobierno del nuevo país que buscaba independizarse de España.

La postura Trigarante

Debemos comenzar este apartado con la conspiración de la Profesa, en donde se buscaba la Independencia de la Nueva España, en función del movimiento liberal iniciado por el general Riego en España, obligando a Fernando VII a jurar la Constitución de Cádiz, por lo que la Monarquía Constitucional se buscaba restablecer para el año de 1820.

En consecuencia, en el suelo novohispano se intentaba una Independencia pacífica de España, semejante al movimiento criollo que se fraguó en 1808 (la tesis de la reasunción de la soberanía), debido a que se buscaba salvaguardar el absolutismo, y no se quería reconocer el Constitucionalismo Gaditano. Se argumentó que Fernando VII estaba coartado de su libertad al jurar la Constitución, por lo que el restablecimiento constitucional no debía imponerse en la Nueva España, y por lo tanto se podría facultar al Virrey para continuar con el gobierno novohispano, de manera independiente del gobierno liberal que se instalaba en España.

Sin embargo, el Virrey Apodaca se vio obligado a jurar el modelo constitucional Gaditano, y con esto se convirtió en el Jefe Político Superior de la Nueva España (ya no detentaba el cargo de Virrey), debido a que así lo preveía la Constitución de Cádiz en su artículo 324.

Por lo expuesto con anterioridad, aquí surge un punto de inflexión o de quiebre, debido a que la postura original tradicionalista de la Profesa, cambió radicalmente hacia el atenuado Liberalismo Gaditano con el juramento de Apodaca. Por ello, surgió el movimiento Iturbidista o Trigarante, que sostenía que el camino adecuado para lograr la Independencia de la Nueva España era la reconciliación de los diversos grupos políticos y sociales que habían estado en una cruenta guerra civil desde 1810. De tal forma, que así se podía consolidar la fuerza suficiente para independizar al territorio novohispano, y de manera pacífica.

Iturbide creó un proyecto constitucional que se sostuvo básicamente en tres normas jurídicas, y que se consideran como reglas primigenias del orden jurídico mexicano: Plan de Iguala o Plan de la Independencia de México, Tratados de Córdoba y el Acta de Independencia del Imperio Mexicano; convirtiéndose dichos instrumentos jurídicos en la némesis del antiguo proyecto Insurgente realizado en los años de 1813 y de 1814 que estudiamos en el apartado inmediato anterior. Empero, ¿realmente los proyectos y las normas jurídicas de los Insurgentes y los Trigarantes eran tan distintos y opuestos?

En primer lugar, transcribiré a continuación los artículos más destacados del Plan de Iguala,¹⁰ en cuanto a lo que atañe a este breve trabajo:

2º La Nueva España es Independiente de la antigua y de toda otra potencia, aún de nuestro Continente.

3º Su Gobierno será Monarquía moderada, con arreglo a la Constitución peculiar y adaptable del reino.

4º Será su Emperador el Sr. D. Fernando Séptimo, y no presentándose personalmente en México dentro del término que las Cortes señalaren a prestar el juramento, serán llamados en su caso, el serenísimo Sr. Infante D. Carlos, el Sr. D. Francisco de Paula, el Archiduque Carlos u otro individuo de Casa reinante, que estime más conveniente el Congreso.

¹⁰ Para el presente trabajo, me basé en el Plan de Iguala que tiene el Archivo General de la Nación, debido a que existen varias versiones de dicho instrumento jurídico, en donde contienen 23 o 24 puntos. La versión que consideré es la de 24 puntos. Para profundizar más en el tema, véase la obra: ARENAL FENOCHIO, Jaime del. *Un modo de ser libres: Independencia y Constitución en México (1816-1822)*. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010, pp. 100 a 115.

12° Todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos, ni indios son ciudadanos de esta Monarquía con opción a todo empleo, según su mérito y virtudes.

16° Se formará un ejército protector que se denominará de las tres garantías, porque bajo su protección tomará lo primero, la conservación de la Religión católica, apostólica, romana... lo segundo, la Independencia bajo el sistema manifestado: lo tercero, la unión íntima de americanos y europeos...

21° Ínterin las Cortes se establecen, se procederá en los delitos con total arreglo a la Constitución española.¹¹

Como observamos, podemos destacar la Independencia absoluta de la antigua España, y que una vez independizada se tenía que organizar como una Monarquía Constitucional, atendiendo a una Constitución propia, análoga, peculiar y adaptable del reino, por lo que el proyecto Iturbidista creó las bases para realizar una Constitución del nuevo Estado que se independizaba. Mientras se reunieran las Cortes para crear dicha norma constitucional, la Constitución de Cádiz fue la norma fundamental que estuvo en vigor, para que el nuevo Estado no quedase desamparado constitucionalmente.

Por ende, el Plan de Iguala es una norma que se ha clasificado como Tradicionalista, sin embargo podemos estudiar de manera general que no encaja de forma tajante en una concepción conservadora, sino al contrario, podríamos decir que se trata de una postura Liberal moderada, al contener verdaderas bases constitucionales bajo un modelo Monárquico Constitucional.

Inclusive el Plan de Iguala va más allá que Cádiz, y reconoce en su artículo 12 un punto clave que discutieron, vía epistolar, arduamente Iturbide y Guerrero, el reconocimiento a la ciudadanía a todos los habitantes de la Nueva España, sin importar el asunto racial que imperaba en las diversas clases sociales. Esto se debe, a que en la Constitución de Cádiz en su artículo 22, no reconocía a los mulatos, a los negros, ni a las castas (originarios del África) como ciudadanos de la antigua Monarquía espa-

¹¹ Documento consultado el 25 de agosto de 2014 en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. Plan de Iguala o Plan de Independencia de México, 1821. Ubicado en el sitio: <http://www.agn.gob.mx/independencia/imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL01FO003GVSE013IOUI0060USPI>

ñola, tal como lo estudia y analiza Jaime del Arenal¹². Por lo que, el Plan de Iguala podía considerarse, desde una visión estrictamente jurídica, más liberal que la misma Constitución de Cádiz.

Ahora, citaré a continuación algunos artículos que resaltan en los Tratados de Córdoba:

1. Esta América se reconocerá por Nación soberana e independiente, y se llamará en lo sucesivo Imperio Mejicano.
2. El Gobierno del Imperio será monárquico constitucional moderado.
3. Será llamado a reinar en el Imperio Mejicano (previo el juramento que designa el artículo 4° del Plan) en primer lugar el Sr. D. Fernando Séptimo Rey Católico de España, y por su renuncia o no admisión, su hermano el Serenísimo Señor Infante D. Carlos; por su renuncia o no admisión el Serenísimo Señor Infante D. Francisco de Paula; por su renuncia o no admisión el Serenísimo Señor Carlos Luis Infante de España antes heredero de Etruria, hoy de Luca, y por renuncia o no admisión de este, el que las Cortes del Imperio designaren.
12. Instalada la Junta provisional, gobernará interinamente conforme a las leyes vigentes en todo lo que no se oponga al plan de Iguala, y mientras las Cortes formen la Constitución del Estado.¹³

El Tratado de Córdoba reconoció las bases proclamadas en el Plan de Iguala, al haber declarado la Independencia absoluta de la Nueva España, constituyendo una Monarquía Constitucional bajo el nombre de Imperio Mexicano, y volviendo a remarcar, específicamente en su artículo 12, la vigencia de la Constitución de Cádiz y la construcción jurídica de una Constitución propia para el nuevo Imperio Mexicano independiente.

A continuación transcribo lo más importante del último instrumento jurídico que mencioné en algunos párrafos atrás de este mismo apartado, el Acta de Independencia del Imperio Mexicano de 1821:

La Nación Mexicana que, por trescientos años, ni ha tenido voluntad propia, ni libre el uso de la voz, sale hoy de la opresión en que ha vivido.

¹² ARENAL FENOCHIO, Jaime del. *Un modo de ser libres: Independencia y Constitución en México (1816-1822)*. Ob. cit., pp. 73 a 89.

¹³ Documento consultado el 25 de agosto de 2014 en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. Tratados de Córdoba, 1821. Ubicado en el sitio: <http://www.agn.gob.mx/independencia/imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL01FO003GVSE013IOUI0060UC0055>

Restituida, pues esta parte del septentrión al ejercicio de cuántos derechos le concedió el Autor de la Naturaleza... declara solemnemente... que es Nación Soberana e independiente de la antigua España, con quien, en lo sucesivo, no mantendrá otra unión que la de una amistad estrecha... que va a constituirse, con arreglo a las bases que en el Plan de Iguala y Tratado de Córdoba estableció...¹⁴

Con tal manifestación, formalmente, el 28 de septiembre de 1821 se declaró la Independencia del nuevo Imperio Mexicano, y constituyéndose el nuevo Estado, a partir de las bases constitucionales hechas en el Tratado de Córdoba y el Plan de Iguala.

Este movimiento político Trigarante de la Independencia que se ha clasificado, históricamente, como Tradicionalista, se le ha adjudicado de forma errónea el hecho de reivindicar el ente novohispano con sus costumbres jurídicas absolutistas, tal como lo señalé en la introducción de este trabajo. No obstante, esta reivindicación novohispana realmente corresponde a la conspiración de la Profesa de 1820, en virtud de que esta buscaba rechazar el juramento a la Constitución de Cádiz, en afán de rescatar el absolutismo español para la Nueva España.

El movimiento Trigarante no buscó escaparse del modelo constitucional Gaditano, sino todo lo contrario, lo que realmente propuso fue su reconocimiento, teniendo una estructura constitucional que legitimara el movimiento de Independencia en el año de 1821, contando con una visión jurídica relativamente moderna.

CONCLUSIONES

Después de haber estudiado la Independencia de nuestro país en los términos anteriormente expuestos, debemos distinguir las concepciones Insurgente y Trigarante, o más bien contextualizarlas adecuadamente. Ambos bandos se refieren a la búsqueda de la reivindicación o restitución de los derechos del indigenismo, determinando una cultura y devenir histórico propios que facilitasen el establecimiento de una propia forma de gobierno en suelo americano. La postura tradicionalista, en el presente trabajo,

¹⁴ Documento consultado el 25 de agosto de 2014 en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. Acta de Independencia del Imperio Mexicano, 1821. Ubicado en sitio: <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL02SB05FO131AICMUS001>

se refiere a los conspiradores de 1820, que buscaron la Independencia, a través del hecho de evitar el juramento de la Constitución de Cádiz en la Nueva España, y que intentaban volver a fundar el ente novohispano con sus antiguas costumbres y tradiciones.

Debo reafirmar que los Trigarantes no son tradicionalistas, ni muchos menos deben ser tratados como conservadores, en función de que sostuvieron un sendero constitucional y pacífico para lograr la Independencia en 1821; y cuyos miembros pertenecieron a la corriente ideológica del Iturbidismo tardío. Este grupo político sí constituyó una forma de gobierno Monárquica Constitucional, ya no absoluta como lo buscaban los tradicionalistas de la Profesa, sino verdaderamente moderada con límites constitucionales.

La diferencia esencial entre los primeros Insurgentes y los Trigarantes, consistió en analizar, cuidadosamente, la visión histórica para introducir un modelo de gobierno adecuado para el Estado Mexicano en 1821. Por lo que en este año, el debate político en torno a la forma de gobierno adecuada para nuestro país, cobró verdadera relevancia al no encontrar la correcta interpretación histórica que se le debía dar al caso mexicano en su modelo de gobierno, ya que transcurrieron varios años sin llegar a un consenso en dicha situación.

En mi opinión, la doble personalidad histórica reflejada o plasmada en los grupos Insurgente y Trigarante, no es una concepción necesariamente opuesta entre un pensamiento y otro, en función de que ambos grupos buscaron la Independencia absoluta de la Nueva España, sustentándose con bases constitucionales que legitimaran el movimiento independentista. Si bien los primeros Insurgentes comenzaron utilizando la guerra como el principal medio para conseguir la Independencia, también recurrieron a las ideas jurídicas fundamentales que ya hemos analizado en los anteriores apartados, y que en conjunción con la ideología jurídica de los Trigarantes, lograron fundar este país, primero como una Monarquía Constitucional, y posteriormente como una República Federal; convirtiéndose en la dicotomía Monarquía-República del siglo XIX y, que permaneció formalmente hasta 1867, cuando Juárez reinstaló definitivamente el modelo Republicano para el ser de nuestra nación.

Bibliografía

- ALAMÁN, Lucas. *Historia de México desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*. México (colección) T. V Parte segunda, imprenta de J.M Lara, calle de la Palma número 4; 1852, 960 pp.
- ARENAL FENOCHIO, Jaime del. *Un modo de ser libres: Independencia y Constitución en México (1816-1822)*. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010, 307 pp.
- , *Unión, Independencia, Constitución. Nuevas reflexiones en torno a un modo de ser libres*. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010, 150 pp.
- BÚLNES, Francisco. *La Guerra de Independencia. Hidalgo-Iturbide*. México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Historia, Edición Facsimilar, 1910, 431 pp.
- O'GORMAN, Edmundo. *La supervivencia política novo-hispana. Reflexiones sobre el Monarquismo Mexicano*. 4ª edición; México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Historia, 1986, 93 pp.
- , *México. El trauma de su historia*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, 119 pp.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *El ideario Político-Constitucional de los criollos mexicanos de 1808*. 2ª edición; México, ed. Porrúa, 2010, 117 pp.
- , *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 25ª edición; México, ed. Porrúa, 2008, 1179 pp.

*Apartado especial

Nueva Historia General de México. México, D.F., El Colegio de México, 2010 (segunda reimpresión de 2013), 818 pp.

Los siguientes documentos los encontré en el portal web del Archivo General de la Nación, específicamente en: <http://www.agn.gob.mx/independencia/documentos.html>. A continuación, enlistaré cada instrumento jurídico con su respectiva localización en internet.

Original. Sentimientos de la Nación, rubricados por José María Morelos, 1813. <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL02SB05FO131AICMUI01US06>

Acta solemne de la declaración de la Independencia de la América Septentrional, 1813. <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL01SB01FO177HISUI116US286>

Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana. Sancionada en Apatzingán, 1814. <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL02SB05FO131AICMUS011>

Plan de Iguala o Plan de Independencia de México, 1821. <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL01FO003GVSE013IOUI0060USPI>

Tratados de Córdoba, 1821. <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL01FO003GVSE013IOUI0060UC0055>

Acta de Independencia del Imperio Mexicano, 1821. <http://www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCL02SB05FO131AICMUS001>

CONFLICTOS NORMATIVOS

Francisco Rubén QUIÑÓNEZ HUÍZAR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sistema Jurídico*. III. *Formas de significación deóntica*. IV. *Relaciones deónticas*. V. *Conflictos normativos*. VI. *Conclusiones*.

La ignorancia que descansa, no sobre una negación, sino en la admisión positiva de ciertos términos, es el error cometido por el razonamiento.

ARISTÓTELES

Segundos analíticos

I. INTRODUCCIÓN

Todo sistema jurídico tiene dos funciones esenciales: 1. Regular la conducta de los sujetos a quienes se dirigen las normas y 2. Evaluar la conducta de dichos sujetos. La primera función le corresponde a la lógica. La segunda, le compete a la Ética.

Un sistema jurídico debe considerar ambas funciones, pues no tomar en cuenta alguna significa que el sistema no es completo y que no responde a los intereses de la sociedad a la que está dirigido.

En este trabajo vamos a referirnos sólo a la primera función, esto es, a la forma en que la lógica se relaciona con el sistema jurídico, de manera que las cuestiones de la ética no serán objeto de análisis.

Antes de comenzar, es preciso señalar hacia dónde se dirige nuestra investigación. El problema fundamental es determinar si los conflictos entre normas hacen inconsistente a todo un sistema jurídico, para lo cual, se

tendrá que determinar, cuáles son las características del sistema jurídico y el papel de la lógica, así como precisar ¿qué se entiende por norma?, Enunciado normativo, proposición jurídica y forma enunciativa deóntica.

Para tales fines hemos prescindido de un análisis histórico, en cuanto al origen y evolución de los conflictos normativos, pues preferimos enfocar nuestra atención en dar una respuesta al planteamiento evitando adentrarnos al estudio de cuestiones que no tienen relación directa con el objeto de nuestra investigación.

Dentro del primer apartado, se encuentra el análisis de los conceptos de sistema, sistema deductivo y orden, donde se explica en forma detallada dentro de cual puede ser encuadrado el sistema jurídico, pues de ello dependerá en gran medida la respuesta al planteamiento de nuestra tesis.

Por su parte, en el segundo apartado, se encuentra un estudio sobre los diversos niveles de interpretación lógica que existen en el sistema jurídico: normas, enunciados normativos, proposiciones jurídicas. En este apartado, también hemos hecho la diferenciación entre norma y forma enunciativa deóntica.

En el tercer apartado aparece un análisis sobre las relaciones deónticas, con el fin de que puedan ser mejor entendidas, para facilitar la comprensión del último apartado relativo a los conflictos normativos.

En el último apartado se cuenta la explicación sobre la forma en que el sistema jurídico se ve afectado con un conflicto entre normas. Finalmente aparecen las conclusiones para que el lector tenga mayor claridad sobre los temas tratados en este trabajo.

II. SISTEMA JURÍDICO

Antes que todo, es preciso explicar el significado del concepto de “sistema jurídico”, ya que de esto depende, en gran parte, el enfoque que sigue este análisis.

Al hablar de sistema jurídico, necesariamente tenemos que hablar de orden jurídico, es por ello que para entender mejor la connotación de ambos conceptos, es preciso entender el significado tanto de sistema, como de orden dentro del lenguaje ordinario, y hacer la distinción con el significado que se utiliza en la lógica, para finalmente saber cuál es el que se aplica al Derecho.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, la palabra “sistema” significa por un lado, un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; asimismo, es entendida como un conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto.¹ Como podemos apreciar la principal característica en esta definición es la relación de principios o reglas sobre una materia, así como el orden entre ellos.

Por su parte el mismo diccionario define la palabra “orden” como la colocación de las cosas en el lugar que respectivamente les corresponde; y como una serie o sucesión de las cosas.²

Ahora bien, después de haber proporcionado las definiciones en el lenguaje ordinario, es preciso que nos adentremos al metalenguaje de la lógica, y así poder hacer una adecuada diferenciación, para poder saber si el sistema jurídico es un sistema deductivo, o un sistema dialéctico.

Un sistema deductivo es un tipo especial de sistema en que los elementos son proposiciones y las relaciones entre los elementos son relaciones lógicas.³ Como se puede observar la principal característica del sistema deductivo es que los elementos que lo integran son proposiciones, a las cuales se les puede aplicar sin ninguna dificultad las leyes de la lógica formal.

Un sistema ordinario,⁴ consiste en elementos que guardan ciertas relaciones. Por ejemplo, el sistema solar es un sistema que consiste en determinados elementos a saber, el sol, los planetas y sus satélites, que guardan relaciones sin implicación formal.

Nadie puede negar que la noción de sistema se halle en la base de toda ciencia y toda filosofía. La noción de sistema en general es mucho menos precisa que la de sistema deductivo pues la característica que distingue a los sistemas deductivos es la implicación.

Cuando varios elementos tienen un origen común, así como una conexión entre sí basta para determinar un sistema ordinario. Todos los siste-

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Tomo II, España, 1992, p. 1888.

² *Ibidem*, p. 1578.

³ STEBBING, Susan, *Introducción moderna a la lógica*, Centro de Estudios Filosóficos-UNAM, México, 1965, p. 204 y 205.

⁴ Llamaremos sistema ordinario, para diferenciarlo del deductivo a aquel que no contiene relaciones lógicas entre sus elementos, y donde tampoco puede llevarse a cabo la implicación.

mas tienen en común el hecho de que sus elementos constituyentes son compatibles y de que todos los elementos están determinados entre sí.⁵

De lo anterior se desprende que un sistema jurídico es un conjunto de normas vinculadas entre sí, por una fuente común,⁶ que es la que da origen al propio sistema. Esta misma fuente permite introducir cambios en el mismo (expansión o contracción).⁷

No obstante, a pesar de que el sistema jurídico se integra por un conjunto de normas que mantienen relaciones lógicas, no podemos encuadrarlo dentro de los sistemas deductivos, ya que la inferencia entre normas no es formal sino dialéctica.⁸

Es preciso decir, que los sistemas jurídicos son dinámicos,⁹ esto quiere decir que están sujetos a cambios en el transcurso del tiempo. Si un sistema jurídico es un conjunto de normas, entonces es claro que todo cambio de un sistema es reemplazo de un sistema por otro.

Por lo tanto, al referirnos al cambio de un sistema por otro, estamos hablando de una secuencia temporal de sistemas normativos que cambian o se modifican con el transcurso del tiempo.¹⁰ Al hablar de sistema jurídico, no podemos dejar de lado los conceptos positivos de consistencia, y completitud, pero estos serán analizados en el último capítulo.

III. FORMAS DE SIGNIFICACIÓN DEÓNTICA

Comenzaremos por el análisis del concepto de norma, pues de ella derivan los otros tres: enunciados normativos, proposiciones jurídicas y formas enunciativas deónticas.

La palabra "norma" proviene del latín *norma*, el cual designa un mandamiento, un reglamento, o una orden, sin embargo, mandar no es la única

⁵ STEBBING, Susan, *op. cit.* p. 231.

⁶ Llámese Constitución, Norma Fundante, Regla de Reconocimiento o cualquier otra fuente del sistema jurídico.

⁷ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, pp. 476 y 477.

⁸ La dialéctica se basa en una óptica totalmente distinta a la lógica formal, tiene una perspectiva distinta ante la realidad y sus formas son cambiantes. La dialéctica es la lógica del movimiento, de la evolución y el cambio. En resumen, de las contradicciones.

⁹ Ídem.

¹⁰ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, *op. cit.*, p. 403. Es preciso señalar que ellos solamente hablan de sistema jurídico como un conjunto de normas y nosotros hemos agregado los enunciados normativos y las proposiciones jurídicas.

función de la norma, ya que también pueden decretar, permitir, autorizar y derogar.¹¹

El término norma ha sido considerado por muchos iusfilósofos como ambiguo, pues su significado oscila entre el significado expresado por un texto y el mero texto.¹² Sin embargo, consideramos que no existe tal ambigüedad, pues la segunda significación debe ser entendida como el enunciado normativo, es decir, es el conjunto de signos lingüísticos (lenguaje) a través del cual se expresa la norma. Por lo tanto, la norma es el significado del enunciado normativo.

De lo anterior, se desprende que, no es lo mismo la norma que el enunciado normativo, ya que la norma es algo abstracto, que se encuentra dentro de los diferentes enunciados normativos que contiene una constitución, una ley, un reglamento etcétera. Por su parte, el enunciado normativo es el texto donde se encuentra el contenido de la norma.

Ahora bien, en cuanto a la definición que proporciona el *Diccionario de la Real Academia Española* una "proposición" es una exposición de un juicio entre dos términos llamados sujeto y predicado, oración. "Enunciado" es la forma de expresar una idea.¹³ Así, podemos observar, que no es lo mismo una proposición que un enunciado, pues mientras la primera es un juicio, es decir la afirmación o negación que se hace sobre alguna cosa; el segundo es solamente una idea que no afirma ni niega nada.

Antes de entrar al análisis de las proposiciones jurídicas es necesario señalar, que desde el ya conocido artículo de von Wright "Deontic Logic", publicado en 1951,¹⁴ hasta las últimas publicaciones sobre lógica deóntica, solamente se habla de dos niveles en el sistema jurídico: las normas y los enunciados normativos o proposiciones jurídicas, es decir, el enunciado normativo y la proposición jurídica son tomados indistintamente. Sin embargo, existe una distinción entre enunciado normativo y proposición jurídica. De manera que vamos a referirnos a cuatro niveles deónticos: 1. normas, 2. enunciados normativos, 3. proposiciones jurídicas y 4. formas enunciativas deónticas.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas*, México, 1994, p. 19.

¹² ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.* p. 479.

¹³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, TT. I y II, España, 1992, pp. 513 y 1720.

¹⁴ VON WRIGHT, George Henrik, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1998.

La mayoría de los lógicos acepta la distinción entre normas y proposiciones normativas y reconocen su importancia teórica.¹⁵ En particular, casi todos aceptan que las dos categorías son mutuamente excluyentes (ninguna oración deóntica puede expresar una norma y una proposición jurídica a la vez) y muchos de ellos están de acuerdo en que también son conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que toda oración deóntica expresa o bien una norma o bien una proposición jurídica pero no ambas.¹⁶

El primero en señalar la distinción entre norma y proposiciones normativas fue Bentham quien distinguió el imperativo autoritativo de las formulaciones no autoritativas que se encuentran en los libros escritos por particulares, pero no por el legislador.¹⁷

Por su parte, ya en 1941 Ingmar Hedenius hizo la distinción entre las oraciones jurídicas “genuinas” y “espurias” que corresponden a normas y proposiciones normativas.¹⁸

Alf Ross también hace la distinción señalando que las normas jurídicas son expresiones sin significado representativo pero son usadas con el propósito de ejercer influencia, mientras que las proposiciones de la ciencia del Derecho son aserciones, esto es, expresiones con significado representativo. Hart por su parte habla de los enunciados internos (normas) y los externos (proposiciones normativas).¹⁹

Para Kelsen la distinción entre norma y regla o proposición jurídica está basada en la correlativa diferenciación entre funciones de creación y conocimiento del derecho. La función del legislador consiste en prescribir determinadas conductas y la cumple creando normas jurídicas. La función de conocimiento del derecho compete a la ciencia jurídica y consiste en la descripción de las normas jurídicas creadas por el legislador. Dicho conocimiento se expresa en proposiciones jurídicas o reglas de derecho. La regla de derecho es, pues, aquella proposición por medio de la cual el científico describe a la norma jurídica.²⁰

Ahora bien, debemos determinar las relaciones que se establecen en cada uno de los cuatro niveles que estamos analizando. Por lo que se re-

¹⁵ Para un análisis detallado de las diferencias entre las normas y las proposiciones normativas, así como de los dos niveles de lenguaje que manejan *vid.* KALINOWSKI, George. *Lógica de las Normas y Lógica Deóntica*, Fontamara, México, 1996.

¹⁶ ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, *op.cit.*, p. 479.

¹⁷ *Ibidem*, p. 176.

¹⁸ *Ibidem*, p. 178.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 333.

fiere a las normas, la mayoría de los filósofos comparten la opinión de que las normas carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas pero pueden ser obedecidas o satisfechas.

Las normas jurídicas tienen existencia temporal, comienzan a existir en un cierto momento y dejan de existir en un momento posterior. La existencia temporal de las normas debe ser analizada en términos de pertenencia a un determinado sistema.

Las normas comienzan a existir a partir de los actos de promulgación realizados por las autoridades competentes y dejan de existir cuando son derogadas en forma expresa o tácita.

Por lo tanto, las relaciones que se establecen entre las normas no se encuentran dentro de la lógica formal, puesto que se trata de un sistema ordinario con relaciones dialécticas, esto es, no puede existir una inferencia deductiva, ya que su promulgación, modificación o derogación, depende de las propias reglas del sistema y no del silogismo.

Además, las normas son prescripciones, es decir obligan, prohíben o permiten determinadas conductas, las cuales deben ser obedecidas independientemente de que el sujeto al que se dirigen las acepte o no, por lo tanto, aquí no se puede alegar verdad o falsedad de una norma, ni puede ser confrontada con la realidad, sino que debe ser obedecida porque el sistema jurídico así lo ordena.

Los enunciados normativos, constituyen el texto donde se expresa el contenido de la norma. Un enunciado normativo está formado por el conjunto de signos lingüísticos a través de los cuales se expresa una norma. Las relaciones que se establecen entre los enunciados normativos son de lógico dialéctico más no formal, ya que son prescriptivos al igual que las normas.

Las proposiciones jurídicas, a diferencia de las normas y los enunciados normativos pueden ser verdaderas o falsas, pero no siendo prescripciones no pueden ser obedecidas o desobedecidas, pues lo que ellas establecen es simplemente un juicio que debe ser confrontado con la norma jurídica para determinar si es verdadero o falso.

La confrontación que proponemos con las normas jurídicas, es necesaria porque solamente de esa forma se trataría de proposiciones jurídicas y no simplemente de proposiciones en general, cuya lógica le corresponde a la lógica formal.

Para Monfred Moritz la lógica deóntica sólo puede ser interpretada como lógica de proposiciones jurídicas. Pero si las expresiones deónticas

son proposiciones normativas, ¿por qué han de diferenciarse de un modo significativo de todas las demás proposiciones? Después de todo, la lógica se interesa en la forma no en el contenido. Por lo tanto, la lógica deóntica así interpretada se trata simplemente de la lógica formal aplicada a las normas.²¹

De igual manera, para Kelsen, la proposición es verdadera si y sólo si la norma descrita por ella es una norma válida dentro del orden jurídico²² en cuestión y ésta última aserción se verifica indirectamente constatando que esa norma fue creada por una autoridad humana a través de un acto empíricamente comprobable.²³

En la obra de Kelsen aparece la distinción crucial entre norma jurídica y proposición jurídica. La norma jurídica es creada por la autoridad normativa; no es verdadera ni falsa, pero es válida o inválida y también eficaz o ineficaz. La proposición jurídica es formulada por la ciencia del Derecho, es descriptiva y por lo tanto, verdadera o falsa, pero no es válida ni inválida, ni tampoco puede ser obedecida o desobedecida.²⁴

Carlos Alchourrón por su parte, usa la expresión lógica normativa para identificar la lógica de las proposiciones normativas, no para referirse a la lógica de las normas.²⁵ Las relaciones lógicas de las normas son estudiadas por la lógica deóntica.

En cuanto a las formas enunciativas deónticas, podemos decir que constituyen una simbología, a través de las cuales, se trata de expresar el contenido de la norma, pero no debemos confundirlas con los enunciados normativos, ya que estos se expresan a través del lenguaje ordinario, y las formas enunciativas deónticas por medio de los signos **O**, **F**, **P+**, y **P-** que se encuentran en el cuadrado de oposición deóntica.

Por otro lado, las formas deónticas tampoco son normas, ya que la norma es algo abstracto cuyo contenido se encuentra dentro del enunciado normativo. Es así que, no podemos decir que **Op**, es tal o cual norma, pues la norma solamente la encontramos dentro de un determinado ordenamiento, entonces, no debemos equiparar un símbolo que trata de expresar el contenido de una norma, con la norma misma, ya que una norma puede

ser interpretada de diversas formas y las formas enunciativas deónticas, sólo constituyen una interpretación.

Para finalizar este apartado, debemos recalcar que no son lo mismo la norma, el enunciado normativo, la proposición jurídica y la forma enunciativa deóntica, pues para los dos primeros casos las relaciones lógicas se encuentran dentro de la lógica dialéctica y constituyen un sistema ordinario. Para los dos últimos casos, las relaciones lógicas son de tipo formal y forman parte de sistemas deductivos.

IV. RELACIONES DEÓNTICAS

Antes que todo, diremos que un conflicto normativo existe cuando aquello que una norma dispone como debido (obligando, prohibiendo o permitiendo), es irreconciliable con aquello que otra dispone también como debido pero de manera opuesta.

La **contradicción** según el *Diccionario de la Real Academia Española* es la afirmación o negación que se oponen recíprocamente.²⁶ Lo cual nos indica que en el lenguaje ordinario una contradicción existe siempre que una afirmación o una negación se oponen entre sí, sin embargo, no es lo mismo la contradicción en el lenguaje ordinario que en metalenguaje lógico, ya que en este último se aplica la inferencia formal.

Para poder estudiar el significado de la contradicción en la lógica formal, debemos señalar que con el trabajo de Aristóteles (348-322) surge la lógica en la historia. El desarrollo de la teoría del silogismo, a la que se alude cuando se habla de la lógica aristotélica es el antecedente remoto de la lógica contemporánea.²⁷

En el despliegue de la parte central de su teoría, Aristóteles considera cuatro tipos diferentes de enunciados o proposiciones, a partir de los cuales formula sus propuestas de argumentación válida. Los cuatro enunciados²⁸ en cuestión son el *universal afirmativo*, "todo **S** es **P**" (**A**), el *universal negativo*, "ningún **S** es **P**" (**E**), el *particular afirmativo*, "algún **S** es **P**" (**I**), y el *particular negativo*, "algún **S** no es **P**" (**O**). En donde las letras

²¹ *Ibidem*, p. 173.

²² Kelsen maneja en varias partes de su obra indistintamente orden jurídico y sistema jurídico.

²³ Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, p. 336.

²⁴ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

²⁵ *Ibidem*, p. 25.

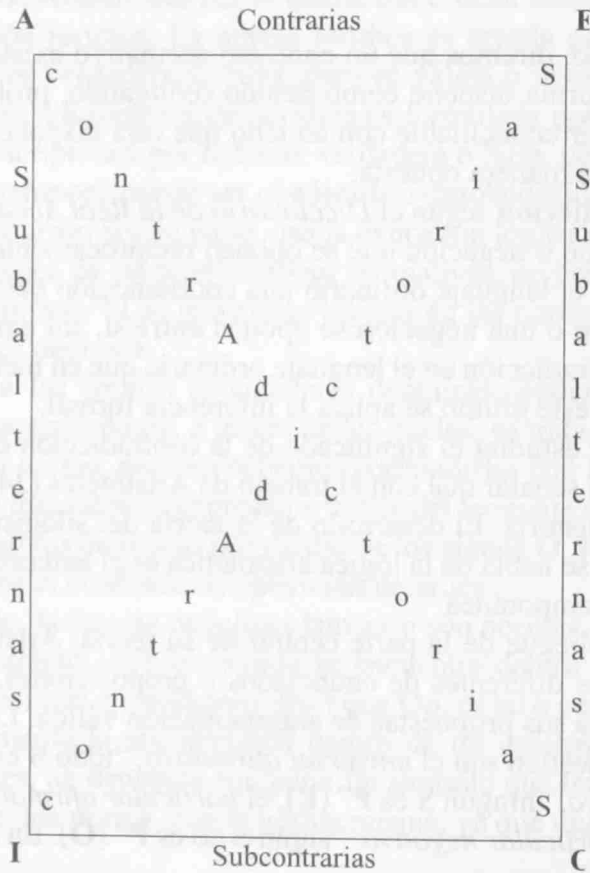
²⁶ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, p. 348.

²⁷ Robles García, José, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, "Historia de la lógica", España, 1995, pp. 49 y 50.

²⁸ Estos enunciados son formas enunciativas, es decir, expresiones en las que figuran variables y se convierten en enunciados una vez que se sustituyen por las expresiones adecuadas correspondientes.

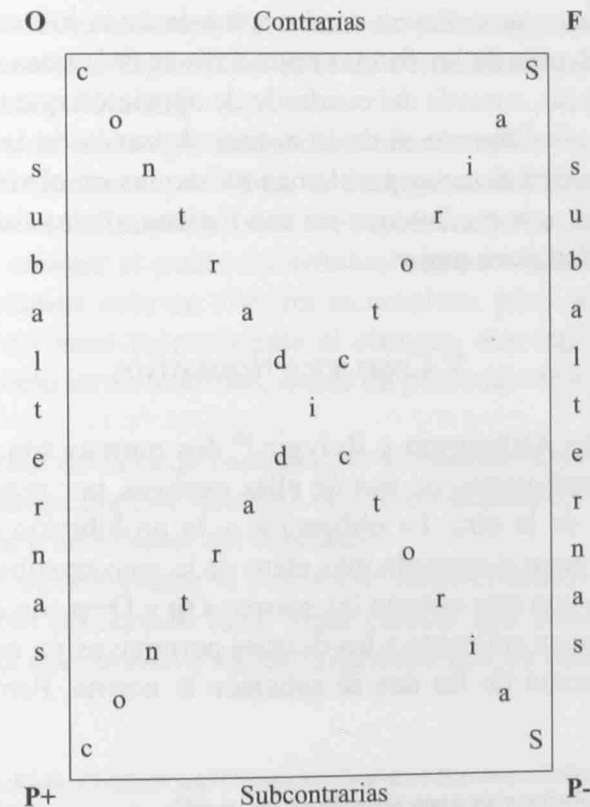
S y P son *variables predicativas* que se toman como valores sustantivos generales, de tal manera que una forma enunciativa de tipo (I), “algún S es P”, se convierte en el enunciado “algún hombre es mortal” al sustituir S y P por “hombre y” “mortal”, respectivamente.

La manera gráfica, postaristotélica, de representar las relaciones lógicas entre las formas enunciativas (A, E, I, O) se conoce con el nombre de *cuadrado de oposición* y es el siguiente:



Las relaciones lógicas que se dan entre estos enunciados son: los *contrarios* (A, E) esto es, los enunciados universales, pueden ser ambos falsos, pero no ambos verdaderos; los *subcontrarios* (I, O) esto es, los enunciados particulares, en cambio, pueden ser ambos verdaderos, pero no ambos falsos, por otra parte, con respecto a la *subalternación*, de la verdad de cualquiera de los contrarios (A, E), se sigue la verdad del subcontrario correspondiente (I, O), y de la falsedad de cualquiera de los subalternos (I, O) se sigue la falsedad del contrario correspondiente (A, E). Finalmente, los enunciados *contradictorios* tienen siempre valores veritativos opuestos: si uno de ellos es verdadero, el otro es falso y a la inversa.

Ahora bien, este cuadrado de oposición, ha sido trasladado por los lógicos al derecho, con las mismas características, sólo que en lugar de las formas enunciativas (A, E, I, O) aparecen las formas enunciativas deónticas (O, F, P+, P-), donde O significa obligatorio, F prohibido y la P permisión, que puede ser positiva cuando la norma permite hacer P+, o bien negativa cuando permite no hacer P-. El cuadrado de oposición deóntico es el siguiente:



Las relaciones lógicas que se dan entre estos enunciados son: los *contrarios* (**O**, **F**) esto es, los enunciados universales, pueden ser ambos falsos, pero no ambos verdaderos; los *subcontrarios* (**P+**, **P-**) esto es, los enunciados particulares, en cambio, pueden ser ambos verdaderos, pero no ambos falsos, por otra parte, con respecto a la *subalternación*, de la verdad de cualquiera de los contrarios (**O**, **F**), se sigue la verdad del subcontrario correspondiente (**P+**, **P-**), y de la falsedad de cualquiera de los subalternos (**P+**, **P-**) se sigue la falsedad del contrario correspondiente (**P+**, **P-**). Por último, los enunciados *contradictorios* tienen siempre valores veritativos opuestos: si uno de ellos es verdadero, el otro es falso y a la inversa.

Debemos recalcar, que una norma no es lo mismo que una forma enunciativa deóntica, pues la norma es algo abstracto e intangible que existe expresada en un enunciado normativo, y que también puede ser expresada de manera simbólica a través de dichas formas deónticas.

Es importante que aclaremos que en las normas jurídicas se dan relaciones dialécticas o materiales, pues su creación, modificación o derogación no son procesos que se lleven a cabo a través de la inferencia deductiva. No obstante, dentro de las formas enunciativas deónticas sí pueden darse relaciones lógicas, a través del cuadrado de oposición que señalamos, pero este, es un nivel diferente al de la norma. A través de las formas enunciativas, se pueden detectar problemas existentes en el sistema, para que posteriormente, con medios que no son lógicos, dicho sistema pueda ser modificado y funcione mejor.

V. CONFLICTOS NORMATIVOS

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin,²⁹ dos normas son contradictorias cuando el cumplimiento de una de ellas excluye, por razones lógicas, el cumplimiento de la otra. La obligación y la prohibición simultáneas de una acción ofrecen el ejemplo más claro de la incompatibilidad.

De acuerdo con este criterio las normas **Op** y **O¬p** son contradictorias. Este criterio no es aplicable a las normas permisivas ya que **Pp** y **P¬p** al cumplir cualquiera de las dos se satisface la norma. Pero en cambio la

prohibición o la obligación si pueden ser contradictorias con la permisón, así **Pp** y **Op** son contradictorias.

Ya que estamos en el terreno de la contradicción, no debemos dejar de lado el concepto de **coherencia**, el cual, según Alchourrón y Bulygin, significa que ningún caso genérico tiene dos o más soluciones incompatibles, es decir, es la ausencia de contradicciones, por lo que dos normas que suministran soluciones incompatibles para el mismo caso entran en conflicto.

Esta postura analiza a las normas desde el punto de vista de la lógica deóntica, es decir, se trata de proposiciones normativas que interpretan el contenido de las normas en el derecho, siendo así, el sistema es incoherente.

Desde el nivel de la lógica deóntica, la contradicción consiste en que las dos normas no pueden ser ambas obedecidas por razones lógicas. Cuando una acción es a la vez prohibida y permitida, el sistema normativo correspondiente es inconsistente.

También Alchourrón y Bulygin, han señalado, que un sistema jurídico puede, como se sabe, ser defectuoso por razones de fondo: puede contener prescripciones inconvenientes. Pero también pueden presentarse defectos puramente formales o lógicos. La falta de completitud y la incoherencia pertenecen a estos últimos.³⁰

El problema de la completitud del sistema jurídico es conocido en la literatura jurídica como el problema de las lagunas del Derecho. Un sistema con lagunas es incompleto, pero ese problema no es objeto de nuestra investigación, aunque sí podemos señalar, que por existir lagunas en el sistema, no estamos ante un sistema incompleto, pues al igual que una contradicción no hace inconsistente al sistema, una laguna tampoco lo vuelve incompleto en su totalidad, desde un punto de vista normativo más no deóntico.

Los problemas de falta de completitud y coherencia en el sistema jurídico son problemas lógicos formales que se encuentran en el terreno de la ciencia jurídica y no al nivel del derecho.

Ahora bien, es interesante la postura de Risto Hilpinen,³¹ quien señala que un conflicto de normas tiene lugar cuando una persona está sujeta (por un sistema normativo) a varias exigencias que no pueden ser satisfe-

³⁰ *Ídem.*

³¹ Cfr. HILPINEN, Risto. *Conflicts and Change in Normative Systems*, citado por Carlos Alchourrón, en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, p. 292 y ss.

²⁹ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *op.cit.*, p. 407.

chas simultáneamente. Un conflicto normativo no implica inconsistencia lógica entre las normas del sistema.³² Lo más importante de esta idea de Hilpinen, es que hace referencia un sujeto en particular, quien ya ha sido requerido por dos normas opuestas, no obstante, aquí todavía el juez no tiene conocimiento, sin embargo ¿estamos ya ante una contradicción, o es necesario que el juez conozca la causa?

Según Hilpinen un sistema normativo puede dar lugar a conflictos normativos sin ser lógicamente inconsistente y un sistema que admite la posibilidad de situaciones conflictivas no es necesariamente incoherente.

Según Alchourrón y Bulygin, en el caso de la contradicción tenemos una superabundancia de normas: el sistema contiene demasiadas normas y la solución del problema exige la eliminación de por lo menos una de las normas contradictorias. Cuando existe contradicción, el sistema fracasa en su función más importante, la de regular la conducta social, pues toda conducta es a la vez conforme y contraria al sistema, en ambos casos se trata de un problema lógico.³³

Lo que podemos señalar respecto a las posturas anteriores es, que ambas son correctas, ya que cada tesis se encuentra en un nivel lógico distinto. Debemos recordar que existen dos nivel de significación jurídica: el sistema de las normas jurídicas que proporcionan la significación jurídica prescriptiva y el sistema de los enunciados jurídicos que proporcionan la significación jurídico-cognoscitiva.³⁴

Por tanto, la postura de Hilpinen es correcta al señalar que un conflicto entre normas no hace incoherente ni inconsistente un sistema jurídico. Esta afirmación la hace porque se encuentra en el nivel normativo, es decir, del lenguaje prescriptivo. La lógica utilizada para resolver este conflicto es dialéctica o normativa y la inferencia no es deductiva, de ahí que, al existir un conflicto entre dos normas, no es necesario proponer una revisión del sistema, sino que basta que el juzgador lo resuelva en el caso concreto.

La tesis de Alchourrón y Bulygin, de igual forma es correcta, ya que la lógica de las proposiciones jurídicas se basa en la lógica formal de tipo deductiva. Al analizar el contenido de dos normas desde un punto de vista

³² *Ibidem*, p. 292.

³³ *Ibidem*, p. 293.

³⁴ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM-III, México, 1976, p. 38.

silogístico arroja como consecuencia que el sistema sea incoherente y no quepa la posibilidad de la existencia de ambas normas en el sistema, convirtiéndolo en inconsistente.

Ahora bien, para abundar un poco más en el tema hablemos del significado de inferencia y de implicación. La palabra inferencia se emplea correctamente en un sentido lo suficientemente amplio para incluir no sólo la deducción o la inferencia formal, sino cualquier paso de un dato **A**, a una conclusión **B**.

El que una inferencia sea deductiva depende de la naturaleza de la relación que rija entre las proposiciones dadas y las proposiciones inferidas. Esta relación es la base lógica de la inferencia, de modo que, a menos que esta relación rija, la inferencia no puede ser válida, o mejor dicho, se trata de una simple inferencia, pero no de una inferencia deductiva, pues no toda inferencia es deductiva.

La relación de implicación rige entre dos proposiciones dadas independientemente de cualquier pensante que pueda, o no pueda, aprehender esta relación. A fin de que haya inferencia, debe haber un pensante que afirme las proposiciones.³⁵

A fin de que haya inferencia deductiva, las proposiciones que constituyen las premisas de la inferencia deben ser tomadas por verdaderas. Podría objetarse que una proposición puede ser meramente supuesta a fin de ver qué se desprende de ella. Pero, en este caso, la conclusión no sería inferida; tan solo se vería que está implicada por la premisa supuesta,³⁶ pero en las normas no ocurre ni esto, pues una norma no puede implicar a otra.

Para que exista inferencia deductiva, las proposiciones deben ser afirmadas y que una proposición afirmada debe tomarse como equivalente a la afirmación de que la proposición es verdadera.

Para que la proposición **q** pueda ser deducida o formalmente inferida de **p**, debe haber entre **p** y **q** una relación tal que **q** sea una consecuencia de **p**. Esta relación recibe el nombre de implicación.

Como podemos ver, en las normas no existe ni inferencia deductiva, ni implicación, ya que la implicación sólo se da entre proposiciones, no obstante, no podemos negar que existe una inferencia, pero que nada tiene que ver con la deducción, pues como ya lo vimos el sistema de normas es

³⁵ STEBBING, Susan, *op.cit.*, p. 257.

³⁶ *Ibidem*, p. 258.

un sistema ordinario, a diferencia de los sistemas deductivos que existen en las proposiciones jurídicas, o las formas enunciativas deónticas.

Por lo tanto, para finalizar diremos que los conflictos normativos aparecen en tiempos distintos para el derecho (lógica normativa) y para la ciencia del derecho (lógica deóntica). En el caso del primero un conflicto aparece en el momento que existe un sujeto al que se le tienen que aplicar dos normas contradictorias; en el caso de la ciencia jurídica el conflicto normativo aparece en el momento mismo en que son establecidos dos supuestos contradictorios, independientemente de que se concreten a un caso.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Un sistema deductivo es un tipo especial de sistema en que los elementos son proposiciones y las relaciones entre los elementos son relaciones lógicas. Como se puede observar la principal característica del sistema deductivo es que los elementos que lo integran son proposiciones, a las cuales se les puede aplicar sin ninguna dificultad las leyes de la lógica formal, cosa que no ocurre con el sistema de las normas, pues no son proposiciones.

SEGUNDA. Si bien es cierto, el sistema jurídico se integra por un conjunto de normas, enunciados normativos y proposiciones jurídicas, solamente en el caso de los enunciados normativos y de las proposiciones jurídicas se trata de sistemas deductivos, en cambio, en el caso de las normas es un sistema en el sentido ordinario del concepto.

TERCERA. No es lo mismo la norma que el enunciado normativo, ya que la norma es algo abstracto, que se encuentra dentro de los diferentes enunciados normativos que contiene una constitución, una ley, un reglamento etcétera. Por su parte el enunciado normativo es el texto donde se encuentra el contenido de la norma.

CUARTA. Las relaciones que se establecen entre las normas no son lógicas, puesto que como ya lo analizamos se trata de un sistema ordinario en el cual no puede darse la implicación, esto es no puede existir inferencia lógica, ya que su promulgación, modificación o derogación, depende de las propias reglas del sistema, en donde no se toma en cuenta las leyes de la lógica.

QUINTA. Las normas son prescripciones, es decir obligan, prohíben o permiten determinadas conductas, las cuales deben ser obedecidas independientemente de que el sujeto al que se dirigen lo quiera o no, por lo tanto, aquí no se puede alegar verdad o falsedad de una norma, ni puede ser confrontada con la realidad, sino que debe ser obedecida porque el sistema así lo ordena.

SEXTA. Los enunciados normativos, son el texto donde se expresa el contenido de la norma, las relaciones que se establecen dentro de ellos si es lógica, puesto que son signos lingüísticos a los cuales de acuerdo a los postulados de la lógica se les pueden aplicar las leyes de la lógica formal.

SÉPTIMA. Las proposiciones jurídicas son claramente verdaderas o falsas, pero no siendo prescripciones no pueden ser obedecidas o desobedecidas, pues lo que ellas prescriben es simplemente un juicio que debe ser confrontado con la norma jurídica para saber si es verdadero o falso, pero no son obligatorias.

OCTAVA. No son lo mismo, la norma, el enunciado normativo, la proposición jurídica, y la forma enunciativa deóntica, pues a la primera no se le aplican las leyes de la lógica, ya que se trata de un sistema ordinario, en el cual no tiene cabida la implicación; sin embargo, en cuanto a los enunciados normativos y las proposiciones jurídicas, al ser descripciones de la norma, si se les puede aplicar la inferencia lógica y por lo tanto ambos son sistemas deductivos; y en cuanto a las formas enunciativas deónticas representan la manera en que el contenido de la norma se puede expresar a través de signos deónticos, y también se les puede aplicar la lógica.

NOVENA. Una norma no es lo mismo que una forma enunciativa deóntica. En las normas no se pueden dar relaciones lógicas, pues su creación, modificación o derogación no son procesos que se lleven a cabo a través de la inferencia deductiva. No obstante, dentro de las formas enunciativas deónticas si pueden darse relaciones lógicas, a través del cuadrado de oposición que señalamos, pero este, es un nivel diferente al de la norma, pues como ya lo señalamos, dichas formas enunciativa, constituyen sólo una interpretación de la norma. Sin embargo, por medio de dichas formas enunciativas, se pueden detectar problemas existentes en el sistema, para que posteriormente, con medios que no son lógicos, dicho sistema pueda ser modificado y funcione mejor.

DÉCIMA. Un sistema normativo puede dar lugar a conflictos normativos sin ser lógicamente inconsistente y un sistema que admite la posibili-

dad de situaciones conflictivas no es necesariamente incoherente. Además, dentro del sistema jurídico, pueden existir contradicciones entre normas, pero no se trata de una contradicción lógica, pues no existe implicación, ni inferencia deductiva entre las normas.

DÉCIMA PRIMERA. Para que exista inferencia deductiva, las proposiciones deben ser afirmadas y que una proposición afirmada debe tomarse como equivalente a la afirmación de que la proposición es verdadera. Lo cual no puede ocurrir entre las normas, ya que en el sistema de las normas no podemos hablar de valores de verdad, pues no se trata de proposiciones, sino de obligaciones, prohibiciones o permisos.

DÉCIMA SEGUNDA. En las normas no existe ni inferencia deductiva, ni implicación lógica, no obstante, no podemos negar que existe una inferencia, pero que nada tiene que ver con la deducción, pues como ya lo vimos el sistema de normas es un sistema ordinario, a diferencia de los sistemas deductivos que existen en los enunciados normativos, las proposiciones jurídicas, o las formas enunciativas deónticas. Por lo tanto, ni existe una lógica formal en las normas, ni puede haber contradicción lógica entre ellas, sin embargo, pensamos que si puede haber en los enunciados normativos, en las proposiciones jurídicas y en las formas enunciativas deónticas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos, *Lógica*, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Ed. Trota, España, 1995.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991.
- COPY, Irving M., *Introducción a la Lógica*, Eudeba, Argentina, 1997.
- Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Tomo I y II, vigésima primera edición, Espasa Calpe, España, 1992.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, España, 2001.
- KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994.
- NOVAK, George, *Introducción a la lógica. Lógica formal y lógica dialéctica*, Fontamara, México, 2002.

- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Tr. (Rolando Tamayo y Salmorán, traductor) IJ-UNAM, México, 1986.
- ROBLES GARCÍA, José, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, "Historia de la lógica", Trotta, España, 1995.
- STEBBING, Susan, *Introducción moderna a la lógica*, Centro de Estudios Filosóficos-UNAM, México, 1965.
- VON WRIGHT, George Henrik, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1998.

RESOLUCIONES DEL ARBITRAJE EN LA *PRAXIS* MÉDICA, ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*El mejor médico es el que conoce
la inutilidad de la mayor
parte de las medicinas*
Benjamín FRANKLIN
(1706-1790)

Alma de los Ángeles RÍOS RUIZ¹

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Antecedentes*. 3. *Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)*. 4. *Competencia de la CONAMED*. 5. *Acto médico*. 6. *Responsabilidad médica*. 7. *Mecanismos de solución de controversias médicas ante la CONAMED*. 8. *Estadísticas de la atención de inconformidades en la CONAMED de 1996 a 2013*. 9. *Perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias médicas*. 10. *Arbitraje Médico en Latinoamérica*. 11. *Conclusiones*. 12. *Bibliografía*.

Resumen: El presente trabajo de investigación tiene como objetivo dar a conocer el análisis de los resultados que se han obtenido en la resolución de casos por mala *paxis* médica a través de la figura del arbitraje médico en México, con la finalidad de demostrar que en el acto médico no solo participan el paciente y el médico; sino también otros elementos como son: paramédicos, técnicos, auxiliares, enfermeras, familiares e incluso, instituciones; provocando con ello que la actividad médica se haya transformado en un proceso más complejo y delicado y, que hoy requiere el conocimiento y aplicación de instituciones jurídicas.

Por lo tanto, se analizará la gestión de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) a partir de su creación en México en el año de 1996. Asimismo, se expondrán nuevos mecanismos para la solución de controversias en el ejercicio de la práctica médica y se hará referencia a instituciones similares a la CONAMED en países de Latinoamérica.

¹ Profesora de Tiempo Completo (C) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) Nivel I e Investigadora Honoraria invitada del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.

Palabras Clave: Acto médico, Responsabilidad jurídica, Obligaciones, Código, Ley, Comisión, Diagnóstico, Praxis médica, Arbitraje, Conciliación, Queja, Demanda, Sanción, Multas, Latinoamérica.

Abstract: This research work aims to show the results obtained in the resolution of cases by medical malpractice through the figure of medical arbitration in Mexico. In order to prove that the medical act not only involves patient and surgeon; but also other elements such as: paramedics, technicians, assistants, nurses, family and even institutions; thereby causing medical activity has become a more complex and delicate process which today requires knowledge and application of legal institutions. Therefore, the management of the National Medical Arbitration Commission (CONAMED) from its establishment in Mexico in the year 1996 will be analyzed. Moreover, new mechanisms for solving medial disputes will be discussed and it will be referred to similar institutions to CONAMED in Latin American countries.

Descriptors: *Medical act, Medical liability, Obligations, Code, Law, Commission, Diagnosis, Medical Praxis, Arbitration Conciliation, Complaint, Plaintiff, Punishment, Fines, Latin America.*

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la profesión de médico refleja la constancia, responsabilidad e ímpetu por el estudio, dado que para ejercer esta noble profesión el titular debió cubrir horas de interminable estudio y acreditar una serie de complejos exámenes.

Respecto de tiempo, a diferencia de la mayoría de las licenciaturas, el médico debió estudiar casi una década para contar con una especialidad que le permitiera llevar a cabo una mejor labor en aras de preservar la vida de sus pacientes, condición que de igual forma es síntoma de un verdadero amor por su profesión.

Sin embargo, no obstante este viacrucis académico que refleja el compromiso del médico con sus pacientes y que Hipocrático consagro en su juramento al señalar:

Dirigiré la dieta con los ojos puestos en la recuperación de los pacientes, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio, y les evitaré toda maldad y daño.²

² Traducción adaptada de Mainetti, J.A. *Ética Médica*. La Plata, Argentina, Quirón, 1989. Transcrita del Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana Vol. 108. Números 5 y 6. Mayo y Junio 1990. *Bioética* Número Especial. Juramento Hipocrático. p. 619.

Actualmente, en el ejercicio de la práctica médica se pueden presentar casos en los cuales el médico puede actuar con negligencia, impericia y/o imprudencia, surgiendo con ello la responsabilidad jurídica de éste.

Esta responsabilidad puede ser de tres tipos: penal, civil y administrativa; y cada una de ellas contempla un proceso judicial particular en el cual se puede encontrar como responsable al médico y con ello ser sujeto de una pena de privación de su libertad, el pago de una cantidad de dinero a favor del paciente por el daño causado o el pago de una multa y la suspensión o inhabilitación de su profesión respectivamente.

Por lo tanto, resulta de suma importancia conocer a detalle cada una de ellas, siendo el objeto de estudio de la presente investigación la responsabilidad administrativa encausada a través de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en particular bajo la figura del arbitraje médico.

2. ANTECEDENTES

A raíz del mayor número de denuncias contra el médico a partir de 1988, y con la realización de los acuerdos y bases de colaboración celebradas por las distintas procuradurías con motivo de las denuncias de hechos relacionados con el ejercicio de las profesiones en materia de salud, surgió la necesidad de crear en México una instancia que resolviera las controversias existentes entre los pacientes y los profesionales de la salud.

Uno de los primeros en plantear la problemática que representa tal situación, en México fue el licenciado Esteban Moctezuma Barragán en la conferencia titulada "*Retos y perspectivas de la responsabilidad médica*", en julio de 1994,³ en donde propuso la viabilidad de crear una instancia que con autonomía operativa y financiera resolviera este tipo de controversias, mediante un mecanismo de arbitraje, lo que disminuiría la excesiva carga de trabajo del Ministerio Público y de los tribunales penales y civiles por los asuntos relacionados con la responsabilidad profesional del médico, aminorando con ello el tiempo de resolución de las controversias, dado que los procesos judiciales son generalmente prolongados y costosos.

Un año más tarde, en junio de 1995, la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y la

³ MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "*Retos y perspectivas de la Responsabilidad Profesional*", *La Responsabilidad Profesional del Médico y los derechos humanos*, 1ª edición, CNDH, México, 1995.

Facultad de Arquitectura, firmó dos convenios de colaboración con la Secretaría de Salud (SSA), mediante los cuales se elaboraría el diseño para la constitución de la Procuraduría de la Salud y se promovería la descentralización de los servicios médicos hacia las entidades federativas, consistiendo algunos de los objetivos del convenio, el hacer armónico el marco legislativo en materia de salud y garantizar el derecho a la protección de la salud que tienen todos los habitantes de la República Mexicana.⁴

Es pertinente señalar que la prestación de los servicios de salud en el mundo se clasifican en un primer plano de acuerdo a los otorgados por el sector público y el privado, precisando que no existe país alguno que proporcione dichos servicios exclusivamente de manera privada, siendo tal vez los Estados Unidos de Norteamérica, la nación que más se aproxima a la citada clase de servicios. En lo que respecta al sector salud público, se puede mencionar como países sobresalientes a Cuba, algunos países del Caribe Inglés y Costa Rica.

En un segundo plano, la clasificación parte del origen de los fondos que se gastan en salud, bien sean de carácter público o privado. En este sentido, en Latinoamérica el 58% de los fondos son privados y de acuerdo al desarrollo económico que presentan los países en el continente Americano; los que tienen menor desarrollo socioeconómico cuentan con un 50% de fondos privados, no ocurriendo lo mismo con los más desarrollados, por ejemplo la Guayana, Costa Rica, Panamá y Surinam, los cuales tienen fondos públicos, a diferencia de Guatemala, Venezuela, Brasil, Uruguay, Paraguay y el Salvador cuyos fondos son de origen privados.

En un tercer plano, se considera como criterio la inversión en el sector salud; así los Estados Unidos de Norteamérica son los que tienen mayores fondos que se concentran en instituciones con fines de lucro. Por su parte, Nicaragua, México, Colombia y Chile son los países que menos gasto tiene invertido en salud.⁵

⁴ CARRILLO FABELA, LUZ María, "La Responsabilidad Profesional del Médico", Ed. Porrúa, México, 2009, pp. 227-228.

⁵ Véase para mayor abundamiento a Molina Leza, Joaquín "Transformaciones en la Práctica Médica y su Regulación en Latinoamérica", en Memoria del VI Simposio Internacional CONAMED. Indicador, Revista CONAMED, Vol. 7, Núm.2, abril-junio, 2002, impreso en Talleres Gráficos de México, p.13 y ss. En este sentido sostiene el autor que, otra clasificación viable es la de "...los sistemas de salud de acuerdo al nivel de integración que tienen los sistemas públicos de salud en cada país. En general, estos sistemas públicos integrados, que concentran a un grupo importantes de países del continente, se financian sobre la base de impuestos y luego el dinero recaudado se

En un cuarto plano, se clasifican a los países de acuerdo a su Producto Interno Bruto (PIB) que se invierte en salud. En este sentido Nicaragua es el que presenta menor gasto *per cápita*, no obstante de tener la mayor inversión en salud con relación a su PIB, aproximadamente un 14%. Asimismo, si comparamos a México con Chile, Colombia, Brasil y Argentina, señalamos que nuestro país es el que menos invierte del PIB en salud. Por otro lado, Brasil es el que tiene un mayor gasto de origen privado junto con Argentina y Chile, por su parte México se ubica en la media con un aproximado de 52%, mientras que Colombia y Nicaragua gastan menos fondos de origen privado.⁶

Bajo el anterior orden de ideas, desde la perspectiva internacional que caracteriza a Latinoamérica, se abordará el diagnóstico y conclusión del acto médico a partir del papel que desempeña la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) en nuestro país y su comparativo con otros países.

3. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO (CONAMED)

En la administración del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León⁷, se llevó a cabo la creación de una de las instituciones que marcaría un parte aguas en el ejercicio de la práctica médica en México, me refiero, al nacimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) a través del decreto de fecha lunes 3 de junio de 1996. En dicho documento se estableció que el fin de esta nueva institución se encaminaba a mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las demandas de los usuarios para que los servicios operaran con mayor calidad.

A partir del 10 de junio del mismo año, siendo nombrado como Director de la mencionada institución el Doctor Héctor Fernández Varela,

distribuye por asignación presupuestal dentro del sistema de salud. La prestación de servicios es mayoritariamente realizada por proveedores públicos del sector salud..."

⁶ *Ibidem*, p. 14

⁷ Ernesto Zedillo Ponce de León nació en la Ciudad de México el 27 de diciembre de 1951, es un destacado economista y político mexicano. Fue Presidente de los Estados Unidos Mexicanos del 1 de Diciembre de 1994 al 30 de Noviembre de 2000. Actualmente se desempeña como Director del Centro para el Estudio de la Globalización de la Universidad de Yale y participa en algunos programas de las Naciones Unidas relacionados con el financiamiento a los países en vías de desarrollo. También es consejero del grupo PRISA desde el 27 de noviembre de 2010.

la CONAMED comenzó a recibir los escritos de quejas por violaciones a derechos humanos a través de negligencia médica o negativa de prestación del servicio médico, mismos que le fueron remitidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.⁸

Actualmente la CONAMED cuenta con un Reglamento Interno, el cual fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 03 de febrero de 2004, mismo que abrogó el reglamento publicado el 10 de octubre de 2002. También dentro de su cuerpo normativo cuenta con el Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, publicado el 21 de enero de 2003 y reformado el 25 de julio de 2006, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Salud, el cual cumple con una función de carácter social que consiste en contribuir a la resolución de conflictos que surjan entre los usuarios y prestadores de servicios médicos y con ello, coadyuva a satisfacer una de las demandas sociales como lo es la impartición de justicia.

Asimismo, cabe mencionar que a la fecha sólo en seis Entidades Federativas no existe una Comisión Estatal (Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Zacatecas, Distrito Federal y Quintana Roo) por lo cual los asuntos de esta naturaleza son atendidos en la CONAMED.⁹

4. COMPETENCIA DE LA CONAMED

El artículo 3° del decreto de creación de la CONAMED señala que son usuarios de servicios médicos las personas que solicitan, requieren y obtienen dichos servicios para proteger, promover y restaurar su salud física y mental, mientras que se entiende por prestador de servicios a las instituciones de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica.

Asimismo, el decreto en comento no establece restricción alguna para conocer de controversias por cuestiones de servicios médicos, por lo cual la comisión está facultada para conocer de cualquier tipo de irregularidad

en el servicio relacionado con la práctica médica, desde una consulta, una curación, hasta la intervención quirúrgica más delicada.

El artículo 4 del documento de mérito establece las facultades de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico,¹⁰ en la que destacan las facultades jurisdiccionales, pues al tener por función contribuir a la resolución de conflictos, se asemeja a las encomendadas, a los tribunales encargados de impartir justicia.¹¹ Por ello, la *praxis* médica requiere de las acciones u omisiones que derivan el acto médico.

5. ACTO MÉDICO

El acto médico es el presupuesto *sine qua non* para el nacimiento de la responsabilidad jurídica del médico, por lo cual, es de suma importancia su tratamiento en la presente investigación.

¹⁰ Artículo 4. La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones: I. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones; II. Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios a que se refiere el artículo 3o. de este Decreto; III. Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso, requerir aquéllas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan; IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan: a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio; b) Probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo; V. Fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje; VI. Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia; VII. Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones; VIII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito; IX. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia; X. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones; XI. Asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la Comisión Nacional; XII. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y XIII. Las demás que determinen otras disposiciones aplicables.

¹¹ *Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Atribuciones de la CONAMED*, Ed. IEPISA, México, 1996, p. 5.

⁸ *La Jornada*, 14 de junio de 1996, sección "A", p. 21.

⁹ <http://www.conamed.gob.mx>

Se considera *acto médico* a toda clase de tratamiento médico, a la intervención quirúrgica o exámenes con fines de diagnóstico o de investigación profiláctica, terapéutica o de rehabilitación, llevados a cabo por un médico general o un especialista de alguna rama de la medicina.¹²

Cabe mencionar que el acto médico sólo puede ser llevado a cabo por profesionales en materia de medicina (médicos generales con el correspondiente título académico o especialistas en alguna rama de la medicina), condición que garantiza las aptitudes y conocimientos del médico ante el Estado.

Desde el punto de vista jurídico, los elementos que conforman el acto médico son la profesionalidad, ejecución típica, y la *lex artis*, que consiste en que el enfermo es el objetivo, es decir, un objeto y acto lícito.

Por tanto la actuación del médico, de acuerdo a lo que establece la *Lex artis* se plantea de la siguiente manera:

- A) Capacidad profesional del médico. Se alude a su formación y experiencia.
- B) Circunstancias de lugar y tiempo. Comprende la condiciones en que se produjo la actuación profesional.
- C) Fase en que se gesta la actuación del médico. Deriva de acciones u omisiones en la conducta.
- D) Responsabilidad derivada del trabajo en equipo. Puede presentarse de manera individual, sin embargo puede haber imprudencia cuando los integrantes del equipo tenían conocimiento de la deficiente preparación de los colaboradores.

El acto médico era en sus orígenes un binomio médico-paciente, donde existía el clásico paternalismo en el que el médico hacía todo para proteger a su paciente y este no opinaba; sin embargo en actualidad se han presentados cambios en la relación tradicional, al grado tal que también participan los familiares, en la resolución profesional y las decisiones, los paramédicos, los técnicos auxiliares, las enfermeras, entre otros, dando lugar a un factor de carácter polinómico.

Al mismo tiempo, ocurrieron acontecimientos importantes en el mundo como fue la Segunda Guerra Mundial, los Juicios de Nuremberg, los

¹² ACHÁVAL, Alfredo, "Manual de Medicina Legal, Práctica Forense", Ed. Abellido Perrot, 3ª edición, actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 50.

Derechos Humanos,¹³ donde sugirió la opinión generalizada a sostener el derecho de decidir que va a pasar con mi cuerpo y con mi vida, esta última como el bien jurídico supremo a tutelar en cualquier sistema legal, del cual se puede derivar una responsabilidad civil, penal o administrativa.

6. RESPONSABILIDAD MÉDICA

Ante el derecho a la protección de la salud surge la obligación de las instituciones del ramo y de todo su personal a brindar una atención médica de manera profesional y éticamente responsable, en condiciones de respeto y dignidad; por lo que si en su actuación omitieren hacer esto serían sujetos de una responsabilidad jurídica.

El vocablo "responsabilidad" proviene del latín *respondere*, interpretable como "estar obligado". La obligación —*obligatio*— en el derecho romano clásico es la institución concebida como "el vínculo jurídico por virtud del cual una persona —deudor— es constreñida frente a otra —acreedor— a realizar una determinada prestación". La obligación consta de dos elementos el débito y la responsabilidad; el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento.¹⁴

Podemos establecer a la figura jurídica de responsabilidad como género, la responsabilidad profesional como especie y la responsabilidad profesional del médico como una subespecie. La responsabilidad profesional se encuentra dentro de la teoría general de la responsabilidad y se sujeta a sus normas generales.¹⁵

El prestador de servicios de salud tiene obligaciones que imponen deberes de hacer y de no hacer:

¹³ En materia de Derechos Humanos (DH) el Estado Mexicano los tiene contemplados con carácter obligatorio en correlación a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, los cuales permean en el quehacer jurídico el entorno e cualquier persona, sea nacional o extranjera, ya sea por encontrarse de tránsito en el país o por residir de manera permanente en él. En la actualidad los DH son aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural del hombre, desde una perspectiva iusnaturalista, son derechos de importancia fundamental que poseen todos los seres humanos sin excepción, por el simple hecho e pertenecer a la raza humana, sustentado en cuestiones axiológicas, traducidos tanto en normas de derecho nacional e internacional.

¹⁴ IGLESIAS, Juan, "Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado", Ed. Ariel, 7ª edición, Barcelona, 1984, pp. 383-384.

¹⁵ CARRILLO FABELA, Luz María, "La Responsabilidad Profesional del Médico", Ed. Porrúa, México, 2009, p. 338.

- a) El cumplirlas tiene consecuencias.
- b) El no cumplirlas tiene sanciones.

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. Y la profesión es una capacidad cualificada con la que la persona a través de su actividad realiza su vocación dentro de un trabajo elegido, que determina su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y que a la vez la valora positivamente en la economía del país.¹⁶

Por lo tanto, la responsabilidad profesional médica es *la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesional.*¹⁷

En este sentido, las categorías de la responsabilidad profesional médica son las siguientes:

- * Impericia. Es la ignorancia inexcusable.
- * Imprudencia. Es la actuación temeraria y/o precipitada.
- * Negligencia. Es la omisión o demora injustificada en la actuación del médico, o la actuación perezosa, con carencia de celo o de constancia profesional.
- * Inobservancia de reglamentos o normas: Es el incumplimiento de reglamentos específicos de la institución y las reglas del servicio, así como de principios éticos de la medicina y los derechos del paciente.

La responsabilidad profesional de un médico la podemos encontrar regulada en diversas legislaciones a saber:

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b) Código Penal Federal.
- c) Código Civil Federal.
- d) Ley General de Salud.
- e) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

¹⁶ Roldan G, J., "Ética médica", Universidad La Salle, México 1981, p. 29.

¹⁷ Gisbert Calabuig, Juan Antonio, "Medicina Legal y Toxicología", Editorial Masson, Barcelona 2000, p. 87.

- f) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.
- g) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- h) Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud.
- i) Ley General de Profesiones.
- j) Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

De manera amplia, el médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia.

La **negligencia** es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La **impericia**, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión. Dicho de otra manera, existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas o la mayoría de los mismos, en igualdad de condiciones con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.

La **imprudencia** es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.¹⁸

La responsabilidad en que puede incurrir el médico en el ejercicio médico se denomina "responsabilidad culposa", también conocida como *malpraxis, mala práctica, faute médica, mal practice y tratamiento contra legis artis*, entre otros,

El usuario de los servicios de salud, como se ha denominada en nuestra legislación vigente al paciente, respecto de una responsabilidad administrativa, puede interponer una queja, por inconformidades relacionadas con la práctica médica ante:

- a) Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
- b) Comisiones Estatales de Arbitraje Médico.

¹⁸ CARRILLO FABELA, LUZ María, "La Responsabilidad Profesional del Médico", Ed. Porrúa, México, 2009, p. 16.

Instituciones a las que puede acudir el usuario de los servicios médicos a quejarse de la probable mala práctica médica cometida por el prestador de servicios de salud; el derecho de acción del usuario de los servicios médicos de optar por una vía o por otra no se excluyen entre sí, de manera que conserva el derecho de denunciar en materia penal, demandar en materia civil o quejarse en materia administrativa.

7. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS ANTE LA CONAMED

Entre los mecanismos utilizados por la CONAMED para resolver las controversias derivadas de las quejas presentadas por los usuarios de los servicios médicos se encuentran:

- a) La orientación. Brinda asesoría y orientación especializada que el usuario necesite, particularmente la que se refiere a los alcances y efectos legales del proceso arbitral y de otros procedimientos existentes.
- b) La gestión. Gestiona la atención inmediata de los usuarios, cuando la queja se refiere a demora, negativa de servicios médicos, o cualquier otra que pueda ser resuelta por esta vía. Con la figura de la gestión, la mayoría de las veces basta una llamada telefónica para solucionar la inconformidad en contra del prestador del servicio.
- c) La conciliación. Puede definirse "como una práctica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o a una solución adoptada de mutuo acuerdo.¹⁹ Cuando las partes expresan su voluntad para resolver sus diferencias mediante la conciliación, se firma un convenio en el que tanto el usuario como el prestador de servicio médico expresan sus compromisos y acuerdan poner fin a la controversia. Siempre será necesario que las partes involucradas en la controversia tengan disposición para someter su controversia a la CONAMED y resolverla mediante la conciliación o por medio del arbitraje. Sólo

¹⁹ PLA RODRÍGUEZ, Américo, "La solución de los conflictos laborales", Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1985, p. 35

cuando las partes no puedan llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto se les propone la actuación de la Comisión como árbitro, que no obstante ser semejante a un juicio, en cualquier etapa procedimental pueden llegar a conciliar sus diferencias.

- d) El arbitraje. Es la resolución dictada por un tercero, que resulta obligatoria en virtud del previo compromiso, asumido con las formalidades debidas, por las partes interesadas. El arbitraje es una institución de amplio arraigo como medio para alcanzar la solución de los conflictos sociales.²⁰

La voluntad de las partes es el elemento *sine qua non* para que el arbitraje proceda. Si alguna de las partes en la controversia, es decir, el usuario o el prestador del servicio médico, una vez que la conciliación no fue posible no accede someter su controversia al arbitraje de la CONAMED, no es posible acción legal alguna para obligarlo.

Ahora bien cuando las partes se someten al arbitraje de la CONAMED, se emite un laudo que si bien formalmente no es una resolución de carácter jurisdiccional por no ser la CONAMED, autoridad judicial, si tiene estatus de cosa juzgada, como lo marca la siguiente tesis:

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. LOS LAUDOS QUE EMITE EN SU CALIDAD DE ÁRBITRO CONSTITUYEN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. Si se toma en consideración, por un lado, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92, fracción III y 97, fracciones II y IV, del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas de la citada institución, los laudos "siempre tendrán el carácter de definitivos"; que "el laudo firme produce acción y excepción contra las partes y contra el tercero llamado legalmente al procedimiento que hubiere suscrito el compromiso arbitral" y que "los laudos se considerarán como sentencias, en términos de la legislación procesal en vigor" y, por otro, que el diverso numeral 444 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que: "Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, los laudos que emita la propia procuraduría y los laudos o juicios de contadores, motivarán ejecución, si el interesado no intentare la vía de apremio.", resulta inconcuso que el laudo que emita la citada comisión, en su calidad de árbitro, constituye un acto materialmente jurisdiccional, ya que se traduce en una resolución sobre el fondo de las cuestiones que se hayan sometido a su decisión, que por mandato de las normas jurídicas invocadas es irrevocable e inmutable y

²⁰ *Ibidem*, pp. 38-39.

que, de ser condenatorio, tiene efectos de un título ejecutivo, por traer aparejada ejecución, lo que obliga al Juez competente a dictar un acto de ejecución si así lo pide la persona legitimada, puesto que hace prueba por sí mismo de la existencia de una obligación patrimonial, líquida y exigible, sin necesidad de completarlo con algún reconocimiento, cotejo o autenticación, esto es, no requiere de aprobación judicial alguna que le dé fuerza jurídica, que lo convierta en sentencia verdadera y que le dé eficacia ejecutiva, pues tales atributos ya los tiene.²¹

Es importante precisar que el laudo es una resolución que emite el árbitro para resolver una controversia planteada por las partes involucradas en un conflicto que en el caso concreto, esta referido a irregularidades en la prestación del servicio médico y el mismo puede ser recurrido mediante amparo:

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de éste, de manera unilateral e imperativa crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.²²

De esta manera, la resolución o laudo se emite en función de las pretensiones del quejoso, de tal manera que si éstas se refieren a aspectos de índole económica, el laudo resolverá lo conducente y si es sobre la pretensión del servicio, entonces el laudo se emitirá en este sentido.

En cuanto a la responsabilidad de limitar el ejercicio profesional, cabe distinguir los supuestos legales de su procedencia. El ejercicio profesional sólo puede limitarse por la comisión de un ilícito tipificado en la legislación penal y civil como resultado de una práctica profesional contrario a los señalamientos de la Ley General de Salud; situación que no es factible

²¹ Tesis: 2a. CCXIX/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, t. XIV, Diciembre de 2001 p. 365.

²² Novena Época Registro: 188434 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIV, Noviembre de 2001 Materia(s): Administrativa Tesis: 2a./J. 56/2001, página: 31.

sujetar al arbitraje, dado que están involucradas disposiciones legales de interés público.

8. ESTADÍSTICAS DE LA ATENCIÓN DE INCONFORMIDADES EN LA CONAMED DE 1996 A 2013.²³

A lo largo de tres lustros de labor de la CONAMED, se han recibido 221,239 asuntos relacionados con las quejas planteadas por los usuarios de los servicios de salud, de ahí que este volumen de asuntos quedó integrado por los siguientes servicios brindados: orientaciones, 136,181 (61.6%); asesorías especializadas, 46,584 (21%); gestiones inmediatas, 8,876 (4%); quejas documentadas para su atención por medio de una conciliación o del arbitraje, 23,677 (10.7%); y solicitudes de dictámenes médicos en 5,921 (2.7%), como resultado del ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas en su decreto de creación.

Asuntos atendidos por la CONAMED 1996-2010.²⁴



Los datos muestran que entre 1996 y 1997, la cifra superior fue de 3,780; a partir de 1998 y hasta el año 2010, el número aumenta considerablemente debido a que se inicia el registro metodológico de las orien-

²³ Nota: Los periodos en que están divididos los datos que son analizados fueron establecidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico a través del Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.

²⁴ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional. http://www.conamed.gob.mx/estadistica/pdf/resena_estadistica_1996-2010.pdf

taciones, la mediana obtenida para este último intervalo de tiempo es de 16,458 asuntos.

Asuntos recibidos por tipo de servicio ofrecido por la CONAMED de 1996 a 2013.²⁵

Año	Tipo de asunto					
	Total	Orientación	Asesoría especializada	Gestión Inmediata	Queja	Dictamen
1996	2,907	0	1,597	72	1,158	80
1997	3,780	0	1,935	352	1,347	146
1998	18,058	13,665	2,017	468	1,494	414
1999	16,458	11,695	1,850	579	1,749	585
2000	15,265	10,342	1,672	692	1,915	644
2001	12,937	7,537	2,464	738	1,478	720
2002	14,409	9,071	2,489	862	1,172	455
2003	23,847	17,864	3,145	941	1,514	383
2004	20,433	14,696	3,060	698	1,545	434
2005	17,908	11,141	4,126	594	1,661	386
2006	19,036	12,260	4,179	591	1,657	349
2007	17,369	10,664	4,187	494	1,753	271
2008	14,673	7,390	4,596	553	1,793	341
2009	12,574	5,435	4,352	588	1,789	410
2010	11,585	4,421	4,555	654	1,652	303
2011	14,571	6,225	5,299	915	1,789	343
2012	12,850	6,156	3,484	1,046	1,914	250
2013	17,518	9,391	4,646	1,179	2,033	269

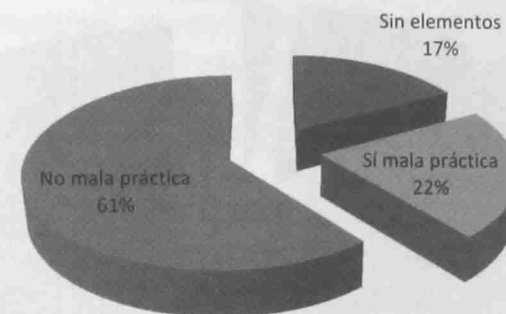
Por otra parte los resultados de evidencia de mala práctica médica en quejas atendidas en el periodo de 1996 a 2006 son los siguientes:²⁶

²⁵ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional. http://www.conamed.gob.mx/estadistica/estadistica_2013.php

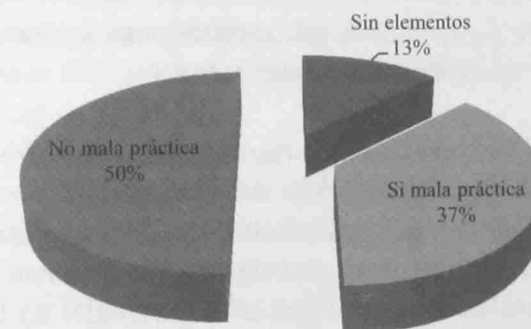
²⁶ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional. http://www.conamed.gob.mx/estadistica/boletin/resultado_eviden_mala_analisis_doc.htm

Análisis de mala práctica médica
Periodo de 1996 a 2006

Fase Conciliatoria
No. de Casos = 6,761



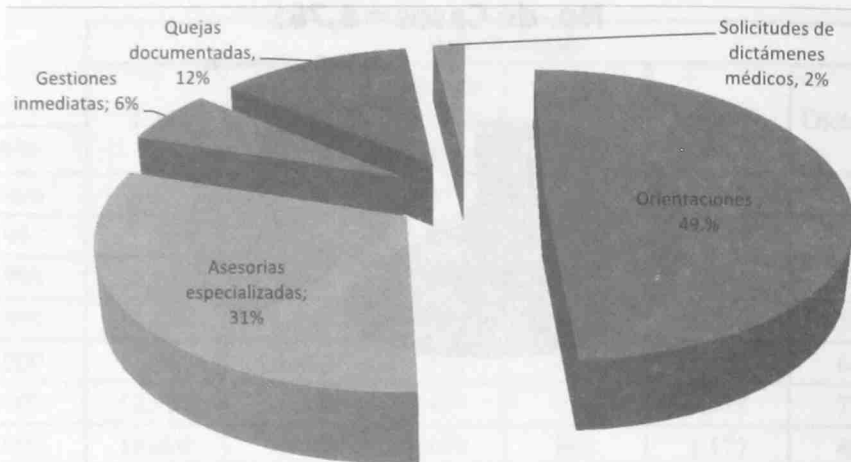
Arbitraje
No. de Casos = 468



Ahora bien, entre el año 2007 a 2013 la Comisión Nacional de Arbitraje Médico recibió 101,140 asuntos relacionados con las quejas planteadas por los usuarios de los servicios de salud, este volumen de asuntos quedó integrado por los siguientes servicios brindados: 49,559 orientaciones, (49%); 31,353 asesorías especializadas, (31%); 6,068 gestiones inmediatas, (6%); 12,137 quejas documentadas para su atención por medio de

una conciliación o del arbitraje, (12%); y 2,023 solicitudes de dictámenes médicos en (2%):

Asuntos atendidos CONAMED²⁷
2007-2013



9. PERSPECTIVAS DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS

A casi dos décadas de su creación, los resultados que ha ofrecido la Comisión Nacional de Arbitraje Médico han sido por de más positivos; ya que a través de esta institución un gran número de pacientes han encontrado solución a sus inconformidades en el recibimiento de servicios de salud.

Las figuras procesales utilizadas por la CONAMED en la solución de las quejas de los pacientes confirman el funcionamiento de un sistema de justicia fuera de procesos judiciales que en la mayoría de los casos eran tan desgastantes que las partes perdían la confianza y la fe en el buen funcionamiento del sistema jurídico mexicano. Sin embargo, estos mecanismos procesales pueden ser optimizados con el objetivo de acercar aún más la justicia a la sociedad mexicana. Es por esto que el uso de la tecnología

toma un papel primordial en el fortalecimiento de los servicios de justicia ofrecidos por la comisión.

La primera observación recae sobre el funcionamiento de la figura de la gestión. Este mecanismo, como se mencionó anteriormente, permite resolver el problema de la pronta atención de los pacientes a través de una llamada telefónica al responsable de brindar la atención médica; sin embargo, esta proceso puede ser perfeccionado a través del uso del correo electrónico institucional, ya que este instrumento es un sistema de comunicación que actualmente todas las dependencias de la administración pública utilizan para enviar instrucciones a sus subalternos. Los beneficios que se obtendrían con el uso del correo institucional en la figura de la gestión son los siguientes:

- a) Se responsabiliza a una persona de la instrucción de atender a los pacientes, ya que las cuentas de correo electrónico institucional son personales e intransferibles.
- b) Se cuenta con registro de las instrucciones enviadas a cada funcionario público, el cual incluye la hora de envío, de recepción, de lectura y de tiempo que se tomó para resolver dicha inconformidad.
- c) Con base en este registro se pueden hacer ecuaciones de desempeño de los servidores públicos.
- d) No tienes costo, ya que los correos electrónicos son enviados a través de internet.

El arbitraje médico puede ser mejorado con la inclusión de medios electrónicos, en particular, con la creación de un "arbitraje médico en línea", similar al juicio en línea con el que actualmente cuenta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administración. En el caso de contar con un arbitraje médico en línea las ventajas serían las siguientes:

- a) Se evitaría la obligación de presentarse de forma física en la mayoría de las etapas procesales del arbitraje, ya que evidentemente los pacientes no se encuentran en las mejores condiciones para llevar a cabo actividades físicas.
- b) Se agilizarían los trámites para iniciar y desarrollar dicho proceso, ya que el sistema puede ser utilizado a través de cualquier computadora conectada a internet sin importar su ubicación física.

²⁷ Fuente: Transparencia focalizada: Gestión inmediata: www.conamed.gob.mx/prog_anticon corrupcion/pdf/Gestion_Inmediata.pdf

c) Se reducirían los costos para cada una de las partes.

Cabe señalar que el contar con un arbitraje médico en línea no elimina al arbitraje médico tradicional, ya que ambos pueden tener vigencia como instrumentos de solución de inconformidades ante la CONAMED, dando mayores opciones a los pacientes que han sufrido alguna lesión en el recibimiento de la atención médica.

10. ARBITRAJE MÉDICO EN LATINOAMÉRICA

Es importante destacar el papel desempeñado por México al ser pionero en el campo del arbitraje para la solución de controversias derivadas de la atención médica al crear un organismo especializado en la atención de estos asuntos en el año de 1996 bajo el nombre de Comisión Nacional de Arbitraje Médico y que ha servido como modelo a seguir por varios países del continente americano para atender esta demanda social.

La figura de arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos derivados de la práctica médica ha demostrado ser una herramienta eficaz en la procuración de justicia. A través de este elemento jurídico las partes pueden encontrar solución a sus conflictos de forma ágil, eficaz y económica; sin embargo, actualmente sólo un reducido número de países ha incorporado esta institución a su sistema jurídico.

Cabe señalar la existencia de otras figuras procesales como la conciliación, mediación y negociación, las cuales son mecanismos autocompositivos, y se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo para resolver su conflicto a través del diálogo, en una etapa previa al inicio de un proceso judicial; a diferencia del arbitraje, en el cual un tercero denominado árbitro después de llevar a cabo todo un proceso arbitral dictará un laudo que resuelva el conflicto (mecanismo heterocompositivo).

Los mecanismos autocompositivos si están contemplados en la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica pero al contar con una diferente naturaleza jurídica no podemos considerarlos como instituciones análogas al arbitraje médico.

Aunado a lo anterior debemos exponer la existencia de la queja administrativa como otra figura jurídica presente en el ejercicio de la práctica

médica, la cual tiene como objetivo denunciar la violación de los derechos del paciente o las insatisfacciones de los usuarios por actos u omisiones del personal institucional vinculados con la prestación de los servicios médicos. Este instrumento, a diferencia del arbitraje, se encuentra presente en la mayoría de los sistemas jurídicos pero dada su naturaleza carece de litis.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, sólo un reducido número de países en Latinoamérica contempla el arbitraje médico para resolver los conflictos en esta materia, así como la existencia de una institución especializada en la materia como lo es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México. La lista se sintetiza únicamente a dos países: Argentina y Perú.

Respecto del primero, la institución que puede resolver los conflictos en materia de salud en la República Argentina es el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES), el cual establece que el arbitraje médico opera bajo el modelo de Cláusula Compromisoria cuya utilización permite a los contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se hace remisión previa obligatoria y expresa a las reglas de la Mediación y Conciliación.

La imposibilidad de impugnar y/o apelar, así como la obligatoriedad del laudo permite garantizar su cumplimiento sin demora y con derecho para que la autoridad nominadora procure su cumplimiento mediante las acciones privadas o judiciales nacionales e internacionales que correspondan. Los Árbitros son elegidos por las partes y su designación se cumple si son probos, imparciales e independientes. Además, el tribunal garantiza la calidad, profesionalidad y especialización de los árbitros al exigir que sean miembros del Registro de Abogados Generales, Mediadores, Conciliadores y Árbitros en Solución de Controversias Médicas y de Salud de acuerdo a los programas de capacitación de la Secretaría General del propio tribunal.²⁸

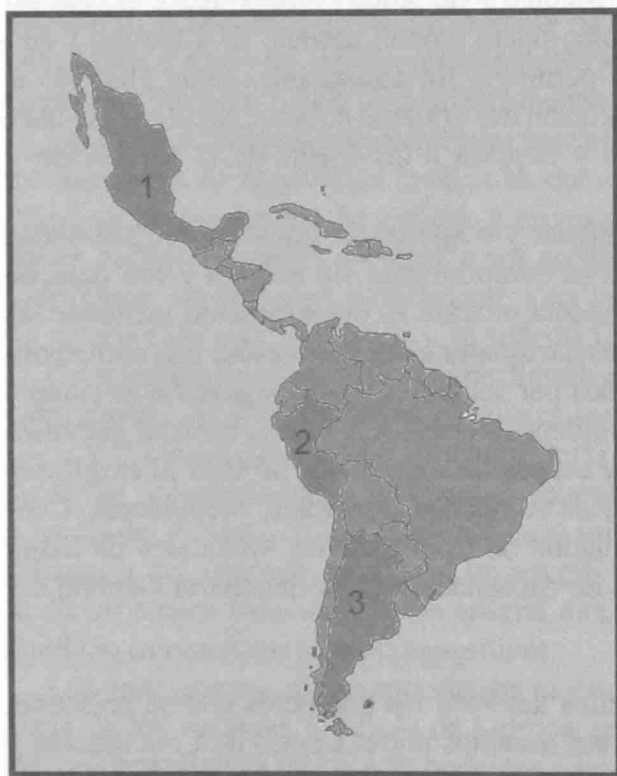
Ahora bien, en la República del Perú los conflictos que se presentan en materia de salud pueden ser resueltos por el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) de la Superintendencia Nacional de Salud a través de la figura de arbitraje médico, cuyo proceso tiene una duración de 45

²⁸ <http://www.aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Eetacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud--.html>

a 80 días hábiles aproximadamente. Asimismo, este mecanismo tiene un bajo costo administrativo y la decisión del árbitro es plasmada en un laudo arbitral definitivo. Actualmente, el CECONAR cuenta con aproximadamente 180 árbitros facultados para conocer de este tipo de asuntos.²⁹

De lo antes expuesto podemos concluir que desafortunadamente existe aún un importante número de países de Latinoamérica que no contempla el arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos en esta materia, ni cuenta con un organismo especializado en la materia, condición que se puede observar en el siguiente esquema:

LATINOAMÉRICA



Países que cuentan con arbitraje médico y una institución especializada en la materia:

1. México.
2. Perú.
3. Argentina.

Países que no cuentan con arbitraje médico ni con una institución especializada en la materia.

11. CONCLUSIONES.

De lo antes expuesto podemos concluir que el uso de la tecnología fortalecería los mecanismos de resolución de controversias en el recibimiento de la atención médica. Por lo cual se propone que se puedan presentar inconformidades en línea a través de la página web de la CONAMED; ya que actualmente solo pueden ser presentadas de forma presencial o por correspondencia.

Respecto del fortalecimiento de la figura de la gestión se sugiere la creación de un sistema de comunicación electrónico a través del correo electrónico institucional, el cual permitiría tener una revisión adecuada del desempeño de los funcionarios públicos del sector salud en la atención que brindan a los pacientes.

Asimismo, se plantea la creación de un arbitraje médico en línea, ya que a través de esta nueva estructura electrónica se obtendrían importantes beneficios para los pacientes, los cuales desafortunadamente no se encuentran en las mejores condiciones físicas y emocionales para estar atentos a todas y cada una de las etapas procesales del arbitraje.

Con base en el número de inconformidades que ha atendido la CONAMED desde el año de 1996 se considera necesario establecer módulos de queja en los centros de salud, con el objetivo de que los pacientes puedan exponer sus inconformidades de una forma rápida y sencilla sobre asuntos que puedan ser resueltos en el mismo centro de salud. Es evidente la complejidad de instalar en módulo en cada centro de salud del país; sin embargo, se considera que en una primera etapa sería conveniente instalarlos en zonas rurales donde los pacientes a parte de sufrir una enfermedad tienen que lidiar con el maltrato de ciertos servidores públicos.

Aunado a lo anterior es importante contar con una comisión de arbitraje médico local en cada una de las entidades federativas del país, con el objetivo de resolver de forma expedita las inconformidades de los pacientes, por lo cual se insta a los gobiernos locales de Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Zacatecas, Quintana Roo y en especial del Distrito Federal para crear dichas comisiones, lo cual representaría un avance monumental en la construcción de un estado constitucional de derecho.

²⁹ <http://app3.susalud.gob.pe/ES/218/12/Articulo-84.aspx>

Finalmente se abre la invitación a todos los países de Latinoamérica de trabajar en conjunto con las autoridades mexicanas y en especial con la CONAMED, con el objetivo de crear instituciones especializadas en materia de arbitraje médico en cada una de estas naciones con el objetivo de solventar una demanda social imperante en nuestros días.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÁVAL, Alfredo, *Manual de Medicina Legal, Práctica Forense*, Ed. Abeledo Perrot, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1968.
- CARRILLO FABELA, Luz María, *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Atribuciones de la Conamed*, Ed. IEPSA, México, 1996.
- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio, *Medicina Legal y Toxicología*, Editorial Masson, Barcelona, 2000.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, 7ª edición, Barcelona, 1984.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "Retos y perspectivas de la Responsabilidad Profesional", *La Responsabilidad Profesional del Médico y los derechos humanos*, 1º edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1995.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, *La solución de los conflictos laborales*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1985.
- ROLDAN G, J., *Ética médica*, Universidad La Salle, México, 1981.

Periódicos y Revistas

- Periódico *La Jornada*, México, 14 de junio de 1996.
- Revista CONAMED, Vol. 7, Núm.2, abril-junio, Talleres Gráficos de México, México, 2002.

Legislación.

- Decreto de creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de 3 de Junio de 1996.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de 3 Febrero 2004.

Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de 21 de Enero 2003.

Páginas eb

Asociación Argentina de Derecho Médico y Salud.

<http://www.aademes.org>

Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

<http://www.conamed.gob.mx>

Superintendencia Nacional de Salud del Perú.

<http://app3.susalud.gob.pe/index.aspx>

Semanario Judicial de la Federación.

<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

PLURALISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ¹

1. INTRODUCCIÓN

En otros lugares hemos insistido en que el sujeto de Derechos Humanos es un sujeto vivo, práxico e intersubjetivo,² e igualmente hemos afirmado que la *praxis* de liberación, aunque es una *praxis* dentro de la totalidad de la realidad histórica, está compuesta por una pluralidad de *praxis* concretas.³ De ahí que pretender establecer una única *praxis* de liberación válida —e igualmente un único sujeto concreto— sería incorrecto, y caeríamos en la misma razón indolente —generadora de una visión simplificadora de Derechos Humanos— de la Modernidad hegemónica que hemos criticado.⁴ En este contexto, a través de las siguientes páginas desarrollaremos una sucinta reflexión sobre una *praxis* concreta que, en América Latina, ha asumido a la Filosofía de la Liberación (FL) como su momento intelectual: el pluralismo jurídico.

El tema del “pluralismo jurídico” es amplio y se puede analizar desde perspectivas históricas, jurídicas, sociológicas, antropológicas, etcétera, y ha sido abordado tanto desde la perspectiva de los países centrales como

¹ Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

² Cf. ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, “Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la Liberación” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 36, Escuela Libre de Derecho, México, 2012; *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Editorial Itaca, México, 2013.

³ Cf. ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos, San Luis Potosí, 2008.

⁴ Cf. ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, “Pensamiento complejo y pensamiento simplificador en la comprensión de derechos humanos” en *Dike. Revista del Centro de Investigaciones Juridicopolíticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP*, Puebla, no. 12, 2013, pp. 49-76.

de la de los periféricos. Nuestro interés, como señalamos, es intentar ubicarlo como una *praxis* que se ha desarrollado en América Latina,⁵ y que desde cierta perspectiva la FL le significa un momento filosófico y crítico para que pueda realmente responder a la liberación de los pueblos. Para esto, seguiremos principalmente el pensamiento de Antonio Carlos Wolkmer,⁶ complementándolo con la obra de otros autores que han visto en el pluralismo jurídico una dimensión de la *praxis* de liberación latinoamericana.

2. CRISIS DEL PARADIGMA MODERNO

El carácter liberador del pluralismo jurídico parte del hecho de diagnosticar y responder a una crisis en el paradigma moderno de derecho. Una crisis de paradigmas se identifica a partir del momento en que el paradigma dominante ya no logra explicar los fenómenos que debería esclarecer. En cuanto a lo jurídico, la crisis del paradigma moderno se ha dado cuando sus categorías no son suficientes para explicar la dinámica social relacionada con la juridicidad, y en la práctica muestra ineficacia para cumplir con los cometidos que se propone. En otras palabras, y desde la FL, para América Latina la crisis del derecho moderno se da porque como sistema ha generado diversas comunidades de víctimas que muestran su ineficacia y desmienten sus promesas de igualdad, libertad y fraternidad. En efecto, para Carlos Antonio Wolkmer es necesario analizar el grado de eficacia o ineficacia del actual modelo normativo de control y reglamentación social en América Latina. De este análisis, constata que hay una profunda crisis en el paradigma moderno de derecho y de Estado.

Dicho paradigma tiene como una de sus notas históricas fundamentales, para nuestro autor, el hecho de que entre los siglos XVII y XVIII

⁵ El tema del pluralismo jurídico en América Latina ha cobrado una gran importancia, tanto por la legalidad alternativa desarrollada en sectores populares, como por las luchas de los pueblos indígenas. La bibliografía es variada y abundante, y se aborda el pluralismo jurídico desde diversas perspectivas: jurídica, antropológica, sociológica, filosófica e histórica. *Cfr.*, como ejemplos básicos: SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., pp. 52-80; 131-453; DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (Coord.), *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, UASLP-CENEJUS, San Luis Potosí-Aguascalientes, 2007; OCHOA GARCÍA, Carlos, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Cholsamaj, Guatemala, 2002; LÓPEZ FUENTES, José Luis, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Diputación de Málaga, Málaga, 2006; DURAND, Carlos et al. (Coords.), *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, Plaza y Valdés Editores, México, 2000.

⁶ Principalmente en su obra: WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006.

Europeos, el liberalismo surgió como una nueva visión del mundo contenida de valores, creencias e intereses de la clase burguesa en su lucha histórica contra el dominio del feudalismo aristocrático. Y aunque en un inicio este liberalismo cobró un matiz revolucionario, sin embargo, más tarde, “cuando el capitalismo comienza a pasar a la fase industrial, la burguesía (la élite burguesa), asumiendo el poder político y consolidando su control económico, comienza a ‘aplicar en la práctica sólo los aspectos de la teoría liberal’ que más le interesan, negando la distribución social de la riqueza y excluyendo al pueblo del acceso del gobierno”.⁷ En esta lógica, el liberalismo es, para nuestro autor, ambiguo en casi todos sus aspectos, pues por un lado predica la libertad, pero por otro limita la acción de quienes no tienen potencial económico. En efecto, si es revolucionario ante el antiguo régimen, es bastante conservador en relación con las reivindicaciones populares.

Dichos principios de la sociedad moderna europea dentro del contexto capitalista, tienen a su vez una estructura político-institucional que reproduce y asegura los intereses específicos de esa nueva clase social dominante, la burguesa. Esta estructura es la moderna organización estatal de poder, revestida por el monopolio de la fuerza y la violencia, de la centralización, de la secularización y de la burocracia administrativa. Así, el paradigma moderno de ordenamiento de la sociedad tiene los siguientes rasgos esenciales: “[E]l ‘núcleo económico’ (libre iniciativa empresarial, propiedad privada, economía de mercado); el ‘núcleo político-jurídico’ (Estado de Derecho, soberanía popular, supremacía constitucional, separación de poderes, representación política, derechos civiles y políticos); el ‘núcleo ético-filosófico’ (libertad personal, tolerancia, libertad de creencias y optimismo en la vida, individualismo)”.⁸

Este paradigma moderno es monista, es decir, que sólo reconoce la existencia de un solo sistema jurídico en un territorio y en un tiempo determinado. El Estado es quien tiene el monopolio de la producción jurídica y el ejercicio de la violencia legítima. Esta característica es expresión de la “simetría liberal moderna”, es decir, que todo el Estado es de derecho y todo el derecho es del Estado, lo que según Boaventura de Sousa Santos es una de las grandes innovaciones de la modernidad occidental pero también una cuestión muy problemática “no solamente porque desconoce

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 50.

⁸ *Ibidem*.

toda la diversidad de derecho no estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho con relación a lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado”.⁹

La construcción histórica del paradigma moderno, según Wolkmer, comprende etapas o fases, plasmadas en cuatro grandes ciclos, que corresponden a la formación, la sistematización, el apogeo y la crisis del paradigma.¹⁰ El primer ciclo, el de la formación, irrumpe a lo largo de una confluencia histórica asociada al estado absolutista, al capitalismo mercantil, al fortalecimiento del poder aristocrático y al declive de la Iglesia y del pluralismo corporativista medieval; aquí destacan las teorías del soberano como creador de la ley, cuyo ejemplo más claro es el pensamiento de Thomas Hobbes. El segundo ciclo del monismo jurídico comprende desde la Revolución Francesa hasta el final de las principales legislaciones del siglo XIX; es la etapa de la sistematización, y se trata de un momento fundamental para la estructuración de la legalidad estatal burgués-capitalista en Occidente: “Con el objetivo de legitimar el funcionamiento de los nuevos mercados, la realidad emergente proclama que es la nación soberana y ya no más el príncipe el verdadero sujeto de Derecho”.¹¹ El derecho racional de la Revolución Francesa es el derecho del hombre egoísta, que olvida a los seres humanos concretos y se dedica a proclamar un sujeto abstracto con principios que sólo la burguesía tiene. Pensadores como John Austin y Rodolfo Von Jhering dieron sustento teórico a este ciclo y a la idea del derecho como mandado del estado.

El tercer ciclo del monismo se identifica con una legalidad dogmática con pretensiones científicas rígidas, alcanzando su apogeo entre los años veinte y treinta y los años cincuenta y sesenta del siglo XX. Logra su cumbre con el formalismo dogmático de la Escuela de Viena, representada por la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen. En él, la identificación del estado y del derecho permite considerar a aquél esencialmente como el orden jurídico políticamente centralizado. La propuesta científico-positivista del estado descarta el dualismo estado-derecho, fundiéndolos de tal forma que el derecho es el Estado y el Estado es el derecho positivo.¹²

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Siglo XXI-Universidad de los Andes, México-Bogotá, 2010, p. 106.

¹⁰ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 58-72.

¹¹ *Ibidem.*, p. 60.

¹² Cf. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1997, pp. 319-321.

Al iniciar el siglo XXI, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y encajonado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, a su objetivo y a sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar, como hemos insistido, desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burgués capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado no en un idealismo formalistas ni en una rigidez técnica legalista, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales. Esto es lo que marca el cuarto ciclo, que Wolkmer identifica con la crisis del paradigma.

Por otro lado, estando muy cercano al análisis de Wolkmer, José Carlos Moreira da Silva Filho considera que el paradigma dominante jurídico es el dogmático, el que tuvo una compleja génesis. Considera que se compone a partir de la convergencia de procesos básicos que se encuentran en la base de la Modernidad hegemónica, a través de una matriz epistemológica y una matriz política. En primero lugar, si bien la dogmática jurídica llega a una expresión acabada en el siglo XIX, subsume tres herencias básicas:¹³

- a) La jurisprudencial, que proviene del Derecho Romano, referida a la técnica de la *prudentia*, que busca pensar los problemas como conflictos que deben ser resueltos por una autoridad.
- b) La exegetica, que se origina de la tradición de los glosadores de la Edad Media europea, donde esta tarea era hecha sobre los textos jurídicos romanos, revistiéndoseles de un carácter dogmático, sagrado y trascendente.
- c) La sistemática, generada por el iusnaturalismo racionalista moderno, que rompe con los procedimientos de glosadores y con el saber prudencial, y pasa a centrarse en el uso de la razón cuyos principios tenían que ser investigados para su aplicación.

En el siglo XIX, la dogmática jurídica se constituye como el paradigma jurídico; en general, significa la sistematización del derecho a través de un

¹³ MOREIRA DA SILVA, José Carlos, “Pluralismo jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis de la dogmática jurídica a la afirmación de nuevos derechos” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, CENEJUS-UASLP, Aguascalientes-San Luis Potosí, 2007, pp. 51-53.

proceso de conceptualización e integración de las normas jurídicas. Con el avance de la construcción jurídica se desplaza el problema del contenido del derecho a la discusión sobre las formas en que se realiza, influido por el conocimiento científico moderno: “El principio de cientificismo, que vino, posteriormente, a informar el núcleo de la idea positivista, entendía ser la Ciencia la única forma de conocimiento aceptable. Ésta, por su parte, partía de una perspectiva eminentemente empirista. El mundo no es un conjunto de leyes y principios, sino un conjunto de hechos, tras los cuales se esconden causas o leyes que cabe a la Ciencia descubrir, lo que hará mediante el método de verificación empírica, compuesto de observación, recolección y experimentación. Un conocimiento será científico cuando se articule de modo sistemático y coherente, y resista a la verificación empírica de las hipótesis en que se apoya”.¹⁴ Este cientificismo tiene su mayor expresión en el positivismo jurídico, que es el momento donde el paradigma dogmático alcanza su maduración.

Por otro lado, la matriz política de este paradigma es el liberalismo que, como hemos dicho, otorga especial énfasis al individualismo como fundamento del orden político-jurídico. Las relaciones sociales son vistas en su aspecto consensual como fruto de un contrato social realizado entre individuos libres e iguales. El conflicto se considera, entonces, como una anomalía que amenaza la armonía social prevista en el contrato, percibiéndose sólo en su dimensión individual, desvinculándose de las relaciones de clase o de grupos sociales. Esto lleva a que, según Moreira, el positivismo y el liberalismo tengan algo en común, que los hace matrices del discurso jurídico dominante.¹⁵ Entonces, por supuesto, se concentra la generación del derecho por un solo ente, el estado, quien tiene a su cargo la administración de los conflictos. De ahí que el liberalismo y el positivismo como matrices del paradigma jurídico dominante estén estrechamente ligados al monismo jurídico.

Ahora bien, los modelos culturales y normativos que justificaron los espacios vitales, la organización social y los criterios científicos de la Modernidad, se han vuelto insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar nuevas normas de referencia y legitimidad. En su obra *Pluralismo jurídico*, Wolkmer realiza un análisis de la crisis contemporánea del modelo moderno en el caso del capitalismo periférico brasileño. Señala

¹⁴ *Ibidem.*, p. 54.

¹⁵ *Cfr. Ibidem.*, pp. 58-59.

la existencia de “la hegemonía de las oligarquías agroexportadoras vinculadas a los intereses externos y adeptas al individualismo liberal, al elitismo colonizador y a la legalidad lógico-formal”.¹⁶ Las características de la normatividad moderna (abstracción, igualdad formal, etcétera) han servido a las burguesías para imponer sus intereses y satisfacer sus derechos. Lo contrario sucede con otros grupos sociales y la implementación de “nuevos” derechos no contemplados por la legislación y los códigos positivos o que aunque reconocidos no tienen efectividad práctica, y la mayoría de las veces sólo son logrados o asegurados a través de un proceso de luchas comunitarias y de conflictos colectivos. De ahí que nuestro autor afirme que “se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos”.¹⁷ La ineficiencia del modelo jurídico dominante, en Brasil y en lo general en los países latinoamericanos, para resolver los conflictos colectivos se da en dos niveles de actuación: a) En el ámbito del poder judicial como órgano interpretativo oficial, y b) en el contexto de la propia legislación positiva estatal.

Por su parte, Jesús Antonio de la Torre Rangel también realiza una crítica a la función del paradigma del derecho moderno en América Latina, y a su carácter monista. Este paradigma penetró en el subcontinente en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, cuyo desarrollo urbano e industrial era casi nulo. De ahí que este paradigma repercutirá directamente sobre la tenencia de la tierra.¹⁸ Las leyes que regularon la propiedad asumieron las características de igualdad, generalidad y abstracción del derecho moderno, lo que trabajo “la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del derecho moderno y sus postulados”.¹⁹ En el caso de México, según Gutelman, la introducción de la propiedad privada y del proceso de expropiación desequilibró totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Un gran número de superficies fueron declaradas “baldías”, pero en realidad pertenecían a comunidades indígenas. Pero los pueblos indios no podían prevalecer sus derechos pues no

¹⁶ WOLKMER, Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 87.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 93.

¹⁸ *Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, El derecho como arma de liberación en América Latina*, UASLP-CENEJUS-CEDH, San Luis Potosí, 2006, p. 87.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 90.

tenían título jurídico de propiedad, y si éste existía no correspondía con las normas legales.²⁰ El derecho de los pueblos indígenas no era tal, pues no pertenecía al nuevo estado-nación. Cuestión parecida sucedía con los campesinos pobres que sin título jurídico no podían defenderse, y eran despojados de sus tierras; sólo las grandes haciendas podían hacerse respetar por las compañías deslindadoras.

Uno de los ámbitos donde en América Latina se ha mostrado con mayor claridad la crisis del paradigma moderno de derecho es en su relación con los pueblos indígenas. La emergencia de las jurisdicciones indígenas, sus normatividades y sus sistemas de cargos, que se encontraban invisibilizadas y hasta eran (son) combatidas por el Estado moderno, es parte de la lucha que ha emprendido esta subjetividad emergente. Las palabras de Magdalena Gómez reflejan bien esta situación:

No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han 'administrado justicia' y ésta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad reconocida y el hecho de que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de sistemas de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expresamente prohibido ejercerlas. Justamente ése es el meollo del asunto. Las funciones, cada vez más disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública, no simples actos privados, de particulares. Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico.²¹

A partir de las incoherencias entre el sistema jurídico y su aplicabilidad real, Wolkmer afirma que la estructura normativa del moderno derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la conflictividad de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina. Estas sociedades pasan por distintas especies de reproducción del capital, llenas de acentuadas contradicciones sociales y de flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia. En otra de sus obras, Wolkmer complementa esta observación con el análisis del sociólogo jurídico

²⁰ Cfr. GUTELMAN, Michel, *Capitalismo y reforma agraria en México*, ERA, México, 1975, p. 32.

²¹ GÓMEZ, Magdalena, "Derecho indígena y Constitucionalidad", ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legla, Arica, marzo de 2002, citada en LÓPEZ FUENTES, José Luis, *Los derechos de los pueblos indígenas*, p. 87.

José Eduardo Faria, señalando que los nuevos paradigmas están directamente vinculados a la

creciente complejidad de los conflictos, a la heterogeneidad socioeconómica, a la concentración y centralización del capital, a la expansión del intervencionismo estatal, a la hipertrofia del Ejecutivo, etc. En la medida en que la sociedad es vista como un sistema necesariamente en constante conflicto, tenso y en permanente transformación, cualquier análisis pasa a ser considerado válido siempre y cuando sea capaz de identificar los factores de cambio responsables de la continua inadecuación de los modelos culturales tradicionales —entre ellos, el derecho—.²²

De dicha situación surge la necesidad de proponer e introducir en la teoría del derecho de América Latina la discusión sobre la "crisis de los paradigmas" dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación. En este punto, Wolkmer sigue la pauta señalada por Thomas S. Khun, al sostener que las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías.²³ Esta crisis se percibe, en relación con nuestro tema, de manera más aguda en los países periféricos, pues la inadecuación entre derecho y realidad es evidente y se remonta al propio periodo colonial. De ahí que se proponga un nuevo Derecho, que parta de una noción de pluralismo jurídico, capaz de reconocer y dar legitimidad a normas extra e infraestatales. En este contexto, es importante señalar que, como ampliaremos más adelante, el pluralismo jurídico es diverso, y para ser emancipador debe superar las matrices colonialistas y capitalistas del paradigma moderno; de lo contrario, puede constituir un proyecto conservador. Así, por ejemplo, Santos refiere cómo los países colonialistas utilizaron el pluralismo jurídico como estrategia de colonización, y referido a final de cuentas al derecho del estado moderno respondió más a la regulación y opresión de las poblaciones originales que a su liberación.²⁴

La construcción de este referencial diferente de reglamentación implica dar prioridad a las aspiraciones más inmediatas de la sociedad civil, representada en los Nuevos Movimientos Sociales, envolviendo la articulación

²² FARIA, José Eduardo, *A Crise do Direto numa Sociedade em Mudança*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1988, p. 24, citado por WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Univesidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos, San Luis Potosí, 2006, pp. 25-26.

²³ Cfr. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad. Carlos Solís, FCE, México, 2007, pp. 149-185.

²⁴ Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 67 y ss.

de un proyecto cultural desmistificador y emancipatorio. A partir de dicha crisis, Wolkmer afirma la propuesta configurada por un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos.²⁵

Hasta el momento se ha mostrado el punto de partida del pensamiento del profesor brasileño: en países de capitalismo periférico, como son los latinoamericanos, el paradigma moderno de derecho y estado ha servido para los intereses de las clases burguesas, y no logra resolver los conflictos colectivos ni satisfacer las demandas de nuevos derechos o garantizar los derechos ya reconocidos a las clases populares, los cuales en muchas ocasiones tienen que hacerse valer a través de acciones comunitarias y construyendo movimientos sociales. Ante esta situación, se apuesta por una pluralidad en lo jurídico. Sin embargo, el autor es consciente de los diversos tipos y concepciones de pluralismo. En efecto, a continuación se abordará la caracterización que se asume de “pluralismo jurídico”.

3. CARACTERIZACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo se ha hecho presente en diversos momentos de la historia occidental, tanto en los mundos medieval, moderno y contemporáneo. Por eso, se da una compleja variedad de interpretaciones en función de la realidad que se analice y del campo de acción al cual se aplica. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tipo filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con distintos orígenes y características particulares. No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etcétera.

Esta realidad tan diversa remite a Antonio Carlos Wolkmer a realizar un recorrido histórico, en su obra *Pluralismo jurídico*, partiendo del mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron, en cada espacio social, un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres lo-

²⁵ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 81.

cales, fueros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano.²⁶ Efectivamente, fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se generó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. A través de la conocida figura de la “personalidad de las leyes”, la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica. En este contexto, nuestro autor detecta cuatro manifestaciones legales: un “derecho señorial” fundado en la función militar; un “derecho canónico” que se basaba en los principios cristianos; un “derecho burgués” apoyado en la actividad económica y por fin, un “derecho real”, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política.²⁷

La estatización del derecho se hará efectiva, en Europa, con el surgimiento de una racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana. A través de los siglos XVII y XVIII, el absolutismo monárquico y la burguesía desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como sometería el pluralismo legal y judicial. A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del estado-nación unificado, fue con la República Francesa pos-revolucionaria que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela, sostiene Wolkmer, que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único

²⁶ Esta realidad es descrita por Paolo Grossi: “...en la civilización medieval el orden jurídico es, salvadas algunas delicadas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir, escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente radical, ya que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excesivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan. Dimensión histórica auténticamente medieval esta de la relativa indiferencia del Príncipe hacia el derecho pero que, por inercia que es con frecuencia componente primario de los contextos históricos, llega —aunque discutida, contestada, erosionada— hasta los grandes acontecimientos políticos y jurídicos de finales del siglo XVIII” (Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 29).

²⁷ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 164-165.

y un mismo código civil para regir a toda la sociedad. Grossi narra de manera clara este paso del “viejo pluralismo” al monismo:

El viejo pluralismo va siendo sustituido por un rígido monismo: el ligamen entre derecho y sociedad, entre derecho y hechos económico-sociales emergentes, es cortado, mientras se opera una suerte de canalización obligada. El canal discurre obviamente entre los hechos, pero discurre en medio de dos diques altos e impenetrables: politización (en sentido estricto) y formalización de la dimensión jurídica son el resultado más impresionante y de mayor entidad.

El derecho se reduce así a ley: un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, en el clima prerrevolucionario y revolucionario, la ley tendrá un refuerzo posterior, el democrático, gracias a la afirmada (aunque no demostrada) coincidencia entre voluntad legislativa y voluntad general. En pleno secularismo, el resultado paradójico es el perfecto cumplimiento de la mística de la ley...

En el laboratorio histórico asumido por nosotros como paradigma, Francia, llegamos ahora al umbral de la codificación general, que comenzará precisamente por la zona tradicionalmente reservada de manera celosa a los particulares, es decir, por las relaciones civiles. El primer Código dispuesto en 1804 por Napoleón I será, en efecto, precisamente el Código civil.²⁸

Diversas razones favorecieron la reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX: La consolidación de la sociedad burguesa, la expansión del capitalismo industrial, el individualismo filosófico, del liberalismo político-económico y el centralismo jurídico estatal. En las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los iusfilósofos y publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano y Del Vecchio) y de los sociólogos del derecho (Ehrlich y Gurvitch). No menos importante será la vuelta al pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica (L. Pospisil, S. Falk Moore y J. Griffiths).

En razón de su significado contemporáneo, Wolkmer busca presentar una noción clara de qué es el pluralismo, sus causas determinantes, tipología y objeciones. Para comenzar designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y

²⁸ GROSSI, Paolo, *op. cit.*, p. 34.

teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales.²⁹ Partiendo de este concepto, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico.

Ahora bien, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, el surgimiento del pluralismo jurídico surge de dos situaciones diferentes, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; y b) “origen no colonial”. En el primer caso, es en países que fueron dominados económica y políticamente donde se desarrolla el pluralismo jurídico, siendo obligados los pueblos originarios a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués, español, etcétera). Así se impuso con la fuerza la unificación legal y la administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias”.³⁰

Más allá del contexto explicativo colonial, Boaventura de Sousa Santos resalta que se debe considerar en el ámbito del pluralismo jurídico de “origen no colonial”, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía etcétera). Por otro lado, se trata de la hipótesis de que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS). Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía).³¹

Más allá de la caracterización realizada por Santos, Wolkmer hace suya las palabras de Joaquim A. Falcão quien introdujo la afirmación de que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en *la propia crisis de la legalidad política*. Al contrario de lo que puedan creer ciertas co-

²⁹ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa, *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Sergio A Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 73-74.

³¹ Cfr. *Ibidem.*, p. 74-75.

rrientes del pluralismo, Falcão entiende que, en países del Tercer Mundo como Brasil, la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el derecho oficial, está correlacionada directamente con la variable de legitimidad del régimen político.³² En otras palabras, la pluralidad de los órdenes jurídicos es fruto de la búsqueda de una nueva legitimidad. Sin embargo, a lo anterior habrá que añadir otros factores relevantes; Wolkmer señala lo siguiente:

Todos estos aspectos apuntados, como la ampliación del pluralismo jurídico para abarcar especificidades materiales de determinadas regiones del capitalismo periférico, fundamentados en luchas sociopolíticas y en contradicciones económico-clasistas (Boaventura de S. Santos), así como la pluralidad normativa como respuesta a la crisis de legitimidad política (Joaquim A. Falcão) son factores relevantes pero no suficientes, si no fueran considerados la 'ineficacia' y el carácter 'injusto' del paradigma hegemónico de la legalidad dogmática estatal.³³

Wolkmer señala que ya el investigador belga Jacques Vanderlinden, en un ensayo *Síntesis sobre el pluralismo jurídico*, apunta que las dos principales causas genéricas del pluralismo se refieren a "injusticia" e "ineficacia" del modelo de "unicidad" del derecho. Parte del presupuesto de que la "unicidad" es incapaz de contemplar correctamente la existencia de desventajas propias de grupos sociales particulares y de percibir la relatividad de la idea de justicia. Ante esta situación, el pluralismo jurídico puede demostrar de modo amplio la fuerza y la autenticidad de múltiples manifestaciones normativas no estatales originadas por los más diversos sectores de la estructura social, y revelar toda una rica producción legal informal e insurgente a partir de condiciones materiales, luchas sociales y contradicciones clasistas o interclasistas.

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas que no pueden soslayarse, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macro-variables históricas sólo susceptibles de investigación profunda si son acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

³² Cfr. FALCÃO, Joaquim A (Org.), *Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 61-85, citado por WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico...*, op. cit., p. 195.

³³ *Ibidem*, p. 196.

Avanzando en esta temática, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad *no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad*. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el estado.

La complejidad y el extenso cuadro de fenómenos legales plurales viabilizan las posibilidades de diversas propuestas de clasificación. A pesar de que no existe un consenso entre los que tratan la cuestión de las modalidades del pluralismo legal, se debe subrayar sólo una distinción y yuxtaposición proyectada para sociedades de capitalismo periférico. Es en este nivel en que se procesa la dualidad entre "pluralismo jurídico estatal" y "pluralismo jurídico comunitario".³⁴ El primero es aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el estado. Se admite la presencia de numerosos "campos sociales semiautónomos", con relación a un poder político centralizador, así como múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través de grados de eficiencia, siendo atribuida al orden jurídico estatal una positividad mayor. Ante esto, los derechos no estatales representan una función residual y complementaria, pudiendo ser minimizada su competencia o bien, incorporada por la legislación estatal. En lo que concierne al "pluralismo jurídico comunitario", éste actúa en un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, existiendo independientemente del control estatal.

Finalmente, Wolkmer aborda diversas "objeciones" hechas al pluralismo jurídico, tanto las objeciones apuntadas por los autores de perfil teórico, tanto tradicional, como de los innovadores.³⁵ Parte de su argumento es referido a la fase ambigua del pluralismo jurídico que, tanto se puede revelar como una estrategia global progresista, como un proyecto de aspecto conservador. Entonces, si por detrás de un pluralismo se encuentra un

³⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 198-199.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 200-202.

Gurvitch o un Proudhon, por otro lado, en el rol del monismo, se alinean pensadores como Marx y Hegel. La relatividad de estas ponderaciones refuerza la propuesta de que, para Norberto Bobbio, la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una ideología revolucionaria inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una ideología reaccionaria interpretada como “un episodio de la desagregación o de la sustitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía”.³⁶

Es importante advertir sobre el posible uso ideológico de las prácticas normativas populares; es decir, se debe asumir el pluralismo jurídico como una realidad histórica y, por tanto, dinámica, y es necesario realizar la historización de su uso como principio de desideologización.³⁷ Santos advierte sobre esta equivocidad del pluralismo jurídico:

El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero siempre ha de estar sometido a una especie de prueba de fuego para decidir qué tipos de pluralismo jurídico son propicios a la legalidad cosmopolita y cuáles no. El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si, por el contrario, fortalece los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso las legalidades no hegemónicas desde abajo forman parte de la pluralidad jurídica cosmopolita.³⁸

En síntesis, la introducción del pluralismo jurídico implica, en la realidad de América Latina, no sólo admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites, como sobre todo, que el mismo puede ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora”.

4. PLURALISMO JURÍDICO COMO PROYECTO CONSERVADOR

El proyecto de derecho propuesto por Wolkmer para el tercer milenio no es el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras.

³⁶ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 164; 264-265.

³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 202.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica*, op. cit., pp. 577-578.

Tal pluralismo de tradición burguesa, que fue defendido en la primera mitad del siglo XX, viene siendo reintroducido como la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial, involucrando descentralización administrativa, integración de mercados, globalización y acumulación flexible de capital, formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional, etcétera³⁹ De ahí que el pluralismo jurídico tradicional sea rechazado desde la perspectiva de la FL, al no responder a la construcción de un derecho desde la perspectiva de las víctimas. Las limitantes e inconvenientes de este pluralismo las describe Wolkmer en el siguiente sentido:

[E]l pluralismo jurídico tradicional se ve afectado por innumerables ‘limitaciones’ [...] incluso, avanzando un poco más, es hasta inviable o inadecuado para estructuras de privilegios, desigualdades e injusticias como la brasileña, principalmente cuando es asumido por intereses exclusivistas provenientes del saqueo de ciertos segmentos neocorporativistas o de elites con mayor poder de presión económica, representantes permanentes de la forma de dominación oligárquica antipopular.⁴⁰

Como consecuencia, el debate sobre el pluralismo jurídico se muestra oportuno, particularmente cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven con el neocolonialismo, la dependencia y el autoritarismo. En efecto, es prioritario distinguir al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad” (posmodernidad celebratoria, en término de Boaventura de Sousa Santos), es, para Wolkmer, otro engaño para lograr la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.

Es cierto que este tipo de pluralismo expresa determinadas condiciones de posibilidades que están interligadas directamente al proceso de globalización del capitalismo actual. Como: “a) la crisis del modelo fordista-key-

³⁹ Cfr. FARIA, José Eduardo, *Derecho y globalización económica*, Trotta, Madrid, 2001.

⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., p. 203.

nesiano y la globalización de la acumulación flexible; b) el desarrollo del neoamericanismo; c) el debilitamiento de los estados nacionales latinoamericanos junto con los procesos de descentralización administrativa; y d) la crisis del trabajador de masa y las nuevas luchas sociales”.⁴¹

El pluralismo de corte conservador se contrapone radicalmente al pluralismo progresista y democrático que Wolkmer propone. La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador imposibilita la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matriz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizados para alcanzar sus intereses económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes.⁴²

Se trata de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos”, fundado en un nuevo desafío: construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general (...) sin negar el pluralismo de los intereses particulares”. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.

Por tanto, un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico, que parte de una propuesta de consolidación democrática coherente para América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores se encuentran en permanente cambio de influencias y continua reacomoda-

⁴¹ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico...*, op. cit., p. 305-306.

⁴² Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos. “El pluralismo jurídico: Elementos para un ordenamiento alternativo” en *Crítica jurídica*, n. 13, UNAM, México, 1993, pp. 241-242.

ción, haciendo posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de tipo político.

5. PLURALISMO JURÍDICO COMO PROYECTO EMANCIPADOR

La propuesta del pluralismo como un proyecto de “legalidad alternativa” se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo, identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desreglamentación social, y por otro lado, la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades.

Este tipo de pluralismo jurídico es un proyecto que busca hacer realidad los derechos humanos desde la perspectiva que hemos defendido en este capítulo; es decir, se trata de una “legalidad alternativa” construida por el sujeto vivo, *práxico* e intersubjetivo que es, a su vez, el fundamento de derechos humanos. Como veremos, las características de esta clase de pluralismo jurídico que desarrolla Wolkmer son coincidentes con la manera en que hemos abordado el tema de derechos humanos a través de estas páginas.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios del capitalismo periférico latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar:

- a) Fundamentos de “efectividad material”: Se refieren al surgimiento de nuevos sujetos colectivos, y a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.
- b) Fundamentos de “efectividad formal”: Son el reordenamiento del espacio público mediante una política democrático-comunitaria descentralizadora y participativa, el desarrollo de una ética concreta de la alteridad, y la construcción de procesos para una racionalidad emancipatoria.⁴³

Es en estos fundamentos donde Wolkmer hace uso de la FL para integrar su propuesta de pluralismo jurídico como proyecto emancipador. En ellos, como veremos, encontraremos diversas coincidencias con lo que hemos expuesto en este capítulo.

⁴³ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, pp. 204-246.

5.1. *Nuevas subjetividades: Nuevos Movimientos Sociales*

En primer lugar, como fundamento de efectividad material, Wolkmer señala la cuestión de los *nuevos sujetos sociales* que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo “*a priori*”, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Este enfoque de pluralismo jurídico se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se auto-determina y modifica lo mundial del proceso histórico social.

La situación de lo “nuevo”, en cuanto portador del futuro, no está referida a una totalidad universalista constituida por sujetos soberanos, centralizados y creados *a priori*, sino en el espacio de subjetividades cotidianas compuestas por una pluralidad de sujetos diferentes y heterogéneos. En efecto, tanto el “nuevo” como el “colectivo” no deben ser pensados, señala Wolkmer, en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidad, “sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores pasaran a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia”.⁴⁴ Se trata del sujeto vivo, intersubjetivo y práxico que se muestra como comunidad de víctimas. De ahí que el sujeto abstracto, individualista y universal de la Modernidad hegemónica que en América Latina era concretizado por oligarquías, burguesías nacionales, elites empresariales y burocracias militares, es sustituido por “un tipo de colectividad política constituida tanto por agentes colectivos organizados como por movimientos sociales de naturaleza rural (campesinos sin tierra), urbana (sin techo), étnica (minorías), religiosa (comunidades eclesiales de base), estudiantil, así como por comunidades de mujeres, de barrios, de fábricas, de corporaciones profesionales y demás cuerpos sociales intermedios semiautónomos clasistas e interclasistas”.⁴⁵

Al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” como oposición a lo “establecido” y lo “oficial”, y lo “colectivo” frente a lo “abstracto” e “individual”, se privilegia en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en la

⁴⁴ *Ibidem*, p. 208.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 210.

actualidad, los sujetos de una nueva ciudadanía, revelándose como auténticas fuentes de una nueva legitimidad.

5.2. *El sistema de necesidades*

Al abordar al sujeto vivo como fundamento de derechos humanos analizamos la cuestión de la satisfacción de necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En cuanto al pluralismo jurídico, Wolkmer señala que con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, concretizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo “sistema de necesidades”. Este “sistema de necesidades” es calificado como la *segunda suposición o fundamento* en la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo.

En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las “necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia etc. Las condiciones económicas generadas por el capitalismo, impiden la satisfacción de las necesidades, generando un sistema de falsas necesidades, necesidades que no pueden ser completamente satisfechas. Señala nuestro autor que “[a]unque la dinámica de las necesidades esté vinculada a la formación de identidades individuales y colectivas en cualquier tipo de sociedad, fue con la modernidad burguesa capitalista e industrial que adquirió especificidades no comunes e ilimitadas”⁴⁶.

No obstante, el desarrollo coyuntural y estructural del capitalismo dependiente latinoamericano favorece la interpretación de las “necesidades” como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva. Siguiendo a Agnes Heller, Wolkmer señala:

Así, las ‘necesidades radicales’ son las únicas que pueden constituirse en factores de superación de la sociedad capitalista, posibilitando, a través de la conciencia

⁴⁶ *Ibidem.*, pp. 213.

adquirida, la superación de la alienación, la transformación de la vida cotidiana y la emancipación humana.⁴⁷

Las condiciones de vida experimentadas por los diversos segmentos populares latinoamericanos, básicamente, aquellas condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la sobrevivencia y subsistencia, acaban produciendo reivindicaciones que exigen y afirman derechos. No hay duda de que la situación de privación, carencia y exclusión, constituyen la razón motivadora de la aparición de derechos por las necesidades. Es decir, los derechos objetivados por los agentes de una nueva ciudadanía colectiva expresan la intermediación entre necesidad, conflictos y demandas.

5.3. Reordenamiento del espacio público

El *tercer supuesto* para articular un pluralismo comunitario consiste en viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija, y al mismo tiempo reproduzca, un *espacio comunitario descentralizado y participativo*. Tal propósito no parece ser muy fácil en estructuras sociales con alto grado de inestabilidad socio política, como las latinoamericanas, ya que están contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria.

Debe tomarse en cuenta, además, que las estructuras sociales periféricas están contaminadas hasta las raíces por una tradición político-cultural centralizadora, dependiente y autoritaria. La composición territorial y política se formó en dependencia de un proceso de imposición de la producción del capital internacional y de intereses exclusivistas de una élite burocrática-oligárquica, poseedora de la hegemonía política, económica y cultural.

Al profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina le parece claro que la ruptura con este tipo de estructura societaria, demanda profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel de pensamiento, discurso y comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo, rescatando formas de acción humanas que pasan por las cuestiones de la “comunidad”, “políticas democráticas de

⁴⁷ *Ibidem*, p. 215.

bases”, “participación y control popular”, “gestión descentralizada”, “poder local o municipal” y “sistemas de consejos”. Para esto es importante recuperar el concepto de “comunidad”:

Aunque pueda tener un sentido a veces vago y difuso, la noción de ‘comunidad’ implica cierto aglomerado social con características singulares, intereses comunes e identidad propia, que, aunque insertos en un espectro de relaciones inundadas por consenso y disensos, se interrelacionan por un lastre geográfico espacial, por coexistencia ideológica y por carencias materiales.⁴⁸

Wolkmer se aleja de nociones liberales-capitalistas de “comunidad”, basadas más en la idea del contractualismo, las cuales le dan un carácter estático a esa noción. Por eso, la forma de pensar la comunidad, en este tipo de concepción pluralista, significa comprenderla como un espacio público constituido en parte por la legitimación de nuevas fuerzas sociales que, en permanente ejercicio de su alteridad, son conscientes de sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de prácticas jurídicas autónomas. En este sentido, “la comunidad a través de los movimientos sociales y de los múltiples cuerpos intermedios está llamada a co-dirigir su destino”.⁴⁹

Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, con el respectivo proceso de consolidación de la *democracia participativa de base*,⁵⁰ es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos. Pues, en la medida en que la democracia formal y el sistema convencional de representación, es decir, los partidos políticos, se vuelven obsoletos y no logran canalizar las demandas sociales, se dan las condiciones de participación para las nuevas identidades colectivas insurgentes:

No se trata más de sujetos de una ‘ciudadanía regulada’, presos de la formalidad del voto representativo, sino de ‘sujetos en relación’, en una dinámica de alteridad

⁴⁸ *Ibidem*, p. 219.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁵⁰ Sobre los mecanismos propuestos para la democracia de base, véase WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 222-224. Donde, entre otras, propone: la presencia de organizaciones de interés popular en la esfera pública local; la práctica del plebiscito; el ejercicio del referéndum; el “veto popular”; las “audiencias públicas”; proyectos presupuestarios consultados; participación en el poder de control por parte del pueblo; etcétera.

con el otro, con la comunidad y con el poder político, objetivando la solución de sus problemas, de sus carencias y del reconocimiento de sus derechos.⁵¹

En síntesis, el pluralismo jurídico emancipador requiere de un nuevo espacio público, que supere la democracia burguesa formal y la regulación estatal de la "ciudadanía", para potencializar las ventajas de las prácticas democráticas de intervención continua, que reflejen los intereses y los conflictos cotidianos de las diversas fuerzas sociales a cada momento. Es decir, la democracia participativa de base no se consolida por el número de votos, sino por la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse en la expresión de sus necesidades a través de su intervención en la opinión pública.

5.4. *Ética concreta de la alteridad*

Una *cuarta condición o fundamento* para la composición de la legalidad alternativa es la construcción de una *ética de la solidaridad o de la alteridad*. La cuestión de la alteridad, recordémoslo, la hemos abordado tanto en el capítulo primero de esta tesis al hablar de la praxis de los primeros defensores de los pueblos indígenas como al hablar del fundamento de derechos humanos al inicio del presente capítulo. El agotamiento de la cultura burguesa capitalista de cuño individualista nos lleva a la crisis ética de la modernidad. Se vive en la actualidad, las consecuencias de una ética basada en el individualismo, en el poder, en la competencia, en la eficiencia, en la producción, en el relativismo, etcétera.

La ética concreta de la alteridad no se prende de ingenierías "ontológicas" y de juicios universales *a priori*, colocados para ser aplicados en situaciones concretas, sino que asume y construye concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación. Wolkmer señala que así, esta ética "posee un cuño liberador, pues, por estar inserta en las prácticas sociales y de ellas ser producto, puede perfectamente materializarse como el instrumento pedagógico que mejor se adapta a los intentos de conscientización y transformación de las naciones dependientes del capitalismo periférico,

⁵¹ *Ibidem*, p. 222.

así como de las luchas de liberación y emancipación nacional de los pueblos oprimidos".⁵²

El contenido constructivo de la "ética de la alteridad", como expresión de valores emergentes, tales como justicia, solidaridad, autonomía, emancipación, de los nuevos sujetos individuales y colectivos, ya sea como forma de destrucción del poder dominante, ya como instrumentos pedagógicos de la liberación, envuelve dos condiciones esenciales:

- a) "Se inspira en la 'praxis concreta' y en la situación histórica de las estructuras socio-económicas hasta hoy despojadas, dependientes, marginadas y colonizadas.
- b) Las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en la propia cultura teológica, filosófica y socio-política latinoamericana. En este sentido, se debe aprender un pensamiento periférico autóctono de vanguardia, representado tanto por la Filosofía (Enrique Dussel, Juan Carlos Scannone, Raúl F. Betancourt, Augusto Salazar Bondy, Alejandro Serrano Caldera, Leopoldo Zea y otros) como por la Teología (Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff, Hugo Assmann y otros) y por las Ciencias Sociales (José Carlos Mariátegui, Eduardo Galeano, Darcy Ribeiro, Franz J. Hinkelammert y otros)".⁵³

La ética de la alteridad comparte ciertos valores racionales y universales, como la vida, la libertad y el bien común, pero por ser parte de una pluralidad de formas de vida, traduce la singularidad de ciertas metas específicas, representadas por la justicia, la solidaridad, la emancipación y por la satisfacción de las necesidades humanas. Esta ética da prioridad a las prácticas culturales de una determinada condición histórica particular, material y no formal.

Se trata de una ética de solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos. Por ser una ética que debe reflejar los valores de la emancipación de nuevas entidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta, comprometida con la dignidad del otro, encuentra sus soportes teóricos no sólo en las prácticas sociales

⁵² *Ibidem*, p. 233.

⁵³ *Ibidem*, p. 234.

cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino en algunos supuestos epistemológicos de la FL⁵⁴ que hemos desarrollado a través de este capítulo.

A partir de las necesidades de los segmentos excluidos, esta ética se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos y explotados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del otro, es fundamental llevar el ejercicio del derecho más allá de los profesionales liberales y realizar todo un esfuerzo pedagógico para que lo jurídico sea un instrumento de los movimientos populares. Para lo cual es indispensable el aporte del pensamiento de Paulo Freire y su pedagogía del oprimido.⁵⁵ Se trata de una educación como proceso de desmitificación y concientización, apta para llevar y para permitir, por medio de una dinámica de interacción entre conciencia, acción, reflexión y transformación, que las identidades individuales y colectivas asuman el papel de agentes históricos de juridicidad, haciendo y rehaciendo el mundo de la vida, y ampliando los horizontes del poder de la sociedad.

5.5. Racionalidad de carácter emancipatoria

La última condición que es necesario considerar para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales. Es lo que hemos llamado como *logos* histórico con una función liberadora, y la racionalidad del sujeto vivo.

Wolkmer efectúa una revisión de la crítica a la razón instrumental realizada por le Escuela de Frankfurt, desde Adorno hasta Habermas. Reconoce sus aportaciones para superar las formas disgregantes y distorsionadas asumidas por la racionalidad iluminista, pero considera sus límites, pues

⁵⁴ Cfr. DUSSEL, Enrique, *Ética de la Liberación En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998; *Filosofía de la Liberación*, Nueva América, Bogotá, 1996.

⁵⁵ Cfr. FREIRE, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, Trad. Jorge Mellado, 1996; *Cartas a quien pretende enseñar*, Trad. Stella Mastrangelo, 1994; *¿Extensión o comunicación? La concientización en el medio rural*, Trad. Lilian Ronzoni, 1996; *La importancia de leer y el proceso de liberación*, Trad. Stella Mastrangelo, Siglo Política y educación, Trad. Stella Mastrangelo, 1997; *La educación en la ciudad*, Trad. Stella Araújo Olivera, 1997; *La educación como práctica de la libertad*, Trad. Lilien Ronzoni, Siglo XXI, México, 1996; *Pedagogía de la indignación*, Trad. Pablo Manzano, Morata, Madrid, 2001; FREIRE, Paulo et al., *El grito manso*, 2004; todos de Ed. Siglo XXI, México, ALVAREZ CERVANTES, Luisa, *La ontología de lo humano del primer Freire*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2005.

“[a]unque se puede reconocer la validez de la ‘racionalidad comunicativa’ en el futuro diálogo entre las naciones ricas del Norte y los países pobres del Sur, se deben tener presente ciertas insuficiencias de su ‘discurso emancipador’ con respecto a la *praxis* socio-política de estas últimas sociedades dependientes”.⁵⁶ Esto en función de que las categorías *a priori* pueden desconocer que toda formulación teórica que implique procesos racionales, debe surgir de las necesidades, reivindicaciones, conflictos y luchas históricas. Es decir,

...los procesos de racionalización no nacen de los *a priori* fundamentales universales, sino de la contingencia directa de los intereses y necesidades de la pluralidad de acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación. De este modo, el nuevo concepto de razón implica el abandono de todo tipo de racionalización metafísica y técnico-formalista equidistante de la experiencia concreta y de la creciente pluralidad de las formas de vida cotidiana.⁵⁷

Por tanto, para Wolkmer, el modelo tradicional de racionalidad técnico formal, debe ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, dirigida para modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas. En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación. Se trata de una razón libre, cuya realidad no provenga de la razón, sino cuya razón derive de la realidad. Y toda esta racionalidad se conecta con lo ya comentado respecto a la necesaria pedagogía del oprimido, y la comprensión del Derecho como instrumento de la vida cotidiana de las comunidades y no como herramienta técnico-formal de los profesionistas liberales.

6. CONCLUSIÓN

La emergencia de nuevas y múltiples formas de producción del derecho está comprendida en el fenómeno “práctico histórico” del pluralismo ju-

⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 244-245.

⁵⁷ *Ídem.*, p. 245.

rido. Se trata de la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes de los órganos o agencias del estado. La prueba de esta realidad innovadora, que no se centraliza en los lugares tradicionales del ejercicio jurídico (tribunales, administración, escuelas de derecho) sino en el seno de la propia comunidad, son los nuevos sujetos sociales. Con esto, aflora toda una nueva lógica y una “nueva” justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Wolkmer propone romper con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. En este sentido, en un espacio como el latinoamericano, donde la fluidez de significados y prácticas sociales derivados del pluralismo jurídico irrumpe como hendiduras en la fija unidad mono-racionalista de la Modernidad no es de extrañar, afirma nuestro autor, que el derecho oficial deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes “posiciones discursivas” interactúan en un proceso constructivo.

Diversos hechos confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes; sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, a través de aquéllas se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Los nuevos modelos plurales y democráticos de justicia se dirigen a un desarrollo de ciertas prácticas nombradas como de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad.⁵⁸ El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas, que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico, comprende prácticas no

⁵⁸ PALACIO, Germán, *Pluralismo Jurídico*, IDEA/Universidad Nacional, Bogotá, 1993, pp. 130-131.

siempre homogéneas e idénticas. Un ejemplo de esto puede ser constatado en dos tipologías recientes.

Para Germán Palacio, la expresión genérica del Derecho alternativo se refiere a las formas del Derecho indígena, del Derecho de transición social o del Derecho insurgente. El Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el Derecho nativo de resistencia que subsiste pese a las ofensivas imperialistas de los países coloniales. El Derecho de transición social es aquel que surge de sociedades políticas que pasaron por un proceso revolucionario (Portugal en el tiempo de la Revolución, la Nicaragua de los Sandinistas). Por fin, el Derecho insurgente “creado por los oprimidos de acuerdo con sus intereses y necesidades”.⁵⁹

Por otro lado, en la experiencia de los años 90 en Brasil, el magistrado Amilton B. Carvalho, en su obra *Derecho Alternativo en la Jurisprudencia*, propone que el “movimiento del Derecho alternativo” en su sentido general, comprende los siguientes frentes de lucha: 1°. *Uso alternativo del Derecho*: utilización, vía interpretación diferenciada, de las “contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho legislativo en una óptica democratizante”. 2°. *Positivismos de combate*: uso y reconocimiento del derecho positivo como arma de combate, es la lucha para la efectivización concreta de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero que no están siendo aplicados. 3°. *Derecho alternativo en sentido estricto*: “derecho paralelo, emergente, insurgente, encontrado en la calle, no oficial, que coexiste con aquél otro emergente del estado, es un derecho vivo, actuante, que está en permanente formación/transformación”.⁶⁰

Por lo tanto, las múltiples y diversas prácticas del llamado Derecho Alternativo, en Brasil, comprenden un proceso mayor que debe ser reconocido como pluralismo jurídico. Visto que la proyección y difusión del “movimiento alternativo” es relativamente nueva, todavía no ha sido posible definir claramente su conceptualización, caracterización, funcionamiento e influencia.

Ciertamente que los criterios que expresan prácticas alternativas de reglamentación implican informalización, descentralización y democratización de los procedimientos, factores que se constituyen en el medio más

⁵⁹ *Ibidem.*, pp. 131-132. También ver CORREAS, Óscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, 2003, pp. 87-125.

⁶⁰ Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, UAA-ITESO-Porrúa, México, 2002, pp. 165-167.

adecuado para hacer operativas las demandas para el acceso a la justicia y operar los conflictos colectivos de espacios societarios, marcados constantemente por inestabilidad y cambios sociales.

Para valorar la propuesta de Wolkmer, en relación con la perspectiva desde la FL de derechos humanos, hay que tomar en cuenta que no se trata de una teoría del derecho dentro del marco de la racionalidad positivista, ni busca darle una categoría de “teoría pura”. Más bien consiste en una visión interdisciplinaria, relacional y compleja del fenómeno jurídico, pues sólo de esta forma puede denunciarse la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva, y desde ahí construir un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales insurgentes, de las *praxis* de liberación de los sujetos vivos e intersubjetivos.⁶¹

Es importante aclarar que la FL no idealiza las prácticas populares, sino que reconoce que éstas pueden engendrar también un derecho injusto —al igual que puede hacer el estado—. De ahí la importancia de una ética de la alteridad, que sea capaz de ser crítica de las prácticas de los nuevos movimientos sociales. Tampoco se trata de que el pluralismo jurídico desconozca el valor de lo formal, ni del estado de derecho o la constitucionalidad de los derechos fundamentales, sino que, tratándose de los países con capitalismo periférico, el respeto a este tipo de juridicidad requiere otros mecanismos más allá de la clásica división de poderes y una representatividad que supere la de las democracias burguesas. En este sentido, la dualidad estado-sociedad civil se comprende, en la propuesta de Wolkmer, de una forma diferente a la clásica de la Modernidad. La sociedad civil no debe ser un conjunto atomizado de ciudadanos, sino es el nuevo espacio de participación política de movimientos sociales. Es el espacio donde se construye el sujeto intersubjetivo. Es decir, el pluralismo jurídico no sólo significa una nueva legalidad sino también una nueva concepción del Estado, que no conlleva a su debilitamiento sino a su fortalecimiento desde la base.

Otorgar legitimidad a las demandas de los Nuevos Movimientos Sociales permite, entre otras cosas, asumir que los derechos humanos más

⁶¹ Para una exposición de luchas y prácticas en América Latina, donde se genera derecho fuera del estado, puede consultarse: el capítulo V de la obra en comentario de WOLKMER, Carlos Antonio, *Pluralismo jurídico*, op. cit., pp. 247-297. También DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho que nace del pueblo*, Porrúa, México, 2005 (también existe una edición colombiana por ILSA, Bogotá, 2004).

allá del individualismo ilustrado y de la visión eurocéntrica de la historia. Además, posibilita que la teoría del derecho sea capaz de asumir uno de los cambios más importantes que se han dado en las últimas décadas respecto a los derechos: la llegada de nuevos interlocutores a este campo, de subjetividades emergentes. De ahí que sea importante la recuperación de los sujetos colectivos (sea el “pueblo” o los “nuevos movimientos”), pues en la era de la globalización, los derechos humanos deben comprenderse, para su efectividad, como derechos de los pobres para evitar así la inversión ideológica a favor de los dueños del gran capital.⁶²

Por último, ante la pretensión de los pensamientos abstractos de encontrar respuestas *a priori*, hay que dejar en claro la apuesta epistemológica de Wolkmer, generada desde las categorías de la FL. Es una epistemología crítica que busca delinear caminos de emancipación a partir de prácticas emancipatorias. De ahí que, la pretendida neutralidad científica y política, queden a un lado. Además, al tratarse más de una *teoría procesual* que de una teoría pura, contiene una importante dimensión pedagógica. Esta dimensión tiene la función estratégica de preparar, a nivel social y político, los horizontes de un nuevo paradigma capaz de reconocer y otorgar legitimidad a normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos sujetos sociales, y de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de profunda desigualdad.

⁶² Cfr. WILFRED, Felix, “¿Derechos humanos o los derechos de los pobres? Rescatando los derechos humanos de las inversiones contemporáneas”, en *Filosofía para la convivencia. Caminos de diálogo norte-sur*, MAD, Sevilla, 2004, pp. 321-336.

LA ACTIVIDAD JURÍDICA DEL ESTADO DE PUEBLA EN EL SITIO DE 1863

Juan Pablo SALAZAR ANDREU¹
José Luis BAUTISTA GONZÁLEZ*
Erick Alan BECERRA RODRÍGUEZ*
Teresa FUENTES OCAMPO*
Gerardo LUNA SÁNCHEZ*
Jaqueline ROSAS BARRADAS*

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Marco Constitucional de 1861*. 3. *Actuación Jurídica antes de la Invasión a la Ciudad de Puebla*. 4. *El Gobierno durante el Sitio*. 5. *La caída del Gobierno Republicano de Puebla*. 6. *Conclusiones*.

1. INTRODUCCIÓN

A 150 años del sitio de la Heroica Ciudad de Puebla vale la pena reflexionar sobre los sucesos ocurridos durante el año de 1863. Prácticamente no existen estudios político-jurídicos sobre el periodo de la intervención francesa, justificante perfecto para realizar un trabajo en donde se brinde una perspectiva de la actividad jurídica que tuvo lugar en un momento de gran convulsión interna como la guerra con Francia que posteriormente derivó en la Intervención.

¹ Presidente de Los Cronistas de Puebla, catedrático de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP)

*Alumnos de la Maestría en Ciencia y Gestión Política de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP)

Para efectos de esta investigación se consultaron el Archivo General del Municipio de Puebla, el Archivo Histórico del Congreso del Estado de Puebla, así como el Archivo General del Estado de Puebla. En lo que respecta a los tomos relativos a la actividad legislativa del año 1863, estos se encuentran oficialmente extraviados.

Además, en el curso de esta investigación fue constante tropezar con una serie de contradicciones entre los hechos interpretados por los autores consultados. La principal fuente científica de la que se logró recopilar la presente información provino de la Colección del Boletín Oficial del Archivo Municipal, y del Fondo de Leyes y Decretos Estatales del Archivo General del Estado.

Los objetivos específicos de la investigación pretenden responder las siguientes interrogantes: ¿Existió actividad jurídica durante el año de 1863? ¿Fue interrumpido el gobierno estatal durante el sitio de la Ciudad de Puebla? ¿Quiénes fueron los gobernadores antes y después del sitio? ¿Qué pasó en la Ciudad a la caída del Gobierno Republicano de Puebla? ¿Siguió rigiendo la Constitución del Estado de Puebla de 1861? ¿Cuál fue la fecha de la caída del gobierno la Ciudad y del Estado de Puebla?

2. MARCO CONSTITUCIONAL DE 1861

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861 obedece, en el ánimo del espíritu republicano y reformador del gobierno del Presidente Juárez, como sucedía en muchos otros estados, a la promulgación de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.² La actividad jurídica del Congreso del Estado en el año de 1863, tenía su fundamento legal en la Constitución del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861 y por tanto, en la referida Constitución Federal de 1857.

Las disposiciones contenidas en la Constitución del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861, establecen las obligaciones y atribuciones tanto del titular del supremo poder Ejecutivo, a quien se le llama “Gobernador del Estado Libre y Soberano de Puebla”, como del titular del Poder Legislativo, que lleva por nombre “Congreso del Estado Libre y Soberano de Puebla”. En este sentido, las atribuciones del Congreso

² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 595.

local, según la Constitución del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861, son las siguientes:

Artículo 36. Son facultades del Congreso:³

- I. Calificar las elecciones de sus miembros, convocando a una nueva elección al distrito respectivo en caso de nulidad o falta absoluta del propietario y el suplente.
- II. Calificar la legalidad o validez de la elección de Gobernador, convocando a nuevas elecciones en caso de nulidad absoluta declarada por la mayoría de los diputados y senadores presentes.
- III. Proceder al escrutinio y declarar Gobernador del Estado al que hubiere obtenido la mayoría absoluta de sufragios. En caso de empate, será Gobernador el que elija el Congreso por mayoría absoluta de votos, ente los que tengan igual número. Cuando no haya ese empate, el Congreso elegirá entre cuatro de los que hubieren obtenido mayoría relativa. No habiendo este número de ciudadanos con sufragios, la elección se hará entre aquellos que los hayan obtenido.
- IV. Proceder al escrutinio y declarar ministros y fiscales del Tribunal Superior, tanto propietarios como suplentes, a los ministros que hubieren obtenido mayor número de votos para el efecto, en los distritos electorales.
- V. Expedir, interpretar y derogar las leyes, decretos o acuerdos en lo conducente a la administración y gobierno interior del Estado.
- VI. Iniciar al Congreso de la Unión leyes generales y representar contra las que se opongan o perjudiquen los intereses del Estado.
- VII. Arreglar los límites de éste por convenios, que sujetará a la aprobación del Congreso general.
- VIII. Crear y suprimir empleos públicos en el Estado, y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones.
- IX. Aprobar el presupuesto de gastos que debe presentar el Ejecutivo al principio del segundo periodo de sesiones de cada año, decretando las contribuciones necesarias para cubrirlo, así como el contingente con que haya de contribuir el Estado para los gastos de la Federación.
- X. Facultar al Ejecutivo para celebrar contratos o adquirir empréstitos sobre las rentas del Estado, sujetándose a las bases que se le señalen.
- XI. Expedir leyes para conceder retiros o pensiones y otorgar premios por servicios eminentes al Estado.
- XII. Conceder al Ejecutivo facultades extraordinarias cuando así lo exijan las circunstancias críticas del Estado y lo acuerden los dos tercios de los diputados.
- XIII. Declarar si ha o no lugar a la formación de causa por delitos oficiales y comunes a los miembros del Congreso, al Gobernador del Estado, a sus secretarios y a los ministros y fiscales del Tribunal Superior.

³ SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, *Puebla y sus Constituciones Federales (1825-1917)*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2010, pp. 65-66.

- XIV. Prestar o no su ratificación para los efectos de la parte 3a. del artículo 72 de la Constitución general, y dar su voto en el caso del artículo 127 de la misma Constitución.
- XV. Ampliar o disminuir el número de distritos en que por esta Constitución se divide el Estado y sus respectivos territorios, sujetándose a lo prevenido para la reforma de esta Constitución.
- XVI. Expedir reglas de colonización, conforme a las bases que determine el Gobierno general.
- XVII. Fomentar de preferencia la educación primaria, la instrucción pública y promover todos los ramos de prosperidad.
- XVIII. Proteger sin preferencia la libertad de culto, conforme a la ley general.
- XIX. Conceder o denegar la gracia de legitimación.
- XX. Rehabilitar en los derechos de ciudadano a quienes los hubieren perdido.
- XXI. Determinar el modo de cubrir el contingente de sangre para el ejército nacional.
- XXII. Conceder o denegar indulto a los reos del Estado.
- XXIII. Conceder amnistías cuando lo estime oportuno, a los reos del Estado que alteren o trastornen el orden público o promuevan alguna sedición.
- XXIV. Conceder habilitación de ida a los menores que la soliciten fundadamente.
- XXV. Dispensar de las leyes del Estado en los casos que puedan presentarse.
- XXVI. Resolver las diferencias que se susciten entre el Ejecutivo y el Tribunal Superior del Estado.
- XXVII. Prorrogar hasta por cuarenta días hábiles sus sesiones ordinarias, cuando así lo acuerden los dos tercios de los diputados presentes.
- XXVIII. Recibir a los diputados, Gobernador, ministros y fiscales de los Tribunales Superiores así propietarios como representantes, la protesta de obediencia y acatamiento a las Constituciones general y particular del Estado, y a las leyes que de ambas procedan.
- XXIX. Expedir su reglamento parlamentario.

Por su parte, las atribuciones y deberes del Gobernador del Estado Libre y Soberano de Puebla son:

Artículo 60. Son atribuciones y deberes del Gobernador:⁴

- I. Cuidar de la seguridad del Estado y sus habitantes, protegiéndolos en el uso de sus derechos y garantías legales.
- II. Publicar, cumplir y hacer cumplir las leyes generales, y las leyes, decretos y acuerdos del Congreso del Estado, decretando en la esfera administrativa cuanto fuere conveniente a su exacta observancia.

- III. Formar los reglamentos que demanda el mejor gobierno de los ramos de la administración pública, pasándolos al Congreso para su aprobación.
- IV. Devolver al mismo Congreso con observaciones en los términos que previenen los Artículos 43, 44 y 45, las leyes, decretos y acuerdos que éste le remita para su sanción y publicación, y emitir su juicio sobre proyectos de ley, cuando lo pida al Congreso.
- V. Iniciar al Congreso las leyes y acuerdos que juzgue convenientes, y pedirle que inicie al de la Unión las que sean del resorte de éste.
- VI. Pasar al Congreso, y en su receso a la diputación permanente, los expedientes y peticiones que el deba resolver.
- VII. Mandar y disciplinar la guardia nacional del Estado con arreglo a las leyes.
- VIII. Cuidar de que los tribunales y juzgados administren justicia con puntualidad y exactitud, excitándolos al efecto cuando lo creyere conveniente, facilitándoles los auxilios necesarios para que se ejecuten sus sentencias.
- IX. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias por medio de la diputación permanente, y pedirle que prorogue sus sesiones ordinarias.
- X. Presentar al Congreso en el segundo periodo de sesiones ordinarias que conengan en Septiembre, el presupuesto de gastos del año próximo venidero y en el periodo que principia en Abril, la cuenta de gastos para su aprobación.
- XI. Dar cuenta cada dos años al nuevo Congreso dentro de los primeros quince días de su instalación, con una memoria instructiva documentada y autorizada por los secretarios de sus respectivos ramos, del estado que guarda la administración pública. Esta memoria se leerá en el Congreso, por cada secretario en la parte que le corresponda.
- XII. Nombrar y remover libremente a los secretarios del despacho.
- XIII. Elegir y remover con causa a todos los empleados públicos, cuyo nombramiento no esté determinado en esta Constitución o no cometan las leyes a otras autoridades.
- XIV. Expedir y requisitar los despachos de los jueces de letras, previa propuesta en terna del Tribunal Superior en acuerdo pleno.
- XV. Constituirse con sus secretarios en junta electoral para hacer el escrutinio y declarar electo jefe político, al que hubiera obtenido mayor número de votos en aquel distrito para que ha sido electo. Esta junta deberá verificarse en el día y forma que determine la ley electoral.
- XVI. Suspender a los jefes políticos y con informe de éstos a los Alcaldes y miembros de los Ayuntamientos que abusaron de sus facultades Administrativas, poniéndolas con los antecedentes previa declaración de haber lugar a formación de causa, a disposición del juez competente.
- XVII. Suspender y privar de sueldo a los empleados de gobierno y hacienda que infrinjan las leyes o abusen de sus facultades, consignándolos al juez competente cuando por los antecedentes creyere necesario que se les forme causa.
- XVIII. Cuidar de la legal recaudación e inversión de los caudales públicos.
- XIX. Concurrir a la apertura y clausura de las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso.

⁴ SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, *Puebla y sus Constituciones Federales (1825-1917)*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2010, pp. 69-70.

XX. Iniciar al Congreso en caso de alterarse la paz pública o de grave peligro para las Instituciones, la concesión de facultades extraordinarias, más esta iniciativa deberá dirigirse suscrita por los cuatro secretarios. Si alguno o algunos de estos no estuvieren de acuerdo, lo manifestarán así en pliego separado al Congreso.

Con base en las leyes que establecía la Constitución del Estado de 1861, los diputados que fueron convocados para su promulgación fueron los mismos que se encontraban en funciones durante el año de 1863. De cualquier manera, no se encontró evidencia que mostrara lo contrario puesto que los documentos históricos del Congreso del Estado están extraviados. Sin embargo, García Olmedo, señala que fue una legislatura con algunas variantes y prácticamente en receso la cual promovió una serie de reformas propias del momento, aunque reconoce también el extravío de todo archivo del Congreso del Estado.⁵ Aunque esta aseveración no tiene sustento ya que si se encuentran extraviados dichos documentos no se puede saber si hubo reformas o no durante estos años.

3. ACTUACIÓN JURÍDICA ANTES DE LA INVASIÓN A LA CIUDAD DE PUEBLA

En el análisis de la evidencia encontrada, se presume que desde 1862 el Congreso del Estado prácticamente no sesionaba y toda la responsabilidad para la preparación del Sitio recayó en el Gobernador Político y Jefe Militar, que para el año de 1863 era el General Jesús González Ortega.⁶ Todos los decretos desde el inicio de este año, hasta la capitulación del Sitio fueron firmados por el General González Ortega, que funge al mismo tiempo como Jefe del Ejército de Oriente y Comandante Militar del Estado Libre y Soberano de Puebla.⁷

El 2 de enero de 1863, se promulga la Ley de Exclaustración⁸ de los conventos religiosos por el estado de guerra que atravesaba el país, por la

⁵ GARCÍA OLMEDO, María del Rocío, *Relación Histórica del H. Congreso del Estado de Puebla*, p. 153. La afirmación de la autora carece de rigor, toda vez que ella misma admite que no existen documentos científicos relativos a la actividad legislativa de 1863.

⁶ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*, Tomo s/n en Restauración, 1863.

⁷ *Idem.*

⁸ La Exclaustración fue la acción coercitiva para que los religiosos y religiosas en México abandonaran sus conventos y monasterios.

necesidad de atender a los heridos y demás enfermos del Ejército de Oriente, quedando destinados para su uso como hospitales al servicio del ejército.⁹ Para entonces había una sensación de inseguridad en el territorio nacional que motivó a tomar medidas drásticas desde el poder Legislativo Federal. Ejemplo de ello son los acuerdos del 8 y 26 de enero de 1863 correspondientes a la exclaustración de monjas, el restablecimiento de las costas judiciales y nombramiento de una comisión para discutir sobre el conflicto con Francia, así como los dictámenes aprobados de la Comisión de Guerra.¹⁰

En el ámbito local, de acuerdo con los escasos textos hallados, para el 20 de enero el General Jesús González Ortega promulga:

Que en uso de amplias facultades decreto:¹¹

Artículo Único. Se hace extensivo á los Estados de Puebla, Tlaxcala y Veracruz el supremo decreto de 5 de Enero del presente año, relativo á que la mayor edad, para los habitantes del Distrito y Territorios, comienza á partir de los veintin años cumplidos.

Con relación al Decreto mencionado con antelación, es importante precisar las disposiciones legales que le dieron fundamento:

⁹ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*, Tomo s/n en Restauración, 1863.

¹⁰ BUENOSTRO, Felipe, *Actividad del Congreso Federal de México a partir del Sitio. Segundo Congreso Constitucional de la República Mexicana que funcionó en los años 1961, 62 y 63. Extracto de todas las sesiones y documentos relativos de la época*, pp. 171-178.

¹¹ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*, Tomo s/n en Restauración, 1863, (VER ANEXO 1)

CUADRO 1¹²

Comparativo de la Constitución Federal de 1857
y la Constitución del Estado de Puebla de 1861
de los Artículos referentes a la mayoría de edad y ciudadanía

Constitución Federal de 1857	Constitución del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1861
<p>Artículo 34. Son ciudadanos de la República todos los que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además las siguientes:</p> <p>I. Haber cumplido diez y ocho años siendo casados, ó veintiuno si no lo son. II. Tener un modo honesto de vivir.</p> <p>Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:</p> <p>I. Votar en las elecciones populares. II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo ó comisión, teniendo las calidades que la ley establezca. III. Asociarse para tratar los asuntos políticos del país. IV. Tomar las armas en el ejército ó en la guardia nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones. V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.</p>	<p>Artículo 16. Los derechos del ciudadano poblano son:</p> <p>I. Votar y poder ser votado para todos los cargos de elección popular conforme a la ley. II. Reunirse a discutir los negocios públicos y ejercer por escrito el derecho de petición a los mismos negocios, conforme a la Constitución general.</p> <p>Artículo 17. Las obligaciones del ciudadano poblano son:</p> <p>I. Inscribirse en el padrón municipal manifestando la propiedad que tiene, la industria, profesión o trabajo de que subsiste. II. Alistarse en la guardia nacional y tomar las armas cuando el Estado lo llame a su defensa. III. Sufragar en las elecciones populares en los términos que prevenga la ley. IV. Desempeñar todos los cargos o comisiones para que fuere electo popularmente conforme a la ley. V. Prestar a las autoridades el auxilio que pidan. VI. Contribuir para los gastos públicos en el modo y términos que dispongan las leyes.</p> <p>Artículo 18. Para ejercer los derechos de ciudadano se requiere la edad de dieciocho años en los casados y en veintiuno en los solteros.</p>

¹² Cuadro de elaboración propia con información de TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, p. 612; y SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, *Puebla y sus Constituciones Federales (1825-1917)*, pp. 62-63.

Se desprende que la finalidad del Decreto citado, era reiterar que la mayoría de edad era de 21 años, suprimiendo la disposición sobre los 18 años para los casados, y que por las circunstancias del momento se delimitaba quiénes podían alistarse en la guardia nacional y tomar las armas cuando el Estado así lo dispusiera para su defensa. Siendo ésta una obligación que se consagra en la Constitución del Estado de 1861.

Considerando lo que establece la Constitución de 1861, es importante resaltar que el General Jesús González Ortega se extralimitó en las facultades que le confería el artículo 60. En ese sentido, la única facultad que tenía el Gobernador González Ortega era de “publicar, cumplir y hacer cumplir las leyes generales, las leyes, decretos y acuerdos del Congreso del Estado”. Es decir, expedir decretos era facultad exclusiva del poder Legislativo.

Otro dispositivo legal que emana del Gobierno Juarista, fue emitido el 3 de febrero, en la que se prohibió toda clase de comunicación con los territorios ocupados por el ejército francés. Así mismo, dado que el puerto de Veracruz estaba bajo control enemigo, el Gobierno Federal prohibió determinadamente la actividad comercial hacia este punto ya que implicaba el reconocimiento de la nación usurpadora impuesta por el General Élie-Frédéric Forey, y por consiguiente evitar cualquier ganancia económica de la que se pudieran beneficiar.¹³

Así, la historia escrita revela decisiones de tipo jurídico en las que, por ejemplo, se deroga el decreto que con el carácter de Bando expidió en Jalapa con fecha 29 de enero de 1863 por el Coronel Manuel Díaz Mirón, Comandante Militar del Estado de Veracruz —por cierto, hermano del poeta Salvador Díaz Mirón— el cual permitía la introducción de mercancías procedentes del mismo puerto, así como el pase de productos y provisiones que ocupaba el ejército, asignando a unos y a otros los derechos que debían pagar.¹⁴

Otro ámbito importante era el relativo a la economía de la nación, por consiguiente la política monetaria también tuvo que ser modificada. Así, el 11 de febrero de 1863 se decreta que no es obligatoria la circulación de la moneda de cuatro reales o tostones,¹⁵ considerando el abuso que se había

¹³ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*, Tomo s/n en Restauración, 1863.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ El 15 de marzo de 1861 el presidente interino Benito Juárez decretó nuevamente el uso del sistema métrico decimal. Este decreto establecía en lo relativo al sistema monetario: Artículo 5. La unidad de la moneda de plata será el peso duro, con la ley de 10 dineros 20 granos (0.902784 de fineza) y el peso de un 17avo de libra. Se dividirá en dos medios o tostones, 4 cuartos o pesetas, 10 décimos o 20 medios décimos. Cfr. MUÑOZ, Miguel L., *Antología Numismática Mexicana*, p. 318.

dado en el comercio porque al recibirse en pago se exigía “la falta de peso y derecho de acuñación”, es decir, se depreciaba la moneda debido a la situación de inestabilidad que atrevesaba el país.¹⁶ Todo ello, considerando que no era posible asignar una autoridad que se ocupara exclusivamente de las innumerables quejas que surgían de estos abusos.

Exactamente un mes después, el 10 de marzo, se ordena la presentación de los franceses residentes en la Ciudad ante la Comandancia Militar del Estado, con el objeto de recibir un salvoconducto.¹⁷ Los franceses que quisieran viajar a la capital de la República Mexicana, se presentarían ante el encargado de la Comandancia Militar, quien les expediría los documentos respectivos para su traslado. En el documento se señala que no será responsable la autoridad de las desgracias o accidentes que sufran en sus personas los que no se acogieren a las prevenciones señaladas.¹⁸

Las tácticas militares debían comenzar a plantearse y a hacerse públicas algunas decisiones. Dada la obligación de todos los mexicanos a acudir a la defensa de su patria, amenazada en su libertad e independencia y considerando que en la plaza se van a defender estos sagrados ideales en el próximo ataque del enemigo invasor, para el 14 de marzo se decreta:

Luego que dispare el cañón en el Fuerte de Guadalupe, anunciando que está el enemigo frente de la plaza, se reunirán todos los varones, desde 16 hasta 60 años de edad, en la Plazuela de San Luis para prestar los servicios que les señalen.¹⁹

Con fundamento en el marco legal federal y estatal, referido anteriormente, con relación a la mayoría de edad, inferimos que el General Jesús González Ortega, contradiciendo su propio decreto por medio del cual hace extensivo al Estado de Puebla que la mayoría de edad comienza a los 21 años, tomó una decisión a todas luces inconstitucional, evidentemente motivado por la dramática situación del momento. Asimismo, convocando a quienes podrían defender a la nación y al Estado de Puebla, es de suma importancia mencionar que no se garantizó la seguridad de la población más vulnerable, tal es el caso de los menores de 16 años.

¹⁶ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*.

¹⁷ El Salvoconducto fue un documento oficial de seguridad otorgado a los franceses residentes en el país para que pudieran transitar libremente por el territorio específico de Puebla.

¹⁸ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*.

¹⁹ *Ibidem*. (VER ANEXO 2).

Considerando que para esta fecha el ejército francés se había presentado en las inmediaciones de la urbe, la cual sería atacada dentro de pocos días, y siendo deber de la autoridad procurar el bienestar de las familias y salvar a éstas de los estragos de la guerra, contradictoriamente se decretó:

Que todas las personas que por su sexo y edad no pudieran contribuir a la defensa de esta plaza, saldrían de ella durante los días 14 y 15 de marzo de 1863, excepto aquellas que por circunstancias especialísimas no pudieran verificarlo y les fuera preciso exponerse a las consecuencias de la guerra mientras duraran las operaciones militares en el ataque y defensa de la misma plaza. Quedaban exceptuadas las familias de los defensores de la plaza.²⁰

En ese sentido, también se prohibió la leva de ciudadanos²¹ y se acordó la sanción de que todo Jefe u Oficial que quebrantara dicha ley, sería destituido ignominiosamente y los Generales de División y los Jefes de Brigada debían dar cumplimiento estricto a este precepto.²²

4. EL GOBIERNO DURANTE EL SITIO

De acuerdo a la información encontrada en el Boletín Oficial del Municipio, el General González Ortega declara a la Ciudad de Puebla en Sitio el día 11 de marzo de 1863, de acuerdo con el decreto de la misma fecha en donde se especifica:

Artículo 1°. Se declara en estado riguroso de sitio esta ciudad y las poblaciones inmediatas comprendidas en un radio de ocho leguas.²³

Artículo 2°. Los delitos de homicidio robo, violencia y demás graves que se cometan mientras dure el estado de sitio, en la demarcación que señala el artículo anterior serán castigados con la pena de muerte, previa identificación de la persona.²⁴

Cabe mencionar que una estrategia propagandística adoptada por el gobierno francés, fue publicar desde el 21 de enero en la prensa de aquél

²⁰ *Idem*.

²¹ El significado de **leva** se refiere al reclutamiento obligatorio de la población para servir en el ejército.

²² Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*.

²³ La **legua** es una antigua unidad de longitud que expresa la distancia que una persona, a pie, o en cabalgadura, pueden andar durante una hora, media 4,190 m

²⁴ Cfr. A.H.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 13, Edición 1862-Abril 1863, p. 310.

país la falsa toma de la ciudad de Puebla.²⁵ Las precauciones de cara a la inminente batalla se fueron tomando súbitamente. El 17 de marzo de 1863 se permitió la introducción a la plaza de todo género de víveres y forrajes, para impedir el embargo de los medios de transporte y proteger a los conductores de ser tomados de leva.²⁶

Debido a las circunstancias en que se encontraba la Ciudad, el precio de los productos de primera necesidad sube extraordinariamente, por lo que, la autoridad toma medidas para evitar este tipo de abusos. Fue entonces que el 21 de marzo de 1863 se decretó que los efectos conservarían el mismo precio que tenían antes de la aproximación del enemigo a la plaza, y que la infracción de esta disposición se castigaría con una multa de 25 a 200 pesos, o consignación al servicio de las armas y que el General Segundo Cabo de la Comandancia vigilaría el cumplimiento de este decreto.²⁷

Probablemente con el propósito de evitar la especulación o el alza de precios de víveres almacenados, la autoridad emitió diversos acuerdos que controlaban los inventarios de los comerciantes. De ese modo, el 11 de abril de 1863 se descubrieron algunos depósitos de víveres y forrajes que se tenían ocultos en perjuicio del ejército y del público, razón por la cual se decretó lo siguiente:

Art. 1°. Todos los dueños de depósitos ó existencias de víveres y forrajes presentaran, dentro de veinticuatro horas, á la Proveduría del ejército, una relacion esacta de las existencias que tengan.

Art. 2°. La Proveduría procederá luego á recibir esas existencias; expidiendo al interesado la constancia correspondiente de la entrega que haya hecho para su pago.

Art. 3°. Los que tengan establecimientos ó tiendas abiertas para vender víveres ó forrajes, continuaran en su comercio, y solo tendrán la obligacion de presentar, dentro de veinticuatro horas, á la Proveduría la relación esacta de las existencias que tengan.

²⁵ Se encontró una publicación en el Boletín Oficial del Estado Libre y Soberano de Puebla de Zaragoza, el 9 de marzo de 1863, en el apartado de prensa extranjera, un pequeño escrito que decía lo siguiente: "Paquete Inglés. Leemos en el siglo XIX. [...] Desde el 21 de enero los periódicos ministeriales de París han estado dando por cierta la toma de Puebla por el General Forey. Esta noticia les ha llegado de Austria, de Boston y de otras partes. Forey había logrado voltear la posición de Guadalupe; en unos cuantos minutos había derrotado a las tropas mexicanas, poniéndolas en fuga para capital. Lo extraño es que los mismos diarios anunciaban que los despachos estaban para recibirse, y no hablan de contener pormenores sobre el soñado triunfo." A.H.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 13, Edición 1862-Abril 1863, p. 306.

²⁶ A.H.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 13, Edición 1862-Abril 1863, p. 320.

²⁷ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*.

Art. 4°. Es prohibida y punible toda ocultacion de víveres y forrajes; y quien la hiciere sobre perder las existencias que tuviere, ingresándose á la Proveduría, será juzgado como triador. En el mismo caso estarán los que, teniendo expendios abiertos, hicieren alguna ocultación, cerrándoseles además el establecimiento.

Art. 5°. El que denunciare la existencia de algunos víveres y forrajes que se hayan ocultado, sobre espedirseles por la Secretaría de la Comandancia un certificado honorífico, se les gratificará correspondientemente en especie ó en numerario.

Art. 6°. Serán juzgados como traidores los proveedores ó personas que vendieren ó ocultaren los víveres destinados para los cuerpos ó batallones del ejército; así como los individuos del mismo ejército que tomaren del comercio, del vecindario ó de algún ciudadano, sin la orden correspondiente, cualquiera clase de objetos.²⁸

El 10 de mayo se emite el último decreto firmado por el General González Ortega, el cual sólo contiene una prórroga por un día al plazo que concedía en el decreto del 11 de abril, para hacer la manifestación de la existencia de víveres o forrajes. Después de esta fecha no se encuentra nada en los archivos consultados por esta investigación, lo que nos hace suponer que la situación generada a raíz del Sitio era ya insostenible. El 16 de mayo, González Ortega envía al general Mendoza, Jefe de su Estado Mayor, con una propuesta a Forey para que a la guarnición se le permitiera salir con sus armas, pertrechos y parte de su artillería de campo y retirarse con honores a México. Sin embargo, el Jefe del Ejército Francés rechazó la oferta e hizo una contrapropuesta que permitía los honores de guerra, pero que exigía deponer el armamento y que los efectivos del ejército quedasen como prisioneros de guerra.²⁹ Finalmente, el día 17 durante la madrugada:

[...] hacía la una de la mañana [...] el General Ortega había dirigido a la tropa la siguiente orden del día: la falta de víveres no permite que la guarnición prolongue la resistencia... entre las cuatro y cinco de la mañana, todo el armamento que sirvió para defender la ciudad será destruido, de manera que el enemigo no pueda de ningún modo utilizarlo; la patria exige este sacrificio.³⁰

²⁸ Cfr. A.G.E.P., *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*, Tomo s/n en Restauración, 1863, s/f.

²⁹ Cfr. DABSS, Jack Autrey, *El ejército francés en México 1861-1867. Estudio del Gobierno militar*, Selección Jean Meyer, Tomo 14, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012, p. 54.

³⁰ Cfr. NIOX, Gustave, *La expedición a México: relato político y militar*, Selección Jean Meyer, p. 217.

5. LA CAÍDA DEL GOBIERNO REPUBLICANO DE PUEBLA

A la capitulación del Sitio de la Ciudad y una vez tomado prisionero el General Jesús González por el ejército francés el 17 de mayo de 1863,³¹ dos días después, el General Forey toma posesión formal de la plaza de Puebla.³²

El día 19 la bandera francesa fue izada en una de las torres de catedral, la bandera mexicana en la otra y el general en jefe hizo su entrada a la cabeza con un aparte del ejército; lo recibió el clero mexicano en la puerta de la catedral y asistió a un *Te Deum* de acción de gracias.³³

Bajo el título de General de División Senador y Comandante en Jefe del Cuerpo Expedicionario de México, Forey proclama la instauración de una Prefectura Política en el Estado,³⁴ nombrando de manera provisional al Coronel Henri Augustin Brincourt, Comandante Superior de Puebla, hasta que, entre el 26 y 27 de mayo de ese año, Fernando Pardo asume el cargo de Prefecto Político del Estado de Puebla.³⁵ En esos primeros días de gobierno, el General Forey firma todos los Decretos y Leyes hasta el 25 de junio, cuando Fernando Pardo, comienza a ejercer plenamente todas las facultades de su cargo.³⁶

³¹ GARCÍA, Genaro, *La intervención francesa en México según el archivo del Mariscal Bazaine I*, Selección Jean Meyer, p. 62, señala que desde el 16 de mayo el General Forey ya tenía conocimiento de las intenciones de González Ortega de entregar la plaza y entregarse como prisionero junto con todos sus oficiales. Mientras que algunos autores como LALLY, Franck E., *Oposición Francesa a la Política Mexicana del Segundo Imperio*, Selección Jean Meyer, p. 64, y OLLIVIER, Emile, *La Intervención Francesa y el Imperio de Maximiliano en México*, Selección Jean Meyer, p. 93, coinciden en que fue el 17 de mayo de 1863 cuando el General Jesús González Ortega se rinde formalmente ante General Forey mediante el envío de una misiva. Sin embargo, encontramos otra crónica que señala el 19 de mayo como la fecha de rendición de González Ortega. Cfr. STEVENSON, Sara Yorke, *Maximiliano en México: memorias de una mujer en la Intervención Francesa*, Selección Jean Meyer, p. 68.

³² Cfr. OLLIVIER, Emile, *La Intervención Francesa y el Imperio de Maximiliano en México*, Selección Jean Meyer, p. 95.

³³ Cfr. NIOX, Gustave, *La expedición a México: relato político y militar*, p. 218.

³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 221.

³⁵ Se encuentra evidencia científica de esta fecha en el Boletín Oficial de la Prefectura No. 19, del 29 de agosto de 1863, con el siguiente texto: "Ocho días después de ocupada la ciudad por el ejército francés, estaban organizadas la Prefectura Municipal, el Ayuntamiento y casi todas las oficinas, y comenzó a regularizarse la administración" A.G.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, p. 38.

³⁶ El 25 de junio de 1863 se instala formalmente el Supremo Poder Ejecutivo de la Nación de corte Imperial en la ciudad de México, y a partir de esa fecha el General Forey deja de emitir leyes y decretos para los territorios ocupados por el ejército francés. Cfr. A.G.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, p. 10.

Se sabe de tres decretos que fueron emitidos por el General Forey durante los primeros días de ocupación de la Ciudad para controlar los problemas más acuciantes. El primero, del 21 de mayo de 1863, conocido como "Decreto de secuestro, establecía la confiscación de la propiedad de todas aquellas personas que tomaron las armas en contra de los franceses, aplicaba a todo efectivo del ejército que no dio su palabra y no era prisionero de guerra, en un plazo de quince días".³⁷ El segundo mandato, del 22 de mayo, que se conoce como "...Decreto sobre bienes municipales, [...] establecía una comisión de cinco miembros, el prefecto político y el prefecto municipal, y tres miembros designados por Forey para revisar las ventas de propiedades en Puebla y sus alrededores por el anterior gobierno, y para determinar un precio justo. En el caso de un avalúo mayor que el precio pagado al gobierno de Juárez, el comprador tendría el derecho de pagar la diferencia y retener la propiedad o bien devolverla a su propietario anterior".³⁸ Y, finalmente, una ley del 27 de mayo que buscaba estabilizar la moneda existente prohibiendo la exportación de oro y plata.³⁹

El Boletín Oficial del Estado que había interrumpido su publicación a raíz de la situación que generó el Sitio, volvió a imprimirse el día 28 de junio de 1863, bajo el nuevo nombre de "Boletín de la Prefectura Política del Estado de Puebla".⁴⁰ En este primer número del Boletín se publica una ley del 15 de junio, emitida por el General Forey, en la cual se declara nulo el Decreto de Juárez sobre la Prensa, quien —ya en el exilio— había suspendido toda publicación de periódicos en el país. Sin embargo, la otra intención de esta ley, fue la de replicar el régimen de publicación de la prensa en Francia.⁴¹

³⁷ DABSS, Jack Autrey, *El ejército francés en México 1861-1867. Estudio del Gobierno militar*, Selección Jean Meyer, p. 57.

³⁸ "Había una simple razón para tal revaluación, cuando el gobierno de Juárez incautó y vendió propiedades, necesitaba urgentemente los fondos y por ello las vendió a precios muy por debajo de su valor real. Por eso, la orden de Forey representa una especie de componenda entre las demandas de los conservadores que pedían devolver las propiedades y las de justicia ordinaria para garantizar las compras hechas de buena fe, o en tercer lugar del derecho de los antiguos propietarios de recibir pago por la diferencia entre el precio de venta y el precio real. El razonamiento jurídico tras este decreto era el de Budin, el intendente de finanzas, por cuyas recomendaciones Forey emitió el decreto". En DABSS, Jack Autrey, *op. cit.*, pp. 57-58.

³⁹ Cfr. *Idem*.

⁴⁰ En el primer número del Boletín se da a conocer que la editorial a cargo de su publicación lleva el nombre de Imprenta del Gobierno, ubicada en la calle del Dean núm. 9, frente a Catedral, y su precio era de medio Real. Cfr. A.G.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, p. 2.

⁴¹ *Idem*.

El decreto contenía tres artículos que regulaban y establecían las nuevas condiciones bajo las cuales publicarían los periódicos en los Estados del país ocupados por las tropas francesas. Los artículos 3º y 4º prohibían expresamente la publicación de cualquier controversia en cuanto al establecimiento de nuevas leyes bajo el régimen de ocupación, así como de cualquier tema religioso o que pusiera en duda el honor del clero.⁴² Otro ejemplo del espíritu imperialista de su contenido, mencionaba que sólo se permitirían discusiones moderadas sobre los actos de administración, pero sin hacer mención alguna a las personas que ocupaban los cargos de autoridad, evidentemente designados por Forey. Además, se obligó a los periódicos a insertar gratuitamente los comunicados oficiales del nuevo gobierno, sin admitir reflexión alguna de dichos comunicados. Los últimos artículos advertían sobre las sanciones que sufrirían los editores de las publicaciones en caso de no acatar estrictamente cada una de las disposiciones.⁴³ En este mismo número, Forey también publicó los Decretos para la formación de una Junta Superior de Gobierno y de una Asamblea de Notables.⁴⁴ Así nos brinda un vistazo de la división de poderes durante el periodo del Imperio.⁴⁵

Para el 1 de Julio, el Boletín de la Prefectura de Puebla, reestablece la publicación de Leyes relativas a la vida social y política del Estado. Algunas de éstas marcarían profundamente el estilo de vida de los habitantes de la ciudad. Por ejemplo, la Ordenanza del 27 de junio publicada en este número, donde se exigía a los habitantes de la capital la obligación de dar alojamiento a los oficiales del ejército francés, y en caso de negarse estaban amenazados, por esta misma ley, a la ocupación indefinida de sus viviendas por tropas francesas sin recibir remuneración alguna.⁴⁶

El 8 de julio se publican dos disposiciones de la Prefectura en las que se ordenaba la presencia de los anteriores funcionarios del gobierno de la Ciudad y del Estado que se habían encontrado en funciones desde 1861 a la fecha de la caída del gobierno republicano, para hacer entrega y revisión de

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁵ Ahora se conoce con certeza de las instrucciones del Emperador Napoleón III al General Forey, enviadas en una nota fechada el 3 de julio de 1862, que consistían en convocar a una Asamblea de Notables, con el objetivo de que posteriormente ésta se proclamara a favor del establecimiento de una monarquía en México. Cfr. IGLESIAS, José María, *Revistas Históricas sobre la Intervención Francesa en México I*, Selección Jean Meyer, pp. 219-224.

⁴⁶ Cfr. A.G.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 14, junio-diciembre 1863, p. 5.

los bienes y archivos referentes a la administración.⁴⁷ También se publicará una Proclama en la que se establece que los funcionarios de la Prefectura se manifiestan a favor de la instauración de una Monarquía en México.⁴⁸

Bajo el régimen imperialista, los editores del Boletín imprimen entre el 15 y 25 de julio los Edictos Nacionales sobre la intención de adoptar una Monarquía moderada hereditaria, que como es ya bien conocido será ocupado por el Archiduque Maximiliano de Austria, nombrado por Napoleón III.⁴⁹ Durante este periodo, cabe mencionar, la Ciudad volvería a llamarse "Puebla de los Ángeles".⁵⁰ En lo que respecta al Gobierno, las Leyes y Decretos para el Estado y la Ciudad serán emitidas desde la Prefectura Política de Puebla, mientras que el Congreso se encontrará suspendido permanentemente y los Diputados se unirán a la diáspora del Gobierno Republicano en exilio. El Boletín sirve como el principal instrumento de comunicación del gobierno imperial y replica durante ese año todos los edictos oficiales emitidos por el gobierno provisional en la ciudad de México y las Secretarías de Estado. Para el mes de septiembre, de acuerdo con nuestra lectura del contenido del Boletín, se concluye que todas las actividades de gobierno, comerciales y culturales en la Ciudad volvieron a la normalidad.⁵¹

6. CONCLUSIONES

Primera, es claro que de cara a una invasión militar la normatividad y actividad política tiende a tambalearse. En este caso, el sistema jurídico de Puebla atravesó lógicamente por una situación adversa que generó vacíos de poder e inconsistencias en la administración y aplicación de la ley.

Segunda, por la información hallada, consideramos que el Gobernador del Estado Libre y Soberano de Puebla, General Jesús González Ortega se extralimitó en sus funciones, toda vez que su facultad se limitaba a "Publi-

⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 12-18.

⁵⁰ Se encuentra evidencia del nombre de "Puebla de los Ángeles" en la publicación no. 11 del Boletín, el 11 de agosto de 1863, al final de los comunicados oficiales. Cfr. A.G.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 14, junio-diciembre 1863, p. 30; contraviniendo con ello el Decreto del Presidente Juárez que asignaba el nombre de Puebla de Zaragoza a la ciudad, el 11 de septiembre en 1862. Cfr. SÁNCHEZ FLORES, Ramón, *Memorial de la ciudad de Puebla de los Ángeles y de Zaragoza, Escala Nobiliaria y Cívica 1531-1987*, BUAP, 2001 p.77.

⁵¹ Cfr. A.G.M.P., *Colección del Periódico Oficial*, pp. 40-110.

car, cumplir y hacer cumplir las leyes generales, decretos y acuerdos del Congreso del Estado”, en tanto que expedir decretos correspondía exclusivamente al poder Legislativo. Sin embargo, si existiera un documento del Congreso del Estado que avalara la actuación del Ejecutivo Militar, no fincaríamos en él tal responsabilidad jurídica.

Tercera, además, concluimos que existe una contradicción grave en los decretos emitidos por el General González Ortega, toda vez que el 20 enero de 1863 reconoce a los 21 años la mayoría de edad para los habitantes del Estado de Puebla y por ende poder alistarse en la guardia nacional, pero el 14 de marzo convoca a los menores de 16 años de edad a prestar los servicios que les fueran señalados para combatir al enemigo. El artículo 36 Fracción XII de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Puebla permite al Congreso “Conceder al Ejecutivo facultades extraordinarias cuando así lo exijan las circunstancias críticas del Estado y lo acuerden los dos tercios de los diputados”. De cara a la toma de la Ciudad Angelopolitana, podríamos inferir que, ante la imposibilidad de que el Congreso se reuniera ordinariamente o estuviera a salto de mata, tal vez éste concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo local, General Jesús González Ortega, situación que justificaría su actuación.

Cuarta, a partir de la rendición del Gobierno del General González Ortega, se estableció un sistema de gobierno formado por una Prefectura Política bajo el mando Fernando Pardo, quien sustituyó al Gobernador del Estado, mientras que la Asamblea de Notables ejerció de alguna forma las funciones que le competían al Congreso del Estado, según la Constitución del Estado de 1861. Así comenzó en Puebla una de las etapas más vulnerables de la vida del país, bajo el dominio francés que modificó sistemas de gobierno, monetario y por supuesto invalidó los ordenamientos jurídicos existentes.

ABREVIATURAS

A.G.E.P.: Archivo General del Estado de Puebla

A.H.M.P.: Archivo Histórico del Municipio de Puebla

A.G.M.P.: Archivo General del Municipio de Puebla

S/F: Sin Folio

S/T: Sin Tomo

S/N: Sin Número

FUENTES APARTADO A

Fuentes documentales

Archivo General del Estado de Puebla, *Fondo de Leyes y Decretos Estatal de 1824-1896*, Tomo s/n en Restauración, 1863, s/f.

Archivo Histórico del Municipio de Puebla, *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 13, Edición 1862-Abril 1863.

Archivo General del Municipio de Puebla, *Colección del Periódico Oficial*, Tomo 14, junio-diciembre 1863.

Fuentes impresas

SALAZAR ANDREU, Juan Pablo, *Puebla y sus Constituciones Federales (1825-1917)*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2010.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, Editorial Porrúa, México, 2008.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS APARTADO B

AUTREY DABSS, Jack, *El ejército francés en México 1861-1867 (Estudio del Gobierno militar)*, Secretaria de Educación Pública del Estado de Puebla. El Colegio de Puebla, México, 2012.

ARNAIZ Y FREG, Arturo y BATAILLON, Claude, *La Intervención Francesa y el Imperio de Maximiliano cien años después 1862-1962*, Secretaria de Educación Pública del Estado de Puebla. El Colegio de Puebla, Puebla, México, 2012.

BUENROSTRO, Felipe, *Actividad del Congreso Federal de México a partir del Sitio. Segundo Congreso Constitucional de la República Mexicana que funcionó en los años 1961,62 y 63. Extracto de todas las sesiones y documentos relativos de la época*, Tomo II, Imprenta Políglota, México, 1875.

CHÁVEZ OROZCO, Luis, *El Sitio de Puebla*, Editorial Libros de México S.A., México, 1976.

- DABSS, Jack Autrey, *El ejército francés en México 1861-1867. Estudio del Gobierno militar*, Selección Jean Meyer, Tomo 14, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012.
- GARCÍA, Genaro, *La intervención francesa en México según el archivo del Mariscal Bazaine I*, Selección Jean Meyer, Tomo 12, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012
- GARCÍA OLMEDO, María del Rocío, *Relación Histórica del H. Congreso del Estado de Puebla*, Editorial Print and Madena, México, 2009.
- IGLESIAS, José María, *Revistas Históricas sobre la Intervención Francesa en México I*, Selección Jean Meyer, Tomo 2, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012.
- LALLY, Franck E., *Oposición Francesa a la Política Mexicana del Segundo Imperio*, Selección Jean Meyer, Tomo 8, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012.
- MUÑOZ, Miguel L., *Antología Numismática Mexicana*, Edición del autor, México, 1977.
- NIOX, Gustave, *La expedición a México: relato político y militar*, Selección Jean Meyer, Tomo 10, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012.
- OLLIVIER, Emile, *La Intervención Francesa y el Imperio de Maximiliano en México*, Selección Jean Meyer, Tomo 7, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012.
- SÁNCHEZ FLORES, Ramón, *Memorial de la ciudad de Puebla de los Ángeles y de Zaragoza, Escala Nobiliaria y Cívica 1531-1987*, BUAP, 2001. p. 77.
- STEVENSON, Sara Yorke, *Maximiliano en México: memorias de una mujer en la Intervención Francesa*, Selección Jean Meyer, Tomo 6, Editorial del Colegio de Puebla, México, 2012.
- THIERS, Adolphe, *Discursos Parlamentarios sobre la expedición a México*, Secretaria de Educación Pública del Estado de Puebla. El Colegio de Puebla, México 2012.

CRÍTICA A UNA CULTURA ESTÁTICA Y ANESTESIADA DE DERECHOS HUMANOS. POR UNA RECUPERACIÓN DE LAS DIMENSIONES CONSTITUYENTES DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS

David SÁNCHEZ RUBIO¹

SUMARIO: 1. *Teoría de Derechos Humanos frente a su práctica: una bipolaridad normalizada.* 2. *El paradigma simplificado de Derechos Humanos: entre lo instituido, lo burocrático, y lo post-violatorio.* 3. *Por una cultura inteligente, multigarantista e inter-escalar de Derechos Humanos.* 4. *Conclusiones.*

1. TEORÍA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A SU PRÁCTICA: UNA BIPOLARIDAD NORMALIZADA

Cuando se habla, se piensa y se actúa en nuestros contextos culturales sobre realidades relacionadas con Derechos Humanos, nos encontramos con una anomalía que, normalmente, no solemos enfrentar y, cuando lo hacemos, nos topamos con una serie de límites, obstáculos culturales, sociológicos, relacionales, simbólicos e institucionales que son difíciles de superar. Es ya común y natural aceptar la diferente dimensión entre la teoría y la práctica de los derechos humanos. Esta fractura dual, se agrava ante la solidez de una sensibilidad social asentada sobre una manera de concebirlos a partir de una especie de bipolaridad no sólo mental, sino también cultural.

Por un lado, estamos de acuerdo con la importancia que tienen los derechos Humanos, el efecto positivo y encantador que poseen porque simbólicamente sirven para legitimar la justicia de los estados civilizados, constitucionales y democráticos. Discursivamente casi todo el mundo está

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

convencido de lo necesarios que son para que principios como la dignidad humana, la libertad y la igualdad sean garantizadas en cualquier comunidad que los respeta. Pero por otro lado, somos conscientes de lo difícil que resulta cumplirlos en el día a día, en la práctica y, lo que es peor, que sean garantizados en determinados espacios sociales como puede ser el ámbito doméstico o los mundos de la producción, el trabajo y/o el mercado. Incluso individual y colectivamente nos fragmentamos y nos dividimos en nuestras identidades al defender alegremente la universalidad de los derechos humanos con discursos de inclusiones abstractas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas marcadas por la nacionalidad, el racismo, el sentido de pertenencia, la condición de clase, la defensa del derecho de propiedad avariciosa y absoluta, el machismo o el concepto de ciudadanía.

Nos movemos en una bipolaridad que nos permite respetar y reconocer los derechos en unos casos y, por ello, presumir alegremente que somos ejemplo de universalidad, de civilización, de progreso y de esperanza para la humanidad y, simultáneamente justificar el incumplimiento de los derechos en otros casos o, incluso, ignorar y desconocer la existencia de otros derechos cuando afectan a determinados colectivos que son prescindibles por razones de Estado, de seguridad, de fuerza mayor, por motivos sexuales o por criterios de desarrollo o de competitividad establecidos por el sistema económico y mercantil propio de nuestras sociedades capitalistas. Incluso esa condición cultural bipolar y dicotómica, se complementa con una "actitud autista",² la cual, entre inacciones y omisiones, tolera el sufrimiento humano de muchos inmigrantes y/o mujeres agredidas y violentadas, la impunidad de los autores de delitos de cuello blanco y la criminalización de colectivos que intentan luchar por la vulneración de los derechos que guardan relación con el disfrute de una casa, el uso y la posesión de la tierra, una sanidad pública universal o un trabajo digno.

Bipolaridad separadora que también se manifiesta en un plano más iusfilosófico, como sucede entre el principio de legalidad y el principio de justicia. Cuando interesa o conviene, bajo el marco de la legalidad se justifican injusticias como sucede sistemáticamente en Europa y Estados Unidos con el tema de la inmigración o en los casos en los que se defiende

² Término tomado de Salo de Carvalho en su intervención en las *Jornadas Hispano-Brasileñas sobre Criminología, teoría crítica y derechos humanos*, celebrada el 14 de febrero de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

una concepción absoluta de propiedad privada avariciosa y concentrada; y cuando la legalidad es un obstáculo, la fuerza compulsiva de los hechos es un consuelo o legítima cualquier sacrificio de vidas humanas o de derechos declarados y/o dignos de ser reconocidos como universales.

Siguiendo con este razonamiento, resulta típico, tópico y clásico dar por sentada la separación que existe entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos. Casi todo el mundo tiene metida en la cabeza la idea de que es muy diferente la teoría y la práctica de los mismos. Este abismo se considera indiscutible y muy difícil de superar. Mucho se ha escrito y se ha dicho sobre las posibles causas de este distanciamiento: desde razones propias de la perversa o bondadosa condición humana, pasando por motivos de madurez cultural y originalidad civilizadora, hasta por causas socioeconómicas y/o relacionadas con el grado de desarrollo que se precisa obtener para poder hacerlos efectivos. No obstante, sin que sean descartables ni desmerecedoras estas razones, lo cierto es que pocos son los estudios que parten de la premisa de que quizá esta separación entre lo dicho y lo hecho, entre el plano del ser y del deber ser, resida también, en un alto porcentaje y con un alto grado de responsabilidad, en nuestra propia manera de pensar derechos humanos.³ A lo mejor es que bajo una cultura interesadamente conformista, indolente, acomodaticia y pasiva conviene entender derechos humanos a partir de estos dos planos

³ Algunos ejemplos: GALLARDO, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Ed. Tierra Nueva, Quito, Ecuador, 2000; *Siglo XXI: militar en la izquierda*; y *Siglo XXI: producir un mundo*; SAN JOSÉ, Arlekin, *Derechos humanos como movimiento social*, Ediciones desde abajo, Bogotá, 2006; y *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas Francisco Gómez, Murcia, 2008; OBANDO, Ana Elena, "¿A qué derechos tenemos derecho las mujeres?" (Ponencia presentada ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica), referencia tomada de FACIO, Alda, "Hacia otra teoría crítica del derecho", en Lorena Fries y Alda Facio (comp.), *Género y derecho*, LOM ediciones, La Morada, Santiago, 1999; Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo, Desclée de Brouwer*, Bilbao, 2000; y *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005; MÉDICI, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Ed. de la Universidad de La Plata, 2011; y *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, Universidad Autónoma San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat, San Luis-Aguascalientes-San Cristóbal de Las Casas, 2012; GALTUNG, Johan, *Direitos humanos, uma nova perspectiva*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998; DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo histórico analógico*, Ed. Porrúa, México, 2011; ROSILLO, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Universidad Autónoma San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat, San Luis-Aguascalientes, 2011; Boaventura de Sousa Santos, *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*, Cortez Editora, Sao Paulo, 2013; Juan Antonio Senent de Frutos (ed.), *La lucha por la Justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012; y VV.AA., *Teoría crítica dos direitos humanos no ségulo XXI*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2008.

aparentemente tan distintos. Parece como si existiera una espiritualidad de impotencia que, bajo la excusa de ese abismo entre lo dicho y lo hecho, adopta la actitud de seguir dejando las cosas tal como están, permaneciendo intactas las estructuras socio-culturales asimétricas y desiguales sobre las que esta cultura de desidia se mueve como pez en el agua. Posiblemente nos conviene mantener esta diferencia para consolidar y reforzar una sensibilidad de derechos humanos, allí donde exista, demasiado estrecha, reducida y simplista, que tanto en la superficie como en el fondo conviene a quienes, realmente, prefieren convivir incumpliendo, destruyendo y/o ignorando derechos humanos o, como mínimo, bajo una lógica normalizada de inclusiones y de exclusiones, solo los reconoce a unos grupos o colectivos y los desconoce a otros por diversas circunstancias muy relacionadas, con lo racial, lo sexual, lo genérico, lo etario, la condición de clase y/o la capacidad o discapacidad psíquica y física.

Incluso yendo más allá, a partir de un modo concreto de entender derechos humanos, a través de su casi exclusiva dimensión institucional se nos enseña una idea tan restringida y tan reducida que, al final, acaba por desempoderarnos a todos los seres humanos, quitándonos nuestra dimensión constituyente, individual y colectiva, nuestra cualidad soberana de significar y re-significar la realidad, porque con esa concepción oficializada y extendida que limita derechos humanos a instancias teóricas, normativas, burocráticas e institucionalizadas, no se nos reconoce realmente en nuestra capacidad de dotar de carácter a nuestras propias producciones culturales, políticas, étnicas, sexuales-libidinales, económicas y jurídicas con autonomía, responsabilidad y autoestima en todos aquellos espacios y lugares sociales en los que se forjan las mismas relaciones humanas, como son el mundo del trabajo, de la producción y el mercado, las esferas doméstica, comunitarias y de la ciudadanía.

Esta distancia entre la teoría y la práctica que damos como natural e indiscutible es una de las razones que justifican la indolencia y la pasividad a la hora de construir (o destruir) día a día y en todos los lugares sociales, derechos humanos. Seguro que ahí esté la trampa: al considerarse como natural, normal e indiscutible la distancia entre lo practicado y lo hablado, se está consolidando y fortaleciendo una forma de entender y practicar la convivencia humana sin más pretensiones de lograr una mayor coherencia en lo universal socio-históricamente producido, y que hace el juego a los intereses particulares de quienes más les beneficia que eso sea así

por querencias personales, por intenciones y relaciones de poder o porque están convencidos de que la vida sólo puede clasificarse por medio de jerarquías y clasificaciones de personas que son superiores y merecen mejor condición de existencia frente a otras que por considerarlas inferiores y perdedoras, merecen ser tratadas con desprecio.

Asimismo la poca cultura que existe sobre Derechos Humanos, que es excesivamente formalista y técnica al circunscribirse a circuitos judiciales, resulta ser tan extremadamente reducida, insuficiente y estrecha que, de manera voluntaria y/o involuntaria, termina por reforzar y hacer hegemónica esa separación entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos. Por esta razón, se hace necesario señalar algunas pistas para articular y defender una concepción mucho más compleja, relacional, socio-histórica y holística que priorice: *a)* tanto las propias prácticas humanas, que son la base sobre la que realmente se hacen y se deshacen, construyen y destruyen derechos y sobre las cuales se inspiran y elaboran las teorías; *b)* como la propia dimensión creativa e instituyente de los seres humanos plurales y diferenciados, quienes son los verdaderos sujetos y actores protagonistas. Esto es lo que intentaremos hacer a continuación: primero explicitaremos ese imaginario simplista y anestesiado predominante, para que, con posterioridad y en segundo lugar, visualicemos otro posible modo de mirar, entender y conceptualizar derechos humanos y así recuperar dimensiones que potencien un imaginario más activo, más coherente y despierto, acorde con una práctica que debe ser el sostén y fundamento de su rica y compleja realidad.

2. EL PARADIGMA SIMPLIFICADO DE DERECHOS HUMANOS: ENTRE LO INSTITUIDO, LO BUROCRÁTICO Y LO POST-VIOLATORIO

Generalmente, cuando se habla de Derechos Humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales. Derechos humanos son aquellos derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y

declaraciones basadas en valores e interpretadas por una casta de especialistas. Sin ser estas dimensiones negativas y teniendo todas ellas muchas consecuencias positivas porque son instancias que legitiman un conjunto de luchas sociales cuyas reivindicaciones se objetivan, no obstante cuando se absolutizan como únicos elementos de los Derechos Humanos, acaban por potenciar una cultura burocrática, funcional y normativista que reduce y encorseta su fuerza constituyente, ya que nuestros derechos, desde la totalización de esas dimensiones, únicamente se garantizan cuando una norma los positiviza y cuando un cuerpo de funcionarios pertenecientes al Estado, los hace operativos entre reflexiones doctrinales de apoyo, dándoles curso a través de garantías concretizadas por medio de políticas públicas y sentencias judiciales. Desde esta óptica instituida de los Derechos Humanos, se delega íntegramente en determinados especialistas, técnicos e intérpretes la capacidad de saber si estamos o no estamos protegidos cuando se nos viola nuestra dignidad, nuestra libertad o nuestras condiciones de vida y, además, tendemos a reducir su efectividad sólo cuando un tribunal posee la sensibilidad interpretativa de garantizarlos. Asimismo, tenemos la sensación de que la existencia de un derecho humano se manifiesta y aparece, en el instante en el que es violado o vulnerado, hecho que permita la apertura de los procedimientos desarrollados en los circuitos de la administración de justicia.

Este carácter instituido, delegado, funcional y post-violatorio, consciente e inconscientemente, conlleva varias implicaciones o consecuencias que vamos a resaltar, ampliando los planteamientos de Helio Gallardo. Para este autor, Derechos Humanos hacen referencia, al menos, a cinco elementos: a) la lucha social; b) la reflexión filosófica o dimensión teórica y doctrinal; c) el reconocimiento jurídico-positivo e institucional; d) la eficacia y la efectividad jurídica que guardan relación con el sistema de garantías; y e) la sensibilidad sociocultural y popular.⁴

A partir de estos distintos elementos, observaremos cómo nuestro imaginario oficial y más difundido solo se fija en alguno de ellos, fortaleciendo esa cultura generalizada pasiva, conformista e inactiva. Son los siguientes: la dimensión normativa e institucional; la dimensión teórico-filosófica y la

⁴ Ver sus libros arriba mencionados, especialmente, *Derechos humanos como movimiento social; y Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*.

El concepto de Derechos Humanos entendido en perspectiva crítica y concebidos como "procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana" en gran parte se lo debemos a Joaquín Herrera Flores, cuya huella difícilmente será borrada.

eficacia jurídico-estatal con su sistema de garantías judiciales. Como resultado, sólo poniendo la mirada en ellos, desconsideramos u otorgamos escasa importancia a ámbitos fundamentales que sirven para extender una sensibilidad activa, participativa, transformadora, socio-histórica y práctica de derechos, como son la lucha social, ya sea en su vertiente de movimientos sociales, o bien a través del esfuerzo individual y cotidiano de cada ser humano y sin reducir la lucha a un único acto puntual y originario; la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal traducida en sistemas de garantías tanto jurídicas como sociales, políticas y económicas; así como la cultura y sensibilidad popular. Elementos todos ellos que son básicos para poder entenderlos mejor y ponerlos más coherentemente en práctica. Estos insumos infravalorados nos pueden permitir superar y/o enfrentar esa separación sistemática existente entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos y que impide desarrollarnos como sujetos autónomos y diferenciados en lo individual y en lo colectivo.

Con respecto a los elementos supervalorados o que siendo parte de una estructura más compleja, se convierten en la única realidad importante de los derechos, ignorando al resto, hecho este que contribuye a consolidar la separación entre lo dicho y lo hecho, incluso menguando los efectos positivos reales y concretos de lo poco que se practica en materia de derechos humanos, hay que decir lo siguiente:

2.1. *El prejuicio ontológico y esencialista de las teorías sobre Derechos Humanos*

Comúnmente y desde un plano teórico, los Derechos Humanos suelen asociarse y conocerse por lo que, a lo largo de la historia, nos han dicho y nos dicen determinados pensadores o filósofos ilustres. Autores y autoras como John Locke, Francisco de Vitoria, J.J. Rousseau, Thomas Hobbes, Immanuel Kant, Karl Marx, Norberto Bobbio, Agnes Heller, Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas, Iris Marion Young, Gregorio Peces Barba, Enrique Dussel, Antonio Enrique Pérez Luño, Ingo Sarlet, Celia Amorós, Judith Butler, Javier Muguerza, Boaventura de Sousa Santos, Alda Facio, Catharine Mackynnon, Amartya Sen y tantos otros, son algunas de las mentes lúcidas que han hablado sobre Derechos Humanos y han aportado ideas sugerentes sobre los mismos, haciéndonos crecer para inspirarnos y orientarnos en nuestro espacio vital y existencial, al menos en los lugares en

donde sus discursos y teorías llegan, generalmente y por lo común, en los circuitos académicos y universitarios. El problema no radica en las iluminadoras reflexiones que sobre los mismos nos aportan a quienes podemos formar parte de la cultura jurídica, sino en el hecho de pensar que son ellos o ellas, los filósofos o especialistas, quienes los crean con sus teorías, olvidando, omitiendo o desplazando el detalle de que la realidad de los derechos humanos siempre excede a la teoría, ya que, independientemente de la posición ideológica o filosófica que se tenga, derechos humanos son producciones socio-históricas y procesos relacionales generados por actores sociales sobre los que y sobre quienes se teoriza, en contextos culturales y espacio-temporales complejos, concretos y particulares.

Riccardo Orestano denomina como prejuicio ontológico a la manía que tienen los juristas de esencializar sus conceptos des-historizándolos y creyendo que tienen vida propia, convirtiéndose en entes superiores e hipostasiados, estáticos e inamovibles no afectados por el paso del tiempo ni por la contingencia humana. Gran parte de la ciencia jurídica piensa que los conceptos fundamentales del derecho tienen el presupuesto de que son entidades dadas, de las que hay que captar e individualizar la “esencia en cuanto tal”, como si se tratara de una “cosa real”. Se tiene la manía, con ello, de llegar a definir los conceptos jurídicos, como el de Derechos Humanos en este caso, en términos de “esencias”. Incluso con sus propias palabras *parece que la realidad no puede ser conocida, vivida, poseída, dominada en su totalidad (y, por lo tanto, en su complejidad) si no es descompuesta en partes y privilegiando uno u otro aspecto sobresaliente de ella... mediante conceptos o símbolos destinados a ocupar su puesto. Conceptos que llegan a ser a un tiempo instrumento y objeto de nuestro conocimiento.*⁵

Algunas explicaciones de este prejuicio ontológico de priorizar la teoría y la reflexión por encima de las prácticas terrenales y materiales, los conflictos, las relaciones de poder y los procesos sociales se deben a un problema mayor: a la tendencia que la racionalidad occidental tiene a nivel estructural, de abstraer e idealizar la realidad, separando los objetos que analiza como si tuvieran vida fuera del mundo en el que habitan en el momento que son nominados científica y filosóficamente. El propio Orestano, refiriéndose a las representaciones de los juristas sobre las realidades concretas, como

“nociones abstractas” con un carácter selectivo y parcial respecto a la totalidad de cada experiencia.⁶ Pese a que el acto de simplificar es consustancial al ser humano, si lo hacemos a todos los niveles y todas las escalas desde hábitos socioeconómicos y culturales que lo refuerzan, separando conceptualmente lo que la realidad une interrelacionalmente, reduciendo lo plural a una de sus partes como si fuera la totalidad y abstrayendo e idealizando el mundo sustituyéndolo por nuestras propias producciones (como el mercado, el Estado, el dinero, el valor de cambio, los valores y/o principios como la libertad o la igualdad, las ideologías y las teorías), todo lo que el ser humano, en tanto sujeto, crea y fabrica como objeto, termina convirtiéndose en una instancia superior, en un fetiche idolatrado. Pasa a ser de objeto a un sujeto con un valor mayor que nosotros, quienes pasamos a ser objetos inferiorizados en nuestra condición corporal y carnal. Dejamos de tener protagonismo al otorgárselo y traspasarlo a aquello que generamos, creamos y producimos para hacer de nuestra existencia una vida digna de ser vivida.

Evidentemente que las aportaciones doctrinales, teóricas y filosóficas, muchas de ellas ejercidas en instancias privilegiadas y alejadas de lo social y lo popular, nos ofrecen mapas mentales con los que poder comprender y orientarnos sobre elementos y características que forman parte o que giran en torno a los Derechos Humanos, pero siempre como complemento y apoyo a las reales experiencias de quienes los gestan, los demandan, los reivindican, los construyen y los destruyen con acciones, relaciones, medios, luchas, conflictos, disensos, consensos determinaciones y mediaciones concretas que son la base de sus contenidos avalados o no avalados con libros, manuales, artículos y opiniones. El modo de pensar, ya sea en su versión iusnaturalista centrada en valores casi entendidos como datos o esencias, ya sea iuspositivista centrada en la norma jurídica y la autoridad que la crea desde criterios jerárquicos, o ya sea garantista, otorgando contenidos valorativos a los ordenamientos jurídicos por medio de las constituciones y sus derechos fundamentales que sólo los jueces pueden definir, puede inspirarnos e influirnos positivamente, mediatizando y condicionando parcelas de la realidad. No obstante, cuando determinada concepción intenta sustituir a ésta, las consecuencias pueden ser contraproducentes, como por ejemplo: esencializar, absolutizar, descontextualizar y deshistorizar los procesos relacionales y de existencia contingentes y finitos, juntos con sus sujetos, que

⁶ *Ídem.*

⁵ Ver ORESTANO, Riccardo, *Introducción al estudio del Derecho Romano*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1997, pp. 417-418 y 428-429.

conforman las experiencias de vida de todos los seres humanos. Todo ello, haciendo hegemónica una determinada forma de mirar e interpretar que, apoyando consciente e inconscientemente al sistema predominante que nos envuelve, obliga a las personas a comportarse de determinada manera subordinándose a valores y normas que están por encima de ellas, imposibilitando el desarrollo de otros modos de mirar basados en prácticas y experiencias socio-culturales plurales y diferentes a aquella defendida e impuesta por la perspectiva que se totaliza y que pertenece o beneficia a determinados grupos de poder frente a otros.

2.2. *La dimensión normativa e institucional*

Asimismo, tal como ya se ha señalado, una faceta importante de los Derechos Humanos es su proceso de institucionalización y reconocimiento normativo tanto a escala nacional como internacional. Cuando movimientos sociales como el de la burguesía en el proceso de conformación de las sociedades modernas (paradigmáticas son las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa), o como el movimiento obrero en el siglo XIX y los movimientos de las mujeres y los indígenas en el siglo XX con sus antecedentes en el pasado, se levantaron para reivindicar mayores espacios de libertad y denunciar distintas formas de exceso del poder (económico, cultural, étnico, libidinal, etcétera), el objetivo del reconocimiento constitucional y jurídico se hizo crucial para objetivar sus demandas. De ahí la importancia que tiene la dimensión jurídico-positiva de los Derechos Humanos. Muchas son los colectivos que luchan por este tipo de reconocimiento que objetiva sus reivindicaciones, pero el darle una excesiva importancia hasta considerarlo el único camino posible, provoca varias consecuencias negativas, entre la que destacan, por un lado el blindaje de cuáles son los derechos que merecen la categoría de ser tratados como fundamentales y cuáles son los que no la merecen, impidiendo y limitando la dimensión histórica, inconclusa y abierta de los mismos y su multifacética opción de que puedan existir sin que sea necesaria una norma que los convierta en reales por ser vestidos formal e institucionalmente.⁷ De esta

⁷ Ver sobre las respuestas antiinflacionarias de Derechos Humanos, MORONDO TARAMUNDI, Dolores, "Antiretórica y minimalismo de los derechos humanos", en *Los derechos en el contexto ético, político y jurídico*, (Eusebio Fernández García y Jesús Ignacio Martínez García editores), Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 121 y ss.

manera se omiten aquellos otros procesos de lucha por la dignidad que no siguen el formato del reconocimiento formal y normativo y que se objetivan con otro tipo de instancias no encuadradas en el parámetro occidental y burgués del estado-nación. Muchos son los pueblos que reivindican sus derechos desde marcos y expresiones no estatales que mejor se visualizan desde un paradigma pluralista del derecho y crítico con el monismo jurídico. El pluralismo jurídico en su versión emancipadora y desde abajo puede ofrecer una dimensión reguladora no cerrada de la convivencia social y comunitaria, que puede manifestarse de una manera más abierta y flexible a la acción individual y colectiva de los miembros de una sociedad, siendo menos rígida que la ofrecida por las normas jurídico-estatales.⁸

Por otro lado, otra consecuencia perjudicial es una eficacia minimalista, reducida e insuficiente, ya que la materialidad y la práctica real de lo prescrito, sólo se obtiene siguiendo el molde de opciones y posibilidades procedimentales establecidas por las normas que se hacen operativas únicamente si hay algún funcionario u operador jurídico (juez, fiscal, promotor o procurador) que, teniendo sensibilidad, intenta hacer real lo dicho por el ordenamiento, interpretándolo y aplicándolo con conciencia de efectivizar los derechos reconocidos y a través de medios adecuados. Esto se percibe mejor si observamos el desproporcionado porcentaje que existe entre el número de violaciones que todos los días suceden en un estado constitucional de derecho y cuantas de esas violaciones son atendidas en su integridad con los distintos tipos de garantías que se establecen como respuesta institucional paliativa, reparadora y resarcitoria. Es irrisorio el porcentaje resultante de la atención judicial con sentencias favorables. Seguidamente lo explicitaremos mejor.

2.3. *Las garantías jurídicas estatales. Los Derechos Humanos constituidos*

Junto con la reflexión teórico-filosófica y doctrinal además del reconocimiento normativo descrito, nuestro imaginario oficial suma y lo complementa con la eficacia y la efectividad jurídica de Derechos Humanos que, por lo general, suele ser el único y principal recurso al que se acude

⁸ Ver WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Mad, Sevilla, 2000; y SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009.

para garantizarlos y concretizarlos. Que haya tribunales de justicia a los que acudir para denunciar y estados de derecho para proteger los derechos fundamentales no es algo que haya que despreciar, todo lo contrario. Pero centrar nuestro imaginario sólo en estos tres elementos, sobredimensionándolos como exclusivos, tiene efectos dañinos para la mayoría de la humanidad. Para demostrar lo que estamos diciendo, sólo tenemos que fijarnos en este ejercicio de reflexión que va en la línea apuntada antes: ¿cuántas violaciones de Derechos Humanos suceden todos los días en el mundo o en los estados que se dicen de derecho? Seguro que muchísimas, incalculables. ¿Cuántas de esas violaciones son atendidas judicialmente, con sentencia favorable y, además, efectiva? Seguro que siendo generosos, la proporcionalidad es de un 99.9% de violaciones y un 0.1%. Paradójicamente es esta cultura en torno a los circuitos judiciales las que se nos enseña en las facultades de derecho y de la que los medios de comunicación se hacen eco. Lo más irónico es que somos conscientes de estas insuficiencias y carencias. Por tanto algo pasa cuando nuestro imaginario camina por paisajes tan pequeños y tan desproporcionados en niveles de eficacia. Si se observa bien, resulta curioso comprobar que circunscribimos Derechos Humanos a una simple reivindicación o demanda judicial interpuesta ante los tribunales de justicia, una vez que los mismos han sido violados. Nos educan para ese 0.1% de atención exitosa y para nada más. Luego, también, como ya anticipamos, solemos defender una concepción pos-violatoria de derechos humanos ignorando o haciendo poco caso a la dimensión pre-violatoria. Derechos humanos parecen que sólo existen una vez que han sido violados y se encaminan a las instancias institucionales y estatales responsables de atenderlos, no importándonos aquella dimensión de su realidad que se construye o se destruye antes de acudir al estado y que pasan por circuitos que exceden la juridicidad estatal legislativa, ejecutiva y judicial.

Asimismo, el hecho de que Derechos Humanos se reduzcan a normas, instituciones y teorías, provoca una cultura delegativa por sustitución en el conjunto de los mortales que se centra en el absoluto protagonismo adjudicado a los funcionarios de la administración de cada Estado y a los especialistas (operadores jurídicos profesionales) encargados de interpretar las normas. Óscar Correas lo explica a partir del derecho subjetivo que un tercero (el funcionario) proporciona a los ciudadanos como mediador y facilitador de las facultades que estos poseen. En concreto, los derechos

humanos son conceptualizados por la doctrina como derechos subjetivos que requieren la existencia de unas normas que impongan obligaciones a algunos funcionarios para que nos faciliten las facultades reconocidas en los Derechos Humanos normados. Como nacieron con el Estado moderno, representando a la organización política y normativa de la modernidad, este marco institucional implicó para legitimarlo, toda una estrategia discursiva por la que el orden jurídico estatal expropió el protagonismo de la sociedad civil. Desde entonces, se le encargó a un grupo de funcionarios responsables del monopolio de la fuerza legítima, la tarea necesaria para que la sociedad se reprodujera cuando se alteraran las relaciones mercantiles formadas por individuos propietarios, evitando, así, aquellas conductas indebidas para el mercado capitalista. Para ello, la estrategia discursiva del Estado moderno destruyó y disolvió las relaciones comunitarias, principalmente los medios con los que los individuos se relacionaban entre sí como sujetos vivos y empoderados. Herencia que llega hasta nuestros días de manera más pronunciada.⁹

Junto al cuerpo de funcionarios, también se suele acudir a los activistas, asociaciones de Derechos Humanos y ONG's para ampliar el abanico de garantías y promoción de los Derechos Humanos, y como vehículo que alivia las responsabilidades del Estado. No obstante, el problema permanece, pues en la mayoría de las veces estas organizaciones actúan de manera paternalista. Con todo ello, se crea una situación de subordinación y supeditación estructural de las personas y de los ciudadanos a las decisiones y a las acciones de quienes representan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial o a una ONG más o menos altruista. La ciudadanía y los movimientos sociales pierden todo protagonismo en su capacidad de significar y resignificar sus derechos.

En este sentido, los Derechos Humanos aparecen como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. Las garantías se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana. Se deslegitima, así, la capacidad de la sociedad civil para implementar su propio sistema de garantías que, dentro o fuera del marco legal, protegen y defienden derechos históricamente conquistados pero debilitados por diver-

⁹ Ver CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, Ed. Coyoacán/UNAM, México, 2003, pp. 24 y ss.

sas circunstancias y nuevos derechos que el orden político y económico no los quieren reconocer por la amenaza que suponen para el orden de poder establecido. A ello se suma el recorte de la capacidad soberana popular por medio de un concepto también restrictivo de democracia, que queda reducida a representación partidista y elección en las urnas bajo la base de una abisal separación entre los gobernantes que mandan y los gobernados que se limitan a obedecer.¹⁰

Pese a que se hablará de esto más adelante, el efecto expropiatorio y de secuestro tanto de la capacidad de lucha constituyente popular como de la acción social y cotidiana se manifiesta en la criminalización de las actuaciones ciudadanas individuales y colectivas a favor del cumplimiento de derechos normativizados, pero no efectivizados estatalmente (como el derecho a una vivienda, el derecho a la tierra, la función social de la propiedad o el derecho al trabajo), así como también con el desprestigio y la mala prensa de las luchas instituyentes por nuevos o ancestrales derechos no normativizados constitucionalmente, pero legitimados por su justicia referida a la materialidad diferenciada de condiciones de existencia eidentitarias (por ejemplo, determinados derechos colectivos de naciones y pueblos indígenas o derechos ambientales y derechos sexuales).

Ante este panorama y tras esta evidencia, algo sucede cuando nuestro imaginario se mueve dentro de unos esquemas que no cuestionan las limitaciones de una forma de pensar ni de una manera de entender derechos humanos con sus consecuencias prácticas. Si resulta que nos conformamos con que sean los especialistas en derecho, los operadores jurídicos y, en último caso, los tribunales de justicia de ámbito nacional o internacional quienes nos digan cuáles son nuestros derechos y, además, resulta que sobredimensionamos y sólo nos preocupamos por la etapa o dimensión post-violatoria de los mismos, que queda circunscrita a la esfera de su reivindicación judicial, una vez que han sido ya violados, al final, lo que estamos consolidando es una cultura simplista, deficiente, puntual, insuficiente y estrecha de Derechos Humanos.

Sí hay que aclarar, para no llevar a equívocos, que con esta denuncia no estamos negando la importancia que tienen los ordenamientos jurídicos, los estados constitucionales de derecho, los sistemas de garantías estatales

de los derechos fundamentales y las diversas interpretaciones discursivas, teóricas y doctrinales que las acompañan. Queda fuera de toda duda la necesidad de las dimensiones filosóficas, jurídico-positivas y de eficacia estatal. Son conquistas y producciones humanas que hay que consolidar y reforzar, sin caer en eurocentrismos u occidentalismos, pero no son el único camino u opción, ni la única y exclusiva forma de garantía contra los diferentes excesos de poder violatorios de derechos. Siendo necesarias, son insuficientes por muchas razones. Está muy claro que hay que mejorar y fortalecer el papel de los ordenamientos jurídicos y de los sistemas de protección de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional, así como se hace imprescindible reconocerlos institucionalmente con una sensibilidad de la cultura jurídica por los derechos en sus procesos interpretativos, pero no hay que darle el exclusivo y el único protagonismo a estas dimensiones teóricas y jurídico-positivas. Reiterar que aunque son importantes y necesarias las dimensiones filosófica, institucional y de efectividad jurídico-estatal y garantista de los Derechos Humanos, son insuficientes. Por esta razón hay que ampliar la mirada a otras parcelas, las cuales serán señaladas en el próximo apartado.

3. POR UNA CULTURA INSTITUYENTE, MULTI-GARANTISTA E INTER-ESCALAR DE DERECHOS HUMANOS

Frente a esta concepción excesivamente jurídico-positiva, estatalista, formalista, post-violatoria, instituida y delegativa bañada bajo una cultura atomista e individualista, vamos a intentar ofrecer, desde la teoría que siempre abstrae, pero consciente de su tensionalidad volcada hacia una *praxis* integral, algunas pistas para una noción más compleja de Derechos Humanos que procesual, relacional y dinámicamente se construyen a partir de prácticas sociales y acciones humanas que empoderan sujetos. Siguiendo los aportes de Helio Gallardo, Derechos Humanos tienen como referente básico la vocación de autonomía de los sujetos sociales como matriz de autonomía de los individuos o personas. Guardarían relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente y, también, estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de

¹⁰ Para un concepto más ampliado de democracia ver SANCHEZ RUBIO, David, y SENENT, Juan Antonio, *Teoría crítica del derecho, Nuevos horizontes*, Universidad Autónoma San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat, San Luis-Aguascalientes, 2013.

crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas. Para Helio Gallardo, "sujeto" quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación en entornos que nos exceden y no dominamos en su totalidad. Asimismo, por "autonomía" entiende que para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control (o enajenadoras) a experiencias de mayor control (liberadoras) por parte de quienes las viven. Por ello hay que recuperar otras dimensiones o elementos de los derechos humanos que nos permita ser sujetos soberanos activos e instituyentes, como por ejemplo:

3.1. *La lucha social y la lucha cotidiana. La dimensión constituyente de los derechos humanos a partir de las relaciones humanas y las tramas sociales*

En primer lugar aquel ámbito que da origen a los Derechos Humanos y los mantiene vivos: *a)* la lucha y la acción social; y *b)* la lucha individual y cotidiana. En ambos casos, Derechos Humanos tienen más que ver con procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas. En concreto pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas, acciones y actuaciones sociopolíticas, simbólicas, culturales e institucionales tanto jurídicas como no jurídicas, realizadas por seres humanos cuando reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que les impide que puedan auto-constituirse como sujetos plurales y diferenciados. Las luchas pueden manifestarse por medio de demandas y reivindicaciones populares en forma de movimientos sociales o individualmente, en la vida diaria y entornos cotidianos en los que la gente convive y reacciona. Veamos cada una de ellas:

3.1.1. *La luchas de los movimientos sociales. Poder constituyente popular frente al poderconstituyente oligárquico*

Los movimientos sociales en sus luchas, a través de la historia, desde racionalidades, imaginarios y demandas distintas, intentan tener control sobre sus entornos entrando en conflicto con otros imaginarios, otras racionalidades y otras reivindicaciones que, por diversas razones, acaban haciéndose

hegemónicas. Esto provoca que las luchas no hegemónicas puedan terminar invisibilizadas, silenciadas, eliminadas o resignificadas desde quienes detentan el poder. No obstante las luchas y conflictos populares permanecen, siguen estando latentes, además de que pueden surgir otras nuevas con nuevos movimientos que cuestionen lo oficial e insuficientemente institucionalizado. En el contexto moderno, el problema reside en que sólo fue el imaginario burgués y su proceso de lucha, el que se impuso al resto de imaginarios (obrero, feminista, libidinal, étnico, ambiental...), estableciendo un vestido teórico e institucional que todos debían colocarse y, además, moldeando una figura a la que los demás debían adaptarse, impidiéndose la posibilidad de construir nuevos trajes y nuevas figuras propias de racionalidades, espiritualidades y corporalidades diferentes.

Tal como señala Helio Gallardo, la matriz y la base de Derechos Humanos está constituida socio-históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. La lucha de la burguesía como sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa.¹¹ Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo estuvo desgarrada por tensiones, oposiciones y conflictos diversos. Sí es cierto que la burguesía concibió y creó con sus prácticas y teorías, desde el principio, el imaginario de los Derechos Humanos como derechos individuales, pero su fuerza persuasiva, hegemónica y simbólica consolidó una universalidad abstracta y colonizadora que silenció e invisibilizó el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no sólo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados, explotados y marginados por no encajar en el "traje" de la cultura burguesa. Más bien, la capacidad de imponerse y de hacerse hegemónica de este colectivo, provocó, al institucionalizar sus reivindicaciones, que otros grupos humanos no pudieran en ese mismo periodo y, en periodos posteriores, hacer una lucha con resultados institucionales y estructurales equivalentes a los que logró la burguesía. Esto ocasionó una serie de experiencias de contrastes diversas y diferentes en colectivos (indígenas, mujeres, otros

¹¹En este sentido ver GALLARDO, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*.

grupos étnicos o raciales, etcétera) con sus propios horizontes de sentido, propuestas existenciales plurales y modos de vida diferenciados, que tuvieron que adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa y decolonial, cuyo horizonte de sentido —que no era el único válido y verdadero— poseía tanto lógicas de emancipación como lógicas de dominación y exclusión patriarcales, raciales y etnocéntricas, siendo estas últimas las que se hicieron predominantes al subalternizar y victimizar a quienes cuestionaban el orden económico capitalista y burgués, basado en la propiedad privada absoluta, la competitividad de ganadores y perdedores, el libre mercado y la racionalidad instrumental del máximo beneficio y la eficiencia.

Curiosamente, la cultura jurídica que reconoce la importancia de la lucha por los derechos, lo hace ensalzando como creadora de los mismos a la lucha desarrollada por la burguesía, con algún antecedente o precedente histórico previo, pero únicamente lo valora como un momento constituyente puntual, fundador y originario, que desaparece en el instante que se formaliza procedimentalmente y subordinando al resto de luchas al esquema marcado por la institucionalización normativa, por el principio de legalidad, por la forma del estado de derecho, consensuado constitucionalmente a través de la democracia representativa. La fuerza instituyente de la burguesía convirtió en instituido cualquier otro tipo de reivindicación popular y generó la apariencia de que ella también se limitó por la forma Estado. Incluso de todos los movimientos sociales en el contexto moderno y occidental, el único que desde el principio poseía fuerza y poder era el movimiento burgués, pues desde el principio tuvo una fortaleza inigualable para enfrentar el orden medieval. Los demás movimientos y/o grupos sociales tanto a nivel intra-cultural como inter-extra-cultural, se encontraron en situaciones estructurales de debilidad, siendo infravalorados en su capacidad creativa de dotar de carácter a sus propias producciones, más allá del dominio simbólico, discursivo e institucional a todos niveles, del liberalismo político y económico de la clase burguesa.

No es de extrañar que hoy en día se criminalicen a aquellos movimientos sociales que luchan o bien por el cumplimiento de derechos jurídicamente reconocidos, o bien por la legitimidad de nuevos derechos no objetivados en las normas constitucionales.¹² Resulta ser un contrasentido que

¹² Sobre la paradoja y la contradicción de criminalizar a los movimientos sociales cuando son fuente de creación de derechos en sus procesos de lucha, ver CORREA BORGES, Paulo César, “A tutela penal dos direitos humanos”, en *Revista Espaço Acadêmico*, v. 11, n° 134, julio 2012, pp. 82 y ss.

el elemento que da origen y fundamento a los mismos, la lucha social, sea denigrada, descalificada y demonizada por los medios de comunicación y por las instancias gubernativas y estatales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en España y en Brasil con las protestas ciudadanas a favor de los servicios públicos, por motivo de la crisis económica y las políticas privatizadoras, o por los megaproyectos de la minería o del mundial de fútbol de 2014, o, incluso, por las movilizaciones populares producidas en defensa y en favor del derecho a la vivienda frente a los desahucios o por los conflictos relacionados con la posesión y la titularidad de la tierra (MST, movimientos campesinos, pueblos indígenas y movimientos sin techo).

Una de las causas de que esto suceda se debe al imaginario de despolitización que se ha construido en torno a los Derechos Humanos y que implica un debilitamiento y una anulación del ejercicio autónomo del poder por parte del pueblo y/o la sociedad civil. Para ello, un recurso crucial utilizado ha sido el modo de concebir el poder en una sola expresión. Tradicionalmente es definido como la capacidad de dominio de una persona sobre otra, siendo el resultado de una relación de mandato y obediencia. Para Max Weber, “poder” significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, incluso contra toda resistencia.¹³ Ya implica potencialmente un trato o relación desigual, manipulada y por imposición, en donde una de las partes es superior a la otra, quien se subordina y hasta es sometida. Este ha sido el modo como Occidente se ha expandido por el mundo, colonizándolo y apropiándose de él.

No obstante, Alejandro Médici contrapone este concepto de poder, al que denomina estratégico, con otra noción de poder más liberador y generador de autoestima, entendido como la capacidad de las personas para actuar concertadamente para hacer cosas de modo cooperativo y conjuntamente, en base a un consenso previamente obtenido.¹⁴ Se trataría de una noción de poder compartido, sin jerarquías discriminantes y no basadas en el par superior/inferior. El ser humano, en su capacidad de significar y resignificar mundos plurales, cimentaría como fundamento de este modo constituyente de crear realidades, en la voluntad de vivir, según el sentido dicho por Enrique Dussel, reinterpretando a Spinoza. Un poder desde el que podemos alimentarnos, disfrutar de un hogar y vestimos dignamente

¹³ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1992, pp. 43 y ss.

¹⁴ Ver MÉDICI, Alejandro, “Poder constituyente y giro decolonizador. Reflexiones desde el nuevo constitucionalismo transformador”, (mimeo).

y garantizando la vida de cada ser humano particular, con nombres y apellidos, proporciona los medios para la satisfacción de las necesidades que permiten la producción, reproducción, mantenimiento y desarrollo de la vida humana concreta mediada culturalmente.¹⁵ Desde el punto de vista político, sería por antonomasia el pueblo el sujeto primero y último del poder, siendo el verdadero soberano con autoridad propia. Con la categoría de *potentia*, Dussel entiende *el poder que tiene la comunidad como una facultad o capacidad que le es inherente a un pueblo en tanto última instancia de la soberanía, de la autoridad, de la gobernabilidad, de lo político*.¹⁶ Alejandro Mé dici amplía, completando, su significado con el concepto de hiperpotentia, desde la posición del bloque social de los oprimidos que representan la exterioridad radical del sistema fetichizado. Es el pueblo en tanto que *subjetividades subalternizadas que critican hacia la transformación del orden social e institucional existente, que formula sus reclamos en forma de nuevos derechos, que expresan su voluntad crítica de convivencia desde el consenso contrahegemónico...*¹⁷

A un nivel más antropológico, podría hablarse de la cualidad instituyente y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y a los entornos en el que se desarrollan. En este sentido, Joaquín Herrera Flores alude a la capacidad humana genérica de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas. En términos de dignidad humana, sería el *despliegue de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos*.¹⁸ El poder constituyente, en términos no sólo constitucionales y de teoría política, sino aplicados a los Derechos Humanos, sería la capacidad creativa plural y diferenciada, la cualidad individual y colectiva de las personas concretas de enfrentar el mundo, reaccionando frente a sus entornos relacionales tanto para lo bueno como para lo malo. Por ello hay que distinguir entre un poder constituyente emancipador, liberador y popular y un poder constituyente oligárquico, dominador y excluyente.

¹⁵ Ver DUSSEL, Enrique, *20 tesis de política*, Siglo XXI, México, 2006, p. 24.

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ MÉDICI, Alejandro, *op. cit.*

¹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua Libros, Sevilla, 2005, pp. 18, 57, 60 y 89.

Para lo que nos interesa, el poder popular en tanto poder originario e instituyente, en la tradición de la teoría política y como promesa incumplida de la modernidad, se muestra como el fundamento y legitimidad de las instituciones y los sistemas de organización de una sociedad calificada de democrática. El conjunto de sujetos individuales libres que en red y con vínculos intersubjetivos dentro de una comunidad, se aúnan consensualmente como poder constituyente que construye realidades desde la materialidad de la vida posibilitada, establece las bases del constitucionalismo democrático moderno y de los estados constitucionales de derecho. El poder del pueblo y para el pueblo es su máxima expresión, entendido como instancia originaria y fundadora del orden político. Pero a lo largo de la historia, de manera sistemática y, principalmente, una vez asentadas las revoluciones burguesas que originaron la primera etapa del constitucionalismo, quedó sometido a un proyecto de control no sólo, como dice Toni Negri, de la ciencia jurídica,¹⁹ sino a un nivel más estructural por medio de los poderes oligárquicos que, por tradición, han tenido un miedo y un recelo ancestral hacia lo popular, casi siempre adjetivado despectivamente como la chusma o la masa inmadura, salvaje y peligrosa. A lo largo del tiempo se han ido desarrollando sucesivas políticas de limitación, recorte, parcelación y debilitamiento. El derecho y la representación política han sido dos de los principales instrumentos para amansar y domar su fuerza creativa y transformadora de los entornos relacionales. La dimensión delegativa e instituida del poder gubernativo y político, termina robando y expropiando el poder soberano de las mayorías populares, que pierden en protagonismo directo de significar y dotar de carácter a sus propias producciones, de hacer y des-hacer mundos. Gabriel Méndez y Ricardo Sanín lo describen de la siguiente manera cuando se refiere al constitucionalismo estadounidense o "usamericano".²⁰ la constitución colapsa el poder constituyente del pueblo a una sociedad pre-existente (institucionalizado) y, por tanto, pierde todo rastro de existencia y subjetividad política y de su agencia jurídica controlado mediante extensivas formas jurídicas,

¹⁹ NEGRI, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias, Madrid, 1994, p. 20.

²⁰ Utilizo el término "usamericano" para referirme a la realidad y la cultura de EE.UU. Junto con "Usamérica" intento contrarrestar el uso abusivo, hegemónico e imperial que los Estados Unidos de América hacen del término "americano" y que se extiende por el mundo con la expansión del idioma inglés, para referirse solo a su país y sus ciudadanos, excluyendo e ignorando al resto de americanos que pertenecen al continente.

algunas delimitan su actividad como actividad procesual, y otras van más allá y vierten su agencia política en otras instituciones que la contienen y neutralizan. El pueblo, base de legitimidad de la arquitectura política, desaparece en el instante que es internalizado como una parte más de la constitución, es decir, como poder constituido.²¹ Ambos autores indican las consecuencias: la constitución, en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada y plural de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía, se cierra como un coto privado de operadores jurídicos y la doctrina constitucional, encriptándola con un lenguaje tecno-legal que se convierte en indescifrable y también al poder que lo sustenta.

Este efecto limitante y de blindaje de los seres humanos en tanto sujetos soberanos, se proyecta sobre los Derechos Humanos, que, tal como hemos dicho, pierden su carácter político y pasan a ser instancias técnicas y burocráticas. Al juridificarse, se despolitizan, desvinculándolos de las luchas sociales que resisten los procesos que agreden el impulso vital instituyente de reacción cultural y de existencia plural y diferenciada. Cuando la lucha política por los derechos debería estar presente en todas las instancias tanto jurídicas, como socio-económicas y existenciales, se la filtra, regula, contiene y limita con las camisas de fuerza de las normas y los procedimientos jurídico-estatales, que imposibilitan las transferencias de poder que el pueblo y cada ser humano precisa para crear y recrear mundos desde sus propias particularidades y diferencias. La trampa de estos juegos malabares de desempoderamiento popular, radica en diluir al poder constituyente popular convirtiéndolo en solo una capacidad originaria o subordinándolo a un poder constituido delegativo, estratégico, burocrático y técnico. Se termina normalizando y naturalizando la idea de que así, toda dimensión constituyente que en el origen es legitimadora, pasa a ser legitimada por las instancias institucionales que lo controlan. Se oculta con ello, la captación que de lo instituido realiza ese otro poder constituyente oligárquico, estratégico, fetichizado y excluyente, que es el que realmente se apropia y controla el proceso de construcción de la realidad desde parámetros economicistas, mercantiles, patriarcales, coloniales y racistas, y bajo la engañosa noción de individuos emprendedores y competitivos.

En definitiva, se despolitizan los Derechos Humanos juridificándolos en procedimientos interpretados por técnicos y especialistas, eliminando, con ello, la dimensión combativa, liberadora y de lucha instituyente popular, propia de los movimientos sociales que ejercen el poder soberano de la lucha por los derechos frente a entornos de dominación, explotación y discriminación. Por ello, es falsa y mentirosa la idea de que existe un poder instituido, de derecho, constitucional y democrático desvinculado de amenazas, controles y hegemonías de poder. A costa de eliminar la dimensión constituyente popular y de la sociedad civil que afecta e influye sobre lo instituido, quien ejerce un sistemático control es el otro poder constituyente, el oligárquico, que se mantiene en su versión dominadora e imperial por medio de los intereses y las acciones hegemónicas y alienantes del capital patriarcal. Los protagonistas del mundo de los negocios, las empresas multinacionales, los grandes bancos, el FMI, la OMC, el BM y aquellas grandes potencias o estados más fuertes del capitalismo tanto central, como periférico, con sus respectivas clases ricas nacionales, son los poderes constituyentes oligárquicos que poseen el control y la autoridad del poder instituido, plasmado en los estados constitucionales de derecho. Absolutizan sus intereses por medio de derechos como la propiedad privada, la libertad de contratos y el libre comercio. La estrategia es utilizar el derecho estatal y la legalidad cuando conviene en unos casos, y en otros es preferible vulnerarlo, creando normatividades paralelas. De ahí la importancia que tiene exigir, reivindicar y recuperar el papel protagonista del poder constituyente popular y de unos Derechos Humanos instituyentes que compensan las carencias, las omisiones y las agresiones del poder constituido normativo y estatal blindado y enclaustrado oligárquicamente. La fuerza de los Derechos Humanos en eficacia y reconocimiento garantizado se incrementará cuando el poder constituyente popular y democrático, que también puede decantarse a la creación de espacios de dominación y destructores de dignidades, se complemente con los Derechos Humanos instituidos, que concretizan las luchas instituyentes y emancipadoras populares y que permiten a todo ser humano ser tratado como sujeto actuante e instituyente y no como objeto manipulable, victimizado y prescindible.

²¹ Ver MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel y SANÍN RESTREPO, Ricardo, "La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global", en *REDHES*, n° 8, julio-diciembre 2012, p. 108.

3.1.2. *Luchas individuales del día a día y poderes instituyentes cotidianos. La estructura inter-escalar y multi-espacial de los derechos*

No obstante, para luchar por los Derechos Humanos no hace falta ser miembro de un movimiento social. Las luchas cotidianas e individuales —y que también son políticas— enfrentan el efecto estático y congelado o puntual y azaroso de las formas jurídicas expresadas en leyes y reglamentos por medio del conjunto de actuaciones y relaciones personales, concretas y cercanas encaminadas a hacer efectivos los derechos proclamados. Si con el primer tipo de lucha por los derechos a través de los movimientos sociales nos encontramos con unos Derechos Humanos generados desde poderes constituyentes populares con una mayor fuerza colectiva transformadora, en este segundo tipo de lucha relacional del día a día, los derechos humanos son ejercidos por poderes instituyentes más “cotidianistas”, expresados con la potencia individual y personal y las acciones particulares desenvueltas por cada persona.

Para hacer operativas las normas constitucionales, junto con las acciones de los operadores jurídicos con sensibilidad por derechos humanos, que atienden las demandas y denuncias a través de sentencias, acciones de defensa y medidas administrativas, están los actos ciudadanos individuales dirigidos a hacer valer los derechos reconocidos por las normas. Pero además, en los espacios relacionales de convivencia (en la familia por medio de una educación de crecimiento respetuoso, en la escuela a través de pedagogías liberadoras, en el trabajo con el reconocimiento integral de los derechos laborales, etcétera), de motu proprio los seres humanos pueden desarrollar un conjunto de tramas sociales con las que unos a otros se tratan como sujetos iguales y plurales, actuando y luchando para convocar y sensibilizar, desde dinámicas de reconocimientos mutuos, solidarias y desde horizontalidades, ampliando el ámbito de garantías de derechos a lugares cotidianos y no sólo judiciales.

Por ello, resulta un error pensar que el contenido de los Derechos Humanos o de los principios y valores que lo inspiran están definidos por las sentencias judiciales que los interpretan o por las teorías iusfilosóficas. Por el contrario, el núcleo del contenido de los derechos humanos viene determinado, no por la teoría o interpretación proyectada sobre las normas jurídicas, sobre las sentencias judiciales o reflejadas en libros o manuales

que sólo son un complemento, sino por el conjunto de relaciones, acciones y medios que se utilizan y despliegan para hacerlos factibles en cada contexto, posibilitando o imposibilitando las condiciones de existencia y de vida plurales y diferenciadas, a partir del ejercicio continuo, histórico, permanente y abierto de la potencia soberana y constituyente popular. El mismo Albert Camus en su obra *El hombre rebelde*, una vez que afirma los límites que cualquier valor debe tener para no sacrificar vidas humanas si se convierte en absoluto, y después de analizar de qué forma en la historia de la lucha por la justicia o la dignidad humana en Occidente, se han utilizado medios contrarios a los principios y valores proclamados, nos lanza la siguiente reflexión preguntando: *¿El fin justifica los medios? Es posible. ¿Pero qué justifica el fin?* Camus señala: *a esta pregunta, que el pensamiento histórico deja pendiente, la rebelión responde: los medios.*²² De esta forma nos da una pista acerca de cuáles son los contenidos de cualquier fin o principio como la dignidad, la libertad y la igualdad: son los medios y el conjunto de relaciones utilizados para hacerlos realidad los que le dan la justa medida y el auténtico significado de lo proclamado. La dimensión de la factibilidad humana, de lo que es factible y posible en un valor o principio humano, y que se hace operativo institucional y por la *praxis* humana, nos dará la coherencia o incoherencia material y real de aquello que proclamamos.²³

Asimismo, Leandro Konder expresa muy bien este referente material de las acciones y las actuaciones en combinación con los medios, a través del concepto de *praxis*, que es muy afín a la dimensión instituyente de los seres humanos y donde el contenido de los derechos relacionales se explicita no por las formas: *la praxis es la actividad concreta por la que los sujetos humanos se afirman en el mundo, modificando la realidad objetiva y —para que puedan alterar— transformándose a sí mismos.*²⁴ La teoría, en tanto un modo de acción y un momento necesario de la *praxis*, será un apoyo reflexivo que verifica los aciertos o desaciertos de la misma. Pero es ésta, consistente en el uso de medios y acciones, con la que el ser hu-

²² Ver CAMUS, Albert, *El hombre rebelde*, en *Obras completas*, tomo III, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 341.

²³ Sobre el criterio y principio de factibilidad, inspirado en Franz Hinkelammert, ver DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998.

²⁴ Ver KONDER, Leandro, *O futuro da filosofia da praxis*, Paz & Terra, Rio de Janeiro (2ª edición), 1992, p.115, referencia tomada de Salo de Carvalho, “Criminología crítica: dimensiones, significados y perspectivas actuales”, en *REDHES*, nº 11, 2014, (en prensa).

mano comprueba la verdad, es decir, *la efectividad y el poder, lo terrenal de su pensamiento*, evitando abstracciones mutilantes de los testimonios, las experiencias plurales y diferenciadas de cada persona.

En el orden de la convivencia humana y en cada espacio relacional, se construyen y respetan o se destruyen y violan Derechos Humanos según el tipo de relaciones humanas que se despliegan: si mediante dinámicas de dominación e imperio o mediante lógicas de emancipación y liberación. A través de las primeras el poder se ejerce entre sujetos considerados superiores y humanos tratados como objetos inferiores, manipulables, prescindibles y manejables. Por medio de las segundas, las relaciones con el otro y la otra junto con las identidades del nosotros se construyen desde tramas de reconocimientos mutuos, respeto y considerando a todos como sujetos. El caso es que el tipo de sociedades en las que vivimos, la asimetría y desigualdad estructural es manifiesta. Son muchas las discriminaciones, violencias, marginaciones, explotaciones y exclusiones con las que se trata a los otros como objetos y se les ningunea por razones raciales, sexuales y de género, de clase, etarias, etno-culturales y por discapacidades psíquicas o físicas. En lo referido a la cultura occidental moderna, en palabras de Aníbal Quijano, esta defiende y se mueve por un criterio de poder caracterizado por un tipo de relación social constituida por la co-presencia de tres elementos: la dominación, la explotación y el conflicto. El modo de controlar las áreas de existencia social como el trabajo, el sexo, la subjetividad/intersubjetividad, la autoridad colectiva y la naturaleza, lo ha venido realizando de forma asimétrica y jerárquica. Bajo el concepto de "matriz de colonialidad del poder", Quijano nos muestra el modo como Occidente se ha expandido por el mundo bajo estructuras dominadoras y discriminadoras, estableciendo no sólo una división social e internacional del trabajo, sino también una división del ser, del saber, del poder (y del hacer) humanos desigual, excluyente y no equitativo. Es más, el filósofo peruano señala que la globalización en curso es la culminación de un proceso que se inició con la conquista de América, teniendo el capitalismo colonial/moderno y eurocentrado como nuevo patrón de poder mundial. Uno de los ejes fundamentales de este patrón es la clasificación social de la población terrestre sobre la idea de raza, construcción mental que expresa la dominación colonial. Raza e identidad racial fueron establecidas como instrumentos de clasificación social básica de la humanidad y como complemento a la clasificación de clase. Con el transcurso del tiempo, la

idea de raza se naturalizó en las relaciones coloniales de dominación entre europeos y no-europeos. Este instrumento de dominación social universal incorporó otro más antiguo, el sexual y/o de género. La raza blanca y el patriarcado del hombre blanco, varón, mayor de edad, creyente religioso, heterosexual y propietario se convirtieron en dos criterios fundamentales de distribución de la población mundial en los rangos, lugares y roles en la estructura de poder.²⁵ Los sistemas duales y binarios superior/inferior, civilizado/bárbaro, desarrollado/subdesarrollado, maduro/inmaduro, ricos/pobre, ganadores/perdedores, fuerte/débil, norte/sur, universal/particular expresan muy bien los horizontes de sentido de-coloniales y la clasificación jerárquica de la convivencia entre las personas.²⁶

Algunas de las consecuencias con respecto a Derechos Humanos de esta interpretación de Quijano es que las dinámicas predominantes de las relaciones en las esferas sociales son de dominación e imperio. Estructuralmente existen unas sociedades que dividen racial, sexual, genérica, clasista y etariamente de forma discriminatoria, excluyente, marginadora, desigual e injusta a la gran mayoría de la humanidad. Hay quienes pueden pensar que por ello aparecen los Derechos Humanos, como instrumentos de lucha y enfrentamiento a las violaciones que surgen de estos espacios relacionales. El estado-nacional sería el vehículo protagonista de límite, de control, de prevención y de sanción de las extralimitaciones de los poderes. No obstante, en función de lo que estamos diciendo, el imaginario que se utiliza de los Derechos Humanos y tal como lo entendemos oficialmente, no permite enfrentar la violencia estructural y asimétrica de nuestro sistema capitalista global. No la afecta. El modo como conceptualizamos y defendemos los derechos humanos solo tiene unos efectos paliativos y puntuales. Por este motivo es imprescindible salir de este bloqueo del 0.1% de éxito en la protección y las garantías. Los Derechos Humanos, junto con otros conceptos o medios emancipadores relacionados con la idea de liberación y dignidad humanas en perspectiva

²⁵ Ver QUIJANO, Anibal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latino-americanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2001, pp. 201 y ss.; en materia de género, ver LUGONES, María, "Colonialidad y género", en *Tabula Rasa* n° 9, julio-diciembre, 2008; y Francesca Gargallo, *Las ideas feministas latinoamericanas*, Ediciones desde abajo/DEI, Bogotá, 2004, pp. 144 y ss.

²⁶ Ver con más detalle en SÁNCHEZ RUBIO, David, "Reflexiones en torno al concepto contemporáneo de trabajo esclavo y la prostitución", en Paulo César Corrêa Borges (org.), *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, Cultura Acadêmica/UNESP, Sao Paulo, 2013, pp. 251 y ss.

inter-cultural, deben tener unas consecuencias transformadoras de la división violenta y desigual del ser, del saber, del poder y del hacer humanos en lo étnico, lo racial, lo etario, lo genérico y lo sexual y en lo referente a la clase social. Visibilizar el papel tan importante de las esferas relacionales y las tramas sociales en todos los espacios (doméstico, libidinal e íntimo, ciudadano, comunitario, global, del trabajo y el mercado, etcétera) y promocionar desde lo cotidiano el desarrollo de dinámicas de emancipación y liberación con las que todos nos constituimos como sujetos, a partir de los colectivos más vulnerados y victimizados, permitirá unos resultados mayores de transformación de esa violencia estructural sobre la que se sostienen nuestras sociedades. Por ello se debe trabajar a nivel inter-escalar (desde lo local, pasando desde lo nacional hasta lo global) y multi-espacialmente (en todos los lugares donde las relaciones humanas se desenvuelven) convocando, testimoniando, extendiendo, sensibilizando y promocionando relaciones humanas incluyentes de reconocimientos mutuos, reciprocidades y solidaridades.

Resulta decisivo descubrir que, realmente, son nuestras relaciones y prácticas o tramas sociales tanto jurídicas como no jurídicas las que, en cada momento y en todo lugar, nos dan la justa medida de si hacemos o no hacemos derechos humanos, de si estamos construyendo procesos de relaciones bajo dinámicas de reconocimiento, respeto e inclusión o bajo dinámicas de imperio, dominación y exclusión. En definitiva, si realmente estamos contribuyendo a que los derechos humanos existan o no existan en y desde nuestra cotidianidad. De ahí la necesidad de reflejar permanentemente su dimensión política, socio-histórica, procesual, dinámica, conflictiva, reversible y compleja. Por tanto, hay que apostar por una noción sinestésica de derechos humanos que nos espabile de la anestesia en la que estamos sumergidos, con la que los cinco o los seis sentidos actúan simultáneamente las 24 horas del día y en todo lugar. Son prácticas que se desarrollan diariamente, en todo tiempo y en todo lugar y no se reducen a una única dimensión normativa, filosófica o institucional, ni tampoco a un único momento histórico que les da un origen. Derechos Humanos guardan más relación con lo que hacemos en nuestras relaciones con nuestros semejantes, ya sea bajo lógicas o dinámicas de emancipación o de dominación, que con lo que nos dicen determinados especialistas lo que son (aunque también repercute en nuestro imaginario y en nuestra sensibilidad sobre Derechos Humanos).

3.2. *La dimensión multi-garantista de los derechos humanos: garantías jurídicas no estatales y garantías sociales*

En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, para hacer efectivos derechos humanos, se precisa crear sistemas de garantías que funcionen con las actuaciones y acciones humanas de defensa, lucha y reivindicación. Este sistema de garantías, que debe ser plural y múltiple, sin embargo suele quedar reducido a dos niveles: *a)* por un lado queda reducido a la dimensión instituida, sobre la que se delega, bajo un aparente consenso o pacto social, cualquier manifestación de justicia a lo legalizado y constitucionalizado; y *b)* en segundo lugar, se enfoca a la dimensión post-violatoria, omitiendo la centralidad de la dimensión pre-violatoria de los mismos, que es mucho más amplia que la ofrecida por las políticas públicas de prevención y que se manifiesta con la *praxis* relacional cotidiana de la sociedad civil en lo social, lo político y lo económico. Además, para ampliar la mirada del sistema de garantías, junto a la legitimidad estatal de lo jurídico y la legitimidad social, que puede ser clasificada de ilegal pese a su materialidad de justicia, también existe, una dimensión jurídica no estatal, concretizada por la actuación de determinados colectivos, como los pueblos indígenas o el MST, quienes se auto-organizan y auto-regulan desde lógicas emancipadoras con modos de resolución de conflictos y garantías de derechos a partir de paradigmas jurídicos no estatales o que se complementan con ellos.²⁷

En este sentido, utilizando una categoría de Enrique Dussel, “la legalidad de la injusticia”, Jesús Antonio de la Torre Rangel denuncia el conflicto jurídico que surge cuando la justicia no es sino la habilidad de dar al poderoso lo arrebatado al

²⁷ Por medio del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano y autodenominándose como estados plurinacionales —con cierta afinidad pero con diferente perspectiva política Brasil también constitucionaliza derechos étnicos y colectivos—, se están reconociendo una serie de nuevos derechos vinculados con la dimensión multiétnica y plurinacional de sus sociedades. Se trata de un proceso de mestizaje cultural en el que el paradigma moderno no es el único que establece las condiciones de garantía jurídico-política y penal. A él se suman otras racionalidades y otras epistemologías tradicionalmente silenciadas y marginadas que reclaman su reconocimiento y tienen sus propios caminos para tratar las desviaciones comunales y garantizar sus propios derechos. Estos suelen ser de carácter colectivo relacionados con los pueblos indígenas y/o grupos afrodescendientes (p.e. el derecho a la tierra, el derecho a la autodeterminación y la autonomía, derechos culturales —educación, idioma, usos y costumbres...—, justicia informal, etc.) y sistemáticamente negados a lo largo de una trágica historia de resistencia, expolio, genocidio y barbarie. Ver MÉDICI, Alejandro, *La constitucional horizontal*; y Antonio Carlos Wolkmer y Milena Pitters Melo (organiz.), *Constitucionalismo Latinoamericano. Tendências contemporâneas*, Juruá Editora, Curitiba, 2013.

débil bajo apariencia legal.²⁸ Frente a esta cooptación del derecho vigente por parte de poderes oligárquicos y hegemónicos que imposibilitan condiciones de vida dignas al pueblo y debilitan las garantías jurídicas positivizadas, mediante procesos de liberación y de lucha por sus derechos, los poderes populares reaccionan frente a la coacción legal del sistema vigente, implementando actuaciones que sirven de garantías de sus derechos robados. La comunidad de aquellos colectivos victimizados y oprimidos, en tanto movimientos sociales, instituyen criterios de “una justicia ilegalizada” institucionalmente, desde parámetros críticos y transformadores que aspira a una “legalidad de la justicia” que no les arrebatase sus condiciones existenciales y de vida como sujetos instituyentes plurales y diferenciados.

Por esta razón, hay que abrir instancias de complemento entre diversos tipos de garantías en todas las escalas y espacios sociales con la combinación tanto de las actuaciones y los dispositivos estatales sobre la base de las relaciones y tramas sociales públicas, estatales y privadas. La sociedad civil y el pueblo tienen que recuperar su protagonismo y su legitimidad también como actores que construyen garantías sociales, la mayoría de ellas respaldadas por los textos constitucionales, pero anuladas por la inactividad, inamovilidad y la inacción por parte de las instancias estatales. Cuando en España la gente se moviliza para evitar e impedir un desahucio que dejaría sin una vivienda a una familia endeudada o se echa a la calle para evitar la privatización y mercantilización de un bien esencial para la vida, como el agua o la salud, está abriendo procesos de protección y garantía de derechos. Si, además, existe un apoyo judicial con sentencias favorables, la efectividad podrá ser mayor, pero la legitimidad constituyente del pueblo es manifiesta, incluso en los casos de inactividad u omisiones de la administración. Lo mismo sucede en Brasil, ante los diversos conflictos de tierra, cuando indígenas, comunidades de quilombos, de campesinos o grupos urbanos y de vecinos actúan para impedir la vulneración de derechos tan fundamentales como el derecho a la vivienda, el derecho a una vida digna y a la integridad personal, o el derecho al disfrute de un lugar

²⁸ Ver DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo histórico y analógico*, cit., pp. 160 y ss.; también DUSSEL, Enrique, “Para una ética de la liberación latinoamericana”, tomo I, Siglo XXI, Buenos Aires, 1973, p. 66; y *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión*, cit., pp. 540 y ss.

—tierra o territorio— que permite las condiciones de existencia mínimas para ser sujetos vivos, actuantes, plurales y diferenciados.

No sólo hay un único sistema de garantías de los Derechos Humanos, sino múltiples. Una cultura multi-garantista de los mismos articulará, de manera complementaria en unos casos y en otros conflictivamente, diversas vías de protección. Por ejemplo: dentro de las disputas por la posesión y la propiedad de la tierra en Brasil, falta un marco legal regulador con acciones y directrices que medien y prevengan los conflictos urbanos sobre tierras, además de lo poco que se ha hecho a nivel de intervención pública. Incluso, a pesar de que el derecho a una vivienda digna está reconocido por el ordenamiento jurídico brasileño (artículo 6 de la Constitución de la República), el poder judicial, en la mayoría de los casos, privilegia la aplicación de la legislación procesal civil para justificar las desocupaciones de áreas conflictivas y con el uso de la fuerza policial.²⁹ Pero gracias a las luchas de la sociedad civil organizada y representada por los movimientos populares y por las ONG's, se han propuesto alternativas para impedir los desahucios y el cumplimiento de órdenes judiciales de desocupación que violaban derechos humanos. En el año 2006 se creó la Plataforma Brasileña de Prevención de Desahucios, gracias a la cual se corrigieron, mediante recomendaciones al estado brasileño, sobre las medidas a seguir para prevenir desahucios en áreas urbanas y rurales de comunidades tradicionales y étnicas.

También la Plataforma Dhesca Brasil, formada por una red de movimientos sociales y ONG's, desde el 2002, fundaba la *Relatoria do Direito humano à Cidade*, cuyo objetivo es visibilizar las violaciones de derechos ocurridos con motivo de conflictos urbanos por la tierra. Y entre otras medidas, resoluciones y organismos generados, en el 2008 se creó por medio de la Resolución n° 50 del Consejo de las Ciudades, la Coordinación de Conflictos por las Tierras Urbanas en el interior de la Secretaría Nacional de Programas Urbanos del Ministerio de las Ciudades. Este órgano tiene como funciones la mediación de conflictos por la tierra, la creación de estructuras regionales de mediación de conflictos y la adopción de medidas de prevención, entre otras. La suma de acciones de la sociedad civil, los movimientos sociales, junto con la colaboración de los organismos estatales, permite paliar y reducir los altos índices de violencia produci-

²⁹ Ver MÜLLER, Cristiano, “Os conflitos fundiários urbanos no Brasil desde uma perspectiva crítica dos direitos humanos”, en *REDHES*, n° 12, 2014, (en prensa).

dos en las zonas rurales y urbanas cuando la policía aplica las medidas de desahucios.³⁰ Las garantías de derechos como el derecho a una vivienda digna o el derecho a un debido proceso legal, junto con la garantía de la seguridad de la posesión, el derecho al acceso a la tierra para los grupos más vulnerables y la función social de la propiedad, se implementan y se hacen efectivas por la acción simultánea de los organismos estatales (en donde la sociedad debe participativamente estar más presente también) y las partes implicadas: la ciudadanía actuante junto con los movimientos sociales que instituyen realidades ante las carencias, las violaciones y las injusticias que experimentan. Si se aúnan los esfuerzos comunes entre el Ministerio Público y la ciudadanía, la efectividad de los sistemas de protección será más alta, sin incurrir ni caer en triunfalismos, pues la lucha es permanente y continua, nunca termina.³¹

Tradicionalmente, las garantías jurídicas suelen asociarse a la dimensión instituida de un poder estatal que recibe la responsabilidad de proteger a sus ciudadanos. Principalmente, por medio de políticas públicas y sentencias judiciales se proporcionan los medios para prevenir y para reparar los efectos negativos por la violación de aquellos derechos reconocidos por las normas jurídicas. El aparato burocrático de la administración de justicia y sus funcionarios se encargan de concretizar los derechos subjetivos constitucionalmente aceptados por los ordenamientos jurídicos. Pero en situaciones de crisis o por motivos ideológicos, el estado por omisión, no lleva a cabo el cumplimiento de la normativa constitucional, incluso a veces, actúa en su contra. El supuesto consenso social a través del cual se manifiesta el poder soberano popular, produce un secuestro de la capacidad de acción popular, al delegar en estas instancias la legitimidad absoluta de proteger derechos que se vacían o se quedan en papel mojado. Al final son los poderes constituyentes oligárquicos los que interpretan el orden jurídico constituido desde sus horizontes de sentido, encriptando la normativa constitucional al llevarla a sus dominios, y debilitando y desle-

³⁰ *Ídem*.

³¹ En este sentido, meritoria, admirable y expresiva es la labor de actuación conjunta de protección de los derechos del MST con los defensores públicos Caio Jesus Granduque, Antônio Machado Neto, André Cadurin Castro, Mário Eduardo Bernardes Spexoto e Leandro Silvestre Rodrigues e Silva, en la unidad de Franca de la Defensoría Pública del Estado de São Paulo. Ver <http://www.apadep.org.br/noticias/defensores-de-franca-em-sao-paulo-obtem-decisao-favoravel-em-favor-movimento-sem-terra-mst/>, consulta hecha el 27 de febrero de 2014.

gitimando al poder constituyente popular y emancipador en su capacidad de lucha por sus derechos.

Por éstas y otras razones, las dimensiones formales, institucionales y doctrinales deben complementarse en todas las esferas sociales, con el ámbito en el cual son los mismos seres humanos quienes también garantizan derechos, a través de las movilizaciones, las actuaciones y las luchas junto con las tramas sociales que los constituyen como sujetos y no como objetos. Cada uno y cada una de nosotros y nosotras, individual y colectivamente, somos quienes podemos o no podemos diariamente construir y reconocer derechos de manera solidaria y recíproca, haciéndolos efectivos con nuestras acciones, bien organizándonos y movilizándonos, bien a través de nuestras acciones individuales. De ahí la clara dimensión política que tienen, además, de la conexión que poseen con la necesidad de que la gente gane poder y lo ejerza emancipadoramente. A todos los niveles y escalas se debe cultivar una cultura que empodere y transfiera poderes a las mayorías populares y subalternizadas.³²

3.3. La cultura y sensibilidad popular por los derechos

Por último, si la ciudadanía o los miembros de las sociedades democráticas no poseen una sensibilidad socio cultural y popular por sus derechos o no los conocen, es difícil que los defiendan. Igual sucede con la cultura jurídica, que también tiene que estar educada y formada desde el imaginario de los Derechos Humanos. Pero no sólo eso, incluso puede haber una difusión de programas de enseñanza, promoción, concientización y formación en las escuelas, en las facultades de derecho y en las universidades, pero utilizando un concepto restrictivo de Derechos Humanos que reproduce el imaginario indolente, anestesiado y pasivo que estamos denunciando. No sólo se trata de educar obligando a los ciudadanos a aprenderse de memoria los artículos de la norma constitucional, sino que más bien, hay que enseñar a partir de una *praxis* acompañada por teorías, que nos conviertan en personas más activas y efectivas a nivel multi-escalar y desde una cultura de Derechos Humanos a tiempo completo y en todo lugar.

³² En esta dirección, conceptos como los que se trabajan por ejemplo en Ecuador y Bolivia a nivel constitucional (demodiversidad, pluralismo jurídico, interculturalidad y plurinacionalidad) ayudan a avanzar en esa línea instituyente del poder popular emancipador que no solo actúa a nivel de consenso sobre la organización y la forma de gobierno de un estado, sino también en la implementación de instancias de garantía de derechos tanto individuales como colectivos.

Se logrará superar el 0.1 % de eficacia jurídica, si todos nos implicamos en hacer y construir Derechos Humanos integralmente en todas las esferas de lo social, utilizando los instrumentos jurídicos y los aparatos judiciales, pero también articulando relaciones de reconocimientos mutuos con las que todos seamos tratados y reconocidos como sujetos con capacidad de producir mundos. Según el tipo de sensibilidad socio-cultural, será mayor o menor el grado de aceptación y el modo como los derechos humanos son asimilados, significados, re-significados y entendidos. Es evidente que cuanto mayor esté extendida una cultura relacional, multi-garantista e inter-escalar sobre derechos humanos, menores serán las demandas que tengan que pasar por los tribunales y mayores serán las instancias de reconocimiento efectivo en lo económico y lo político y lo social. No es lo mismo promocionar y generar Derechos Humanos sólo dentro del ámbito jurídico estatal que hacerlo fuera de él. Tanto jueces y juezas, fiscales y procuradores, abogadas y abogados, padres, madres, hijos, hijas, empresarios/as, agentes de bolsa, profesores/as, médicos, porteros/as, taxistas, jóvenes, ancianos/as, etcétera, tienen mucho que decir en el proceso de construcción y destrucción de derechos. No hay que pensar que sea un hecho consumado la violación de los mismos para que sean protegidos, ni pensar que como no se respetan socialmente y en el ámbito externo del derecho, en el vivir cotidiano, únicamente pueden garantizarse al interior del mundo jurídico y estatal. Por el contrario, en ambos lugares, permanentemente, se hacen y deshacen Derechos Humanos.

4. CONCLUSIONES

Recapitulando, la cultura sobre la que se asienta nuestra defensa de los Derechos Humanos o es mínima o es anestésica o brilla por su ausencia al no potenciar las dimensiones instituyentes y soberanas de los sujetos tanto a nivel de acción jurídica estatal, luchando por hacer efectivos los derechos reconocidos por las normas, como a nivel no jurídico y social a partir de la articulación de relaciones, producciones y mediaciones humanas que concreten los derechos en la fase previa a la violación de los derechos (ámbitos pre-violatorios), con o sin el apoyo de políticas públicas. Se trata de potenciar una cultura de derechos atiempos completo y en todo lugar, que se desarrollen en todos los espacios sociales (íntimo, doméstico, de

producción, de mercado, de ciudadanía, de comunidad, etcétera) con un sistema plural de garantías e inter-escalar, que implemente un conjunto multi-garantista de reconocimiento y protección en todos los niveles, utilizando tanto las instancias estatales como permitiendo el despliegue de actuaciones en instancias no estatales de la sociedad civil, a partir del poder constituyente popular crítico, emancipador y transformador.

Por estas y otras razones se hace crucial destacar y acentuar los límites de la posición predominante de los Derechos Humanos excesivamente normativista, procedimental y formalista. Si no tenemos claro que son nuestras acciones diarias y cotidianas en todos los ámbitos sociales donde nos movemos las que articulan espacios de reconocimiento de dignidad, siempre adoptaremos una postura demasiado delegatoria y pasiva que reproducirá una efectividad circunscrita, mínima y azarosa de Derechos Humanos. Todo ser humano, en lo individual y en lo colectivo, a partir del reconocimiento de las condiciones para la producción, reproducción y el desarrollo de la vida corporal y concreta de cada uno y cada una, por medio del igual acceso a los bienes que proporcionan la satisfacción existencial de sus necesidades, debe tener la posibilidad instituyente y, como sujeto plural y diferenciado, de significar y resignificar la realidad de sus entornos relacionales sin discriminaciones, marginaciones y dominaciones raciales, de clase, sexuales, genéricas, etarias, étnico-culturales y/o por razones de discapacidad psíquica o física.

No se trata solo de incrementar una conciencia y una cultura jurídica de protección, sino, además, potenciar una cultura de derechos humanos en general, integral y que acentúe la dimensión pre-violadora desde donde más se construyen-destruyen y articulan-desarticulan porque, en realidad, somos todos los seres humanos ahí donde nos movemos, quienes, utilizando o no utilizando la vía jurídica, participamos en los procesos de construcción o destrucción de Derechos Humanos, seamos o no seamos juristas, teóricos y/o operadores jurídicos.

ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE EL OTORGAMIENTO DE CRÉDITOS

Patrick STRASSBURGER WEIDMANN

En la actualidad algunas personas y empresas recurren cada vez más a los préstamos o créditos para el cumplimiento de sus objetivos a corto o mediano plazo. Esto se debe a que un crédito permite acceder hoy a lo que, de otra forma llevaría mucho tiempo adquirir. Las condiciones financieras en la actualidad son más atractivas que antes y por ello, el crédito se ha convertido en una herramienta, en muchas ocasiones, necesaria.

En nuestro sistema jurídico, podemos encontrar diversas figuras de financiamiento, tales como el contrato de mutuo, que se encuentra regulado en los ordenamientos civiles locales, así como diversas operaciones de crédito, reguladas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC).

El Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) define al contrato de mutuo¹ como sigue:

Artículo 2384. El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Por su parte, el capítulo IV de la LGTOC denominado “De los créditos”, regula la Apertura de Crédito, las Cartas de Crédito, el Crédito Confirmado, los Créditos de Habilitación o Avío y los Refaccionarios, la prenda y la prenda sin transmisión de posesión. Otras operaciones de crédito reguladas por la mencionada ley son el reporto, el arrendamiento

¹ Sobre este tema puede consultarse RICO ALVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los Contratos Civiles*, México, Porrúa, 2006; o SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 19ª edición, México, Porrúa, 2002.

financiero y el factoraje financiero. En dicha ley también podemos encontrar la emisión de obligaciones y el fideicomiso, por citar sólo algunos actos que conllevan el tema que se pretende abordar.

Generalmente vinculamos las operaciones de financiamiento o crédito con Instituciones de Crédito, es decir, principalmente bancos. Las operaciones bancarias pueden ser pasivas y activas, las primeras consisten, según señala el doctrinario Joaquín Rodríguez Rodríguez, en la aceptación en propiedad de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación, o dicho en otras palabras, en la admisión de capital ajeno para su inversión lucrativa, en las formas previstas por la ley² (las cuales no serán analizadas en el presente trabajo, pues no son el objeto del mismo), y las segundas, tienen la nota común de consistir en concesiones de crédito hechas por el banco, se trata de que éste proporciona dinero a cambio de promesas de restitución.³

¿Qué diferencia existiría entre celebrar un contrato de mutuo u otras figuras? ¿Existen ventajas o desventajas entre estos contratos? ¿Puede cualquier persona otorgar créditos o celebrar las operaciones antes mencionadas, o sólo corresponde a las instituciones de crédito? ¿Qué ordenamientos legales en nuestro país regulan estos temas? ¿Ha cambiado la legislación al respecto?

El presente trabajo busca mostrar un panorama general de las operaciones de otorgamiento de créditos y las personas que pueden llevarlas a cabo, así como de las modificaciones a los ordenamientos legales que se han venido presentando recientemente debido a las necesidades del mercado financiero. La finalidad es meramente expositiva.

En primer lugar, señalaremos los conceptos que la ley establece respecto de estas figuras.

El artículo 291 de la LGTOC establece que:

En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, 27ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 563.

³ *Ibid.*, p. 538.

Se le conoce a la anterior figura como apertura de crédito simple, la cual existe junto con la apertura de crédito en cuenta corriente, de acuerdo con la mención que hace el artículo 298 que se transcribe a continuación:

Artículo 298. La apertura de crédito simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.

Por su parte, con relación a la apertura de crédito en cuenta corriente, el artículo 296 establece:

La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.

Con relación al contrato de cuenta corriente, la LGTOC señala:

Artículo 302. En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible.

Existen diversas formas de aperturas de crédito especiales, tales como:

- i.* Crédito de descuento, que es un contrato de apertura de crédito, en el que el acreditante pone una suma de dinero a disposición del acreditado a cambio de la transmisión de un crédito de vencimiento posterior;
- ii.* Créditos documentarios, que son contratos de apertura de crédito en los que el acreditante se obliga a pagar o bien a aceptar letras a favor de un tercero, por cuenta del acreditado, contra la presentación de ciertos documentos, anexos por regla general a letras documentadas;
- iii.* Anticipos, que son contratos de apertura de crédito en los que el acreditante pone a disposición del acreditado una parte del valor de la garantía prendaria que este le proporciona;
- iv.* Créditos a la producción, que son un grupo de aperturas de crédito que se caracterizan por su destino y por su garantía, pues el acreditado tiene la obligación de invertir el crédito precisamente en la adquisición de las materias o en la atención de los gastos previstos en el contrato, teniendo siempre relación con los procesos productivos, existiendo dos clases,

los refaccionarios y los de habilitación o avío; y v. Créditos al consumo, que son un grupo de aperturas de crédito que se distinguen por su destino específico y por su garantía, principalmente para la adquisición de bienes de consumo duradero, no necesariamente para una empresa, sino para uso particular del acreditado.⁴

Con relación al crédito confirmado, al de habilitación o avío y de los refaccionarios, la referida ley establece:

Artículo 317. El crédito confirmado se otorga como obligación directa del acreditante hacia un tercero; debe constar por escrito y no podrá ser revocado por el que pidió el crédito.

Artículo 321. En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa.

Artículo 323. En virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado, o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado.

Todas éstas, apunta el doctrinario Joaquín Rodríguez Rodríguez son modalidades de la apertura de crédito.⁵ En todas ellas, una persona se obliga a poner a disposición o a dar cierta cantidad de dinero a otra, la cual se compromete a restituir la cantidad que se le entregó directa o indirectamente al cumplir la obligación asumida.

En la apertura de crédito, el acreditado tiene derecho a disponer de la cantidad acordada, mediante uno o varios pagos o exigiendo que se contraigan las obligaciones prometidas.

Cabe mencionar que el acreditado no está obligado a usar el crédito concedido, pero deberá pagar una comisión por la apertura del mismo aunque no lo haya utilizado, si así se pactó.

El acreditado tiene derecho a disponer del crédito a la vista, en el caso de la apertura de crédito simple, una sola vez, sin derecho a hacer reembolsos parciales, pero si hubo algún pacto especial, el crédito podrá ser

⁴ *Ibid.*, pp 588-601.

⁵ *Ibid.*, p. 583.

utilizado mediante sucesivas disposiciones, con derecho para el acreditado de hacer diversos reembolsos, que sería el caso de la apertura de crédito en cuenta corriente. El acreditado puede disponer del crédito mediante cheques, tarjetas de crédito, letras de cambio, pagarés, o cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Por otra parte, con relación a las cartas de crédito, la citada ley establece:

Artículo 311. Las cartas de crédito deberán expedirse en favor de persona determinada y no serán negociables; expresarán una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas; pero comprendidas en un máximo cuyo límite se señalará precisamente.

La carta de crédito tiene diversas ventajas, frente a otros medios. Evita, por ejemplo, el inconveniente del transporte del dinero durante los viajes y supone un pago inmediato en efectivo. Esto podría no siempre conseguirse con los cheques ordinarios, pues generalmente no se admiten en los lugares en donde no es conocido el girador.

Podemos mencionar también el reporto:

Artículo 259. En virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio. El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario.

El reporto se perfecciona por la entrega de los títulos y por su endoso cuando sean nominativos.

Pareciera que se trata de dos contratos de compraventa, sin embargo, la doctrina apunta diferencias importantes entre dichas figuras, por ejemplo, que la compraventa es consensual y el reporto es real, en el reporto el plazo es fundamental, lo cual no sucede en la compraventa, por señalar algunas.

Además de las anteriores operaciones de crédito, la LGTOC regula también otras, como el arrendamiento financiero y el factoraje financiero, entre otras, mismos contratos que se conceptualizan de la siguiente manera:

Artículo 408. Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, el arrendador se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, al arrendatario, quien podrá ser persona física o moral, obligándose este último a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra

el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios que se estipulen, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 410 de esta Ley.

Artículo 419. Por virtud del contrato de factoraje, el factorante conviene con el factorado, quien podrá ser persona física o moral, en adquirir derechos de crédito que este último tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

- I. Que el factorado no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos al factorante; o
- II. Que el factorado quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos al factorante."

De las personas que pueden realizar estas operaciones se hablará más adelante.

Otra manera de financiamiento es la emisión de obligaciones por parte de las sociedades anónimas, las cuales pueden o no ser convertibles en acciones, para lo cual la Ley antes mencionada establece:

Artículo 208. Las sociedades anónimas pueden emitir obligaciones que representen la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora.

Las obligaciones serán bienes muebles aun cuando estén garantizadas con hipoteca.

Artículo 210 Bis. Las sociedades anónimas que pretendan emitir obligaciones convertibles en acciones se sujetarán a los siguientes requisitos:...

Las empresas pueden requerir en determinado momento, por diversas causas, el incremento de su capital, ya sea aportando cada socio mayores cantidades, lo cual puede generar un riesgo, ya sea aumentando el número de socios, para que con su ingreso, estos aporten capital a la sociedad, o bien, obteniendo un crédito colectivo, mediante la emisión de obligaciones.

Lo primero puede tener el inconveniente de admitir personas extrañas a la sociedad, las que en un momento determinado, pueden inclusive desplazar a los socios anteriores, además de que la necesidad de dinero puede ser transitoria, pero la entrada de socios puede prolongarse en el tiempo durante la vida de la sociedad. Por lo anterior, puede resultar conveniente en algunas ocasiones, la emisión de obligaciones para el financiamiento

de la sociedad. La diferencia básica entre el accionista y el obligacionista es que el primero es socio y el segundo acreedor.⁶

Todas estas figuras, resultan de fundamental importancia, toda vez que se realizan en la práctica reiteradamente.

Para garantizar la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones contraídas por la celebración de cualquiera de los actos mencionados con anterioridad, puede recurrirse a la prenda, a la prenda sin transmisión de posesión o al fideicomiso de garantía, entre otras garantías. También puede constituirse hipoteca sobre un inmueble, o hipoteca industrial sobre la unidad completa de una empresa, figuras que por exceder los alcances de la presente investigación, no serán analizadas.

Con relación a los medios de financiamiento antes expuestos, cabe mencionar que sólo pueden otorgar créditos algunas personas. Es importante distinguir entre el otorgamiento habitual de crédito o el que se hace de manera esporádica. Podemos decir que cualquier persona, física o moral de cualquier naturaleza, puede otorgar créditos, en algunos casos, con ciertas limitaciones y de manera ocasional, pero si pretende hacerse de manera habitual, sólo pueden hacerlo, por ejemplo:

- a) Instituciones de crédito;
- b) Sociedades Financieras de Objeto Múltiple;
- c) Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo;
- d) Sociedades Financieras Populares; y
- e) Uniones de Crédito.

La Ley de Instituciones de Crédito (LIC), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, establece que el servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

- I. Instituciones de banca múltiple; y
- II. Instituciones de banca de desarrollo.

Dicha ley prevé en su artículo 46 las operaciones que las instituciones de crédito podrán realizar, dentro de las que se encuentran las operaciones mencionadas con anterioridad. Dicho artículo es limitativo, pues establece que sólo las operaciones señaladas en las fracciones del mismo podrán llevarse a cabo por instituciones de crédito, aunque la última fracción abre la posibilidad de que las referidas instituciones lleven a cabo operaciones

⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, 20ª edición, México, Porrúa, 1980.

análogas o conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Cabe mencionar que existen algunas operaciones que sólo los bancos pueden realizar, pero eso no quiere decir que algunas de las operaciones que se mencionan en dicho artículo no puedan ser llevadas a cabo por otras personas que no sean instituciones de crédito, tales como el otorgamiento de crédito.

Por su parte, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del crédito (LGOAAC) publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, establece actualmente la posibilidad de que las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple lleven a cabo el otorgamiento de créditos, así como la celebración de arrendamiento financiero o factoraje financiero en forma habitual y profesional sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal, pero, derivado de la llamada “Reforma Financiera de 2014”,⁷ solamente se considerará como sociedad financiera de objeto múltiple a la sociedad anónima que cuente con un registro vigente ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Esta ley ha sido objeto de diversas reformas, entre las cuales destaca la que corresponde al Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2006, en la cual sus disposiciones, de conformidad con el primer párrafo del artículo Tercero Transitorio del mismo, entraron en vigor a partir del 18 de julio de 2013 (“a los siete años de la publicación” del Decreto señalado), reformándose y derogándose una serie de artículos importantes.

Dentro de dichas disposiciones se encontraban reguladas las empresas de factoraje y de arrendamiento financiero, mismas que dejaron de existir.

Mediante dicho decreto del 18 de julio de 2006, se adicionaron, modificaron y derogaron diversas disposiciones de la LGTOC, de la LIC, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR), de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA), y del Código Fiscal de la Federación (CFF), entre otras.

El objetivo principal de la reforma era el de promover el crecimiento de las intermediarias financieras y ampliar sus operaciones activas a diversos sectores, eliminando la autorización y la regulación por parte de las auto-

ridades financieras, logrando así, una mayor facilidad y accesibilidad para la obtención de créditos.

A través de esta reforma, las arrendadoras financieras y las empresas de factoraje financiero, dejaron de ser consideradas como Organizaciones Auxiliares de Crédito, pasando a ser consideradas como “Actividades Auxiliares de Crédito”.

La base principal de esta reforma era principalmente la modificación que se dio a los artículos 2º y 103 de la LIC, pues se permitió desde ese momento que cualquier empresa mercantil pudiera obtener fondos de la banca regulada, así como del mercado de valores y poder estar en condiciones de otorgar créditos, sin causar ningún riesgo para el sector financiero, ya que dichas empresas no captan depósitos del público y no están conectadas al sistema de pagos.

Por lo anterior, se consideró que ya no existía motivo alguno para mantener la regulación de las autoridades financieras a empresas de factoraje, arrendadoras financieras y a las sociedades financieras de objeto limitado (SOFOL). Estas últimas se comenzaron a regular a partir del año de 1993 en la Ley de Instituciones de Crédito, como instituciones financieras autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, reglamentadas por el Banco de México y supervisadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, las cuales tenían por objeto el otorgamiento de créditos o financiamiento para la planeación, adquisición, desarrollo o construcción, enajenación y administración de todo tipo de bienes muebles e inmuebles, a sectores o actividades específicos, atendiendo a aquellos sectores que no habían tenido acceso a los créditos ofrecidos por los intermediarios financieros tradicionales, como los bancos.

En los artículos transitorios de la reforma de 2006 antes mencionada se estableció que a partir de su entrada en vigor, las operaciones de arrendamiento financiero y factoraje financiero no se considerarían reservadas para las arrendadoras financieras y empresas de factoraje financiero, ni el otorgamiento habitual de créditos a sociedades financieras de objeto limitado, por lo que cualquier persona podría celebrarlas en su carácter de arrendador, factorante o acreditante, respectivamente, sin contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público referida en el artículo 5 de la LGOAAC, bajo el esquema de una nueva figura jurídica denominada sociedad financiera de objeto múltiple (SOFOM).

⁷ Reforma que se publicó el 10 de enero de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación* en la que se modificaron 34 ordenamientos jurídicos.

Las sociedades financieras de objeto limitado podrían seguir actuando con el carácter de fiduciarias en los fideicomisos a los que se refiere el artículo 395 de la LGTOC hasta que quedaran sin efectos las autorizaciones que les haya otorgado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en términos de la fracción IV del artículo 103 de la LIC, salvo que adoptaran la modalidad de sociedad financiera de objeto múltiple, en cuyo caso podrían continuar en el desempeño de su encomienda fiduciaria.

El artículo segundo transitorio de dicha reforma señala que las personas que, a partir de la fecha de entrada en vigor de las disposiciones correspondientes, realizaran operaciones de arrendamiento financiero y factoraje financiero, en su carácter de arrendador o factorante, respectivamente, sin contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público referida en el artículo 5 de la LGOAAC, se sujetarían a las disposiciones aplicables a dichas operaciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. A dichas personas no les sería ya aplicable el régimen que la LGOAAC prevé para las arrendadoras financieras y empresas de factoraje, pues en con dicha reforma se eliminaron dichas figuras.

Asimismo, se establece en dichos artículos transitorios que en los contratos de arrendamiento financiero y factoraje financiero que celebraran dichas personas se debía señalar expresamente que no cuentan con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público prevista en el artículo 5 de la LGOAAC y que, excepto tratándose de sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, no están sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Igual mención debía señalarse en cualquier tipo de información que, con fines de promoción de sus servicios, utilizaran las personas señaladas.

A partir de la fecha en que entraron en vigor las reformas y derogaciones señaladas en dicho decreto, las autorizaciones que hubiera otorgado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la constitución y operación de arrendadoras financieras y empresas de factoraje financiero quedaron sin efecto por ministerio de ley, por lo que las sociedades que tuvieran dicho carácter dejaron de ser organizaciones auxiliares del crédito.

Copio de los artículos transitorios de dicho decreto, para efectos de mayor claridad, en su parte conducente lo que sigue:

...Las sociedades señaladas en el párrafo anterior no estarán obligadas a disolverse y liquidarse por el hecho de que, conforme a lo dispuesto por el párrafo anterior,

queden sin efecto las autorizaciones respectivas, aunque, para que puedan continuar operando, deberán:

- I. Reformar sus estatutos sociales a efecto de eliminar cualquier referencia expresa o de la cual se pueda inferir que son organizaciones auxiliares del crédito y que se encuentran autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para constituirse y funcionar con tal carácter.
- II. Presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a más tardar en la fecha en que entren en vigor las reformas y derogaciones señalada en el primer párrafo de este artículo, el instrumento público en el que conste la reforma estatutaria referida en la fracción anterior, con los datos de la respectiva inscripción en el Registro Público de Comercio.

Las sociedades que no cumplan con lo dispuesto por la fracción II anterior entrarán, por ministerio de ley, en estado de disolución y liquidación, sin necesidad de acuerdo de asamblea general de accionistas. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con independencia de que se cumpla o no con los requisitos señalados en las fracciones anteriores, publicará en el Diario Oficial de la Federación que las autorizaciones a que se refiere este artículo han quedado sin efecto.

La entrada en vigor de las reformas y derogación a que este artículo transitorio se refiere no afectará la existencia y validez de los contratos que, con anterioridad a la misma, hayan suscrito aquellas sociedades que tenían el carácter de arrendadoras financieras y empresas de factoraje financiero, ni será causa de ratificación o convalidación de esos contratos. Sin perjuicio de lo anterior, a partir de la entrada en vigor señalada en este artículo, los contratos de arrendamiento y factoraje financiero a que se refiere este párrafo se registrarán por las disposiciones correlativas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En los contratos de arrendamiento financiero y factoraje financiero que las sociedades celebren con posterioridad a la fecha en que, conforme a lo dispuesto por este artículo, queden sin efecto las respectivas autorizaciones que les haya otorgado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aquellas deberán señalar expresamente que no cuentan con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que, excepto tratándose de sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, no están sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Igual mención deberá señalarse en cualquier tipo de información que, con fines de promoción de sus servicios, utilicen las sociedades señaladas...

Las arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero y sociedades financieras de objeto limitado que, antes de la fecha en que se cumplan siete años de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, pretendan celebrar operaciones de arrendamiento financiero, factoraje financiero y otorgamiento de crédito sin sujetarse al régimen de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley de Instituciones de Crédito que, según sea el caso, les sean aplicables, deberán:

- I. Acordar en asamblea de accionistas que las operaciones de arrendamiento financiero, factoraje financiero y crédito que realicen dichas sociedades con el carácter de arrendador, factorante o acreditante se sujetarán al régimen de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y, en su caso, al de sociedades financieras de objeto múltiple previsto en la General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito;
- II. Reformar sus estatutos sociales, a efecto de eliminar, según corresponda, cualquier referencia expresa o de la cual se pueda inferir que son organizaciones auxiliares del crédito o sociedades financieras de objeto limitado; que se encuentran autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; que, excepto que se ubiquen en el supuesto del penúltimo párrafo del artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, están sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y que su organización, funcionamiento y operación se rigen por dicha Ley o por la Ley de Instituciones de Crédito; y
- III. Presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el instrumento público en el que conste la celebración de la asamblea de accionistas señalada en la fracción I y la reforma estatutaria referida en la fracción II anterior, con los datos de la respectiva inscripción en el Registro Público de Comercio.

La autorización que haya otorgado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, según corresponda, para la constitución, operación, organización y funcionamiento de la arrendadora financiera, empresa de factoraje financiero o sociedad financiera de objeto limitado de que se trate, quedará sin efecto a partir del día siguiente a la fecha en que se inscriba en el Registro Público de Comercio la reforma estatutaria señalada en la fracción II de este artículo, sin que, por ello, la sociedad deba entrar en estado de disolución y liquidación. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicará en el Diario Oficial de la Federación que la autorización ha quedado sin efecto...

En tanto las autorizaciones otorgadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no queden sin efecto o sean revocadas, las arrendadoras financieras, empresas de factoraje y sociedades financieras de objeto limitado seguirán, según corresponda, sujetas al régimen de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de la Ley de Instituciones de Crédito y demás disposiciones que conforme a las mismas les resulten aplicables, así como a las demás que emitan la citada Secretaría para preservar la liquidez, solvencia y estabilidad de las entidades señaladas...

Al haberse cumplido el plazo establecido en los artículos transitorios en el pasado mes julio de 2013, las disposiciones antes mencionadas dejaron de tener aplicación y la reforma surtió plenos efectos.

Las sociedades financieras de objeto múltiple se reputarán entidades financieras, que podrán ser sociedades financieras de objeto múltiple reguladas o sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas.

Resulta importante mencionar también, que a partir de la llamada "Reforma Financiera de 2014", actualmente las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas son aquellas que mantengan vínculos patrimoniales con instituciones de crédito, sociedades financieras populares con Niveles de Operación I a IV, sociedades financieras comunitarias con Niveles de Operación I a IV o con sociedades cooperativas de ahorro y préstamo con Niveles de Operación I a IV; aquellas que emitan valores de deuda a su cargo, inscritos en el Registro Nacional de Valores conforme a la Ley del Mercado de Valores (LMV); y aquellas que obtengan la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en términos del artículo 87-C Bis 1 de la LGOAAC, para ajustarse al régimen de entidad regulada, que no se sitúen en alguno de los demás supuestos señalados en la misma; y estarán sujetas a la supervisión y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la referida Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Dicha ley, además establece que se considerarán sociedades financieras de objeto múltiple reguladas aquéllas que emitan valores de deuda a su cargo, inscritos en el Registro Nacional de Valores conforme a la LMV, o bien, tratándose de títulos fiduciarios igualmente inscritos en el citado Registro, cuando el cumplimiento de las obligaciones en relación con los títulos que se emitan al amparo del fideicomiso dependan total o parcialmente de dicha sociedad, actuando como fideicomitente, cedente o administrador del patrimonio fideicomitado, o como garante o avalista de los referidos títulos.

Las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas serán aquellas que no se ubiquen en los supuestos anteriores.

Las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas y no reguladas, deberán proporcionar la información o documentación que les requieran en el ámbito de su competencia la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el Banco de México y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, dentro de los plazos que tales autoridades señalen.

Las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas deberán proporcionar también a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la información agregada que ésta les requiera con fines estadísticos.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y el Banco de México, en ejercicio de sus atribuciones de supervisión, inspección y vigilancia, pueden imponer multas de doscientos a dos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en la fecha de la infracción, a las referidas sociedades, cuando éstas se abstengan de proporcionar la información o documentación que cada autoridad les requiera, en los plazos que se determinen, o bien, cuando la presenten de manera incorrecta o de forma extemporánea.

Las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas estarán sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 56 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, para lo cual, la mencionada Comisión tomará como base la información a que se refiere el artículo 87-K de la misma Ley.

El artículo 87-C Bis 1 de la referida LGOAAC establece que las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas que voluntariamente pretendan ser consideradas entidades reguladas, deberán satisfacer los siguientes requisitos: *a)* Que su capital social suscrito y pagado, sin derecho a retiro, así como su capital contable, sea cuando menos equivalente en moneda nacional a 2,588,000 unidades de inversión; *b)* Que mantengan, cuando menos, tres años continuos de operación como sociedad financiera de objeto múltiple previos a la solicitud referida en el inciso *d)* siguiente y acrediten que durante dicho periodo el 70% de sus ingresos provienen de las actividades que constituyen su objeto social principal en términos de esta Ley; *c)* Los demás que se establezcan mediante disposiciones de carácter general, y *d)* Formular solicitud de aprobación ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

A partir de la reforma antes mencionada de 2014, todas las sociedades financieras de objeto múltiple deben obtener, previo a su constitución, su alta en el registro ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Derivado de las diversas reformas que ha sufrido la ley antes mencionada, actualmente considera organizaciones auxiliares del crédito sólo a los almacenes generales de depósito y considera actividades auxiliares del crédito: I. La compra-venta habitual y profesional de divisas; II. La realización habitual y profesional de operaciones de crédito, arrendamiento financiero o factoraje financiero; y III. La transmisión de fondos.

Es interesante analizar la manera en que la realidad que se vive en nuestro país y los cambios en la economía, van marcando nuevas tendencias y por lo tanto se han hecho necesarias las diversas reformas que hemos analizado.

Ahora bien, por otra parte, podemos encontrar también disposiciones que señalan la posibilidad de que las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo otorguen créditos a sus socios, bajo ciertas condiciones. Es claro entonces que no sólo las instituciones de crédito tienen la posibilidad de otorgar créditos. En la actualidad, el mercado mismo ha permitido dicha posibilidad a diversas entidades jurídicas, cumpliendo algunos requisitos establecidos en las leyes aplicables.

Con relación a sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, resulta fundamental hacer una breve exposición de los antecedentes de dichas sociedades.

En México, la regulación jurídica de las Sociedades Cooperativas nace por primera vez en el Código de Comercio (COCOM). En 1927 aparece la Ley General de Sociedades Cooperativas, por lo que las disposiciones del COCOM fueron derogadas. Posteriormente aparece en 1938 una nueva Ley General de Sociedades Cooperativas con su respectivo Reglamento y más tarde, mediante un decreto del 3 de agosto de mil 1994, se publica la Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC) vigente hasta la fecha, misma que ha sido objeto de diversas reformas, de las cuales para efectos del presente análisis resulta importante destacar las siguientes: *i.* Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de junio de 2001 se expide la Ley de Ahorro y Crédito Popular (LGACP) y se reforman y derogan diversas disposiciones de la LGOAAC y de la LGSC, suprimiéndose disposiciones en materia de ahorro y crédito popular de la LGOAAC y modificándose artículos relacionados en la LGSC, en virtud de la creación de la LACP; *ii.* Mediante decreto del 13 de agosto de 2009 se expide la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (LRASCAP) y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LGSC, de la LACP, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la LIC, principalmente creándose una ley especial en materia de actividades que desarrollan este tipo de sociedades y regulándose los Organismos Cooperativos de las mismas.

Resulta importante mencionar que, con relación a las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, que son sociedades cooperativas especia-

les, tienen relación los siguientes ordenamientos: *i.* Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), que a partir de una reforma del 4 de junio de 2001, se aplica como legislación supletoria en materia de sociedades cooperativas las disposiciones de la misma; *ii.* La citada LGOAAC, en la cual a partir del 27 de diciembre de 1991 se regulan las Sociedades de Ahorro y Préstamo en los artículos 38-A a 38-Q, que tienen características de una sociedad cooperativa, sin que formalmente lo sean;⁸ *iii.* En 2009 dejaron de estar reguladas en LACP las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, para regularse en la LRASCAP. Actualmente en la Ley de Ahorro y Crédito Popular sólo se regulan la Sociedad Financiera Popular y las Sociedades Financieras Comunitarias, las cuales se comentarán brevemente más adelante.

Se ha discutido si se trata de sociedad mercantil o no. Existen muchos más argumentos para considerar que la sociedad cooperativa sí es una sociedad mercantil: *i.* Se reguló en COCOM; *ii.* Se menciona en la LGSM; *iii.* La propia LGSM señala que se registrará por su legislación especial; *iv.* Carácter federal, por lo que no podría considerar una sociedad civil (De acuerdo con el art. 73 de la Constitución); *v.* Se inscriben en el Registro Público de Comercio. Como argumentos contrarios se señalaban por ejemplo: *i.* Que la Ley anterior establecía como condición para la constitución de este tipo de sociedades “no perseguir fines de lucro”; *ii.* Su registro era en el Registro Cooperativo Nacional de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Actualmente esto está superado.

En cuanto al marco jurídico actual, la LGSM establece:

Artículo 1o. Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:...

VI. Sociedad cooperativa.

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrá constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta Ley...

CAPITULO VII

De la sociedad cooperativa

Artículo 212. Las sociedades cooperativas se registrarán por su legislación especial.

Por su parte, la LGSC, con relación al tema que nos ocupa, señala entre otras ideas, lo siguiente:

Artículo 2. La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Artículo 33. Las Sociedades Cooperativas que tengan por objeto realizar actividades de ahorro y préstamo se registrarán por esta Ley, así como por lo dispuesto por la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo.

Se entenderá como ahorro, la captación de recursos a través de depósitos de ahorro de dinero de sus Socios; y como préstamo, la colocación y entrega de los recursos captados entre sus mismos Socios.

Artículo 33 Bis. Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo se constituirán con un mínimo de 25 Socios.

Artículo 33 Bis 1. Las bases constitutivas de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, además de lo dispuesto en el Artículo 16 de esta Ley, deberán establecer lo siguiente:

- I. El procedimiento para la elección de consejeros y designación de funcionarios de primer nivel;
- II. Los requisitos que deberán cumplir las personas que sean electas como consejeros y los designados como funcionarios;
- III. Las obligaciones de los consejeros, así como lo relativo a las obligaciones de los funcionarios de primer nivel;
- IV. Los lineamientos y objetivos generales de los programas de capacitación que se impartirán a las personas electas como consejeros y designadas como funcionarios; tomando en cuenta la complejidad de las operaciones y la región en la que opera la Sociedad Cooperativa de Ahorro y Préstamo; y
- V. En su caso, la zona geográfica en la que operarían.

Artículo 33 Bis 2. Los términos caja, caja popular, caja cooperativa, caja de ahorro, caja solidaria, caja comunitaria, cooperativa de ahorro y crédito, cooperativa de ahorro y préstamo u otras que expresen ideas semejantes en cualquier idioma, que permita suponer la realización de actividades de ahorro y préstamo, sólo podrán ser usadas en la denominación de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, o en sus organismos cooperativos, ya sea como palabras simples o como parte de palabras compuestas.

⁸ Doctrinalmente se discute este tema, pues se le pretendió dar una regulación a las cajas de ahorro que de manera informal venían operando y se incluyeron en esta Ley. Dichas sociedades fueron derogadas de esta Ley el 4 de junio de 2001 para regularse en Ley de Ahorro y Crédito Popular.

Las cajas de ahorro a que hace mención la legislación laboral, no estarán sujetas a las disposiciones de esta Ley.

Artículo 33 Bis 3. Únicamente las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo podrán realizar operaciones que impliquen captación y colocación de recursos en los términos establecidos en esta Ley y en la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, por lo que queda prohibido a las Sociedades Cooperativas de Producción y de Consumidores constituir secciones de ahorro y préstamo...

La Ley General de Sociedades Cooperativas prevé una serie de reglas especiales para las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo.

Las actividades de dichas sociedades se encuentran reguladas, como ha quedado dicho en la LRASCAP. De dicha ley resulta importante destacar, que la misma establece que las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo son integrantes del sector social de la economía, y tiene por objeto el que se transcribe del artículo 1º en su parte conducente a continuación:

- I. Regular, promover y facilitar la captación de fondos o recursos monetarios y su colocación mediante préstamos, créditos u otras operaciones por parte de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con sus Socios;
- II. Regular, promover y facilitar las actividades y operaciones de estas últimas, su sano y equilibrado desarrollo;
- III. Proteger los intereses de los Socios ahorradores, y
- IV. Establecer los términos en que el Estado ejercerá las facultades de supervisión, regulación y sanción, en términos de la presente Ley.

Estas sociedades están sujetas a un registro especial de Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, el cual es público y en él se deben inscribir los datos a que se refiere el Artículo 9 de la ley. El registro se lleva mediante la asignación de folios electrónicos para cada Sociedad Cooperativa de Ahorro y Préstamo.

Las operaciones que pueden llevar a cabo este tipo de sociedades, dependen del nivel de operación que tenga la sociedad, el cual se determina a su vez por el importe del capital social con el que se constituya. Los niveles de operaciones pueden ser básico y del I a IV.

Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo cuyo monto total de activos no rebase el límite equivalente en moneda nacional a 2'500,000 UDIS contarán con un nivel de operaciones básico y no requerirán de la

autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para realizar operaciones de ahorro y préstamo.

Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con Niveles de Operación del I al IV estarán sujetas a la supervisión auxiliar del Comité de Supervisión Auxiliar, que es el órgano del Fondo de Protección encargado de ejercer la supervisión auxiliar de las Sociedades, en los términos de la ley. Asimismo, dichas sociedades están sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Corresponde a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores expedir las disposiciones de carácter general que establezcan los criterios para asignar los Niveles de Operación del I al IV de cada Sociedad Cooperativa de Ahorro y Préstamo, las cuales deben considerar el monto de activos, de conformidad con los límites siguientes:

- a) Nivel de Operaciones I: Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con un monto de activos totales iguales o inferiores a 10 millones de UDIS.
- b) Nivel de Operaciones II: Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con un monto de activos totales superiores a 10 millones e iguales o inferiores a 50 millones de UDIS.
- c) Nivel de Operaciones III: Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con un monto de activos totales superiores a 50 millones e iguales o inferiores a 250 millones de UDIS.
- d) Nivel de Operaciones IV: Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con un monto de activos totales superiores a 250 millones de UDIS.

Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, dependiendo del nivel de operaciones que les corresponda, podrán realizar las operaciones que la ley, en los artículos 14 y 19 establece. Entre más alto el nivel de operaciones, mayor el número de actividades y operaciones.

Por otra parte, resulta importante mencionar también a las sociedades reguladas en la Ley de Ahorro y Crédito Popular (LACP).

La ley tiene por objeto el siguiente:

Artículo 1o. La presente Ley es de orden público, de interés social y observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto lo siguiente:

- I. Regular, promover y facilitar la captación de fondos o recursos monetarios y su colocación mediante préstamos o créditos u otras operaciones por parte de las Sociedades Financieras Populares, Sociedades Financieras Comunitarias; así como, los Organismos de Integración Financiera Rural;
- II. Regular, promover y facilitar las actividades y operaciones de estas últimas, su sano y equilibrado desarrollo;
- III. Proteger los intereses de sus Clientes; y
- IV. Establecer los términos en los que el Estado ejercerá la rectoría de las referidas Sociedades Financieras Populares en términos de la presente Ley.

Las sociedades que dicha ley regula son las Sociedades Financieras Populares y las Sociedades Financieras Comunitarias.

Al igual que en la LRASCAP las operaciones que pueden llevar a cabo este tipo de sociedades, dependen del nivel de operación que tenga la sociedad, el cual se determina a su vez por el importe del capital social con el que se constituya. Los niveles de operaciones pueden ser los siguientes:

Para las Sociedades Financieras Populares:

- a) Nivel de Operaciones I: Sociedades Financieras Populares con un monto de activos totales iguales o inferiores a 15 millones de UDIS;
- b) Nivel de Operaciones II: Sociedades Financieras Populares con un monto de activos totales superiores a 15 millones e iguales o inferiores a 50 millones de UDIS;
- c) Nivel de Operaciones III: Sociedades Financieras Populares con un monto de activos totales superiores a 50 millones e iguales o inferiores a 280 millones de UDIS, y
- d) Nivel de Operaciones IV: Sociedades Financieras Populares con un monto de activos totales superiores a 280 millones de UDIS.

Para las Sociedades Financieras Comunitarias:

Artículo 46 Bis 9. Las Sociedades Financieras Comunitarias cuyo monto total de activos no rebase el límite equivalente en moneda nacional a 2'500,000 de UDIS, contarán con un nivel de operaciones básico y no requerirán de la autorización de la Comisión para desarrollar las operaciones propias de su objeto. Estas sociedades sólo podrán operar con Socios...

Artículo 46 Bis 16. En todo caso, a las Sociedades Financieras Comunitarias con Niveles de Operación I a IV, les será aplicable lo señalado en el Artículo 46 Bis de esta Ley.

Es conveniente mencionar también a las Uniones de Crédito. Estas entidades estaban reguladas en la LGOAAC, actualmente existe una Ley de Uniones de Crédito (LUC), la cual fue promulgada en el mes de agosto del año 2008.

Las Uniones de Crédito son instituciones financieras reguladas organizadas como sociedades anónimas, que se encuentran bajo la supervisión y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, constituidas con el fin de ofrecer acceso al financiamiento a sus socios. Ofrecen también condiciones favorables para ahorrar, recibir préstamos y servicios financieros. Están autorizadas para realizar operaciones exclusivamente con sus socios, y para ser socio se debe cumplir con los requisitos establecidos en la LUC y adquirir determinado número de acciones.

Existen uniones de crédito de diferentes sectores: pescadores, ganaderos, industriales, campesinos, comerciantes, por ejemplo.⁹

La LUC, como sucede con las figuras antes vistas, establece niveles de operación, que se determinan a su vez por el importe del capital social con el que se constituya:

Artículo 18. El capital mínimo suscrito y pagado para las uniones será determinado de acuerdo con el nivel de operaciones que tenga asignado, conforme a lo siguiente:

- I. Para las uniones con nivel de operaciones I, deberá ser el equivalente en moneda nacional al valor de 2,000,000 de unidades de inversión;
- II. Para las uniones con nivel de operaciones II, deberá ser el equivalente en moneda nacional al valor de 3,000,000 de unidades de inversión, y
- III. Para las uniones con nivel de operaciones III, deberá ser el equivalente en moneda nacional al valor de 5,000,000 de unidades de inversión.

Por último, con relación al tema de estudio, no puede dejar de mencionarse la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002, la cual también ha sido objeto de reformas.

⁹ <http://www.condusef.gob.mx>

Esta ley, como su nombre lo dice, tiene por objeto regular las actividades y servicios financieros para el otorgamiento de "Crédito Garantizado", para la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento destinado a la vivienda con la finalidad de asegurar la transparencia en su otorgamiento y fomentar la competencia.

Es importante mencionar que esta ley, no sólo va dirigida a las instituciones de crédito, sino a las empresas mercantiles, que directamente o a través de cualquier figura jurídica se dediquen habitualmente al otorgamiento de "Crédito Garantizado", entendiéndose por este, el crédito que otorgan las entidades con garantía real, ya sea a través de hipoteca, prenda, caución bursátil, fideicomiso de garantía o de cualquier otra forma, destinado a la adquisición, construcción, remodelación o refinanciamiento relativo a bienes inmuebles.

El contenido de la ley ha sido muy criticado, pues no logra tener la aplicación deseada y que en otros países, como España, sí se ha logrado.

La ley establece, por ejemplo, que las entidades están obligadas a extender sin costo alguno, una "oferta vinculante" a petición del solicitante y con base en la información que de buena fe declare éste, sin requerir la presentación de los documentos que soporten dicha información. En países como España esto último sí tiene sentido y aplicación, pues la "oferta vinculante" es obligatoria, no como sucede en nuestro país, en el que sólo debe entregarse cuando el cliente la solicite.

Existen otros muchos puntos relevantes plasmados en dicha ley, como cuestiones de información previa que debe proporcionarse al cliente, requisitos y reglas sobre avalúos, obligaciones y prohibiciones de los valuadores profesionales y de las unidades de valuación, la figura de la subrogación, el costo anual total, tasas de interés y de referencia, entre otros.

A pesar de resultar interesante el estudio de este ordenamiento, por exceder los límites del presente estudio, no será analizado el contenido del mismo.¹⁰

Todos los temas e ideas que han quedado plasmados en el presente estudio, resultan ser sin duda temas muy interesantes y, en algunos casos, muy debatidos, por lo reciente de las reformas que se han venido presen-

tando. Todas y cada una de las ideas contenidas en este trabajo, merecen ser abordadas y tratadas de manera independiente por lo atractivo y extenso que resulta su análisis. Con el presente trabajo se buscó presentar un panorama general de las operaciones de otorgamiento de créditos y las personas que pueden llevarlas a cabo, así como de las modificaciones a los ordenamientos legales que se han venido presentando, dejando el análisis individual y más a fondo de cada una de las instituciones mencionadas en el cuerpo del presente, para futuras ocasiones.

El presente estudio es un primer acercamiento a los aspectos jurídicos del otorgamiento de créditos garantizados en México, con el fin de proporcionar una visión general de las operaciones de otorgamiento de créditos garantizados y de las modificaciones a los ordenamientos legales que se han venido presentando, dejando el análisis individual y más a fondo de cada una de las instituciones mencionadas en el cuerpo del presente, para futuras ocasiones.

Este estudio es un primer acercamiento a los aspectos jurídicos del otorgamiento de créditos garantizados en México, con el fin de proporcionar una visión general de las operaciones de otorgamiento de créditos garantizados y de las modificaciones a los ordenamientos legales que se han venido presentando, dejando el análisis individual y más a fondo de cada una de las instituciones mencionadas en el cuerpo del presente, para futuras ocasiones.

Este estudio es un primer acercamiento a los aspectos jurídicos del otorgamiento de créditos garantizados en México, con el fin de proporcionar una visión general de las operaciones de otorgamiento de créditos garantizados y de las modificaciones a los ordenamientos legales que se han venido presentando, dejando el análisis individual y más a fondo de cada una de las instituciones mencionadas en el cuerpo del presente, para futuras ocasiones.

Este estudio es un primer acercamiento a los aspectos jurídicos del otorgamiento de créditos garantizados en México, con el fin de proporcionar una visión general de las operaciones de otorgamiento de créditos garantizados y de las modificaciones a los ordenamientos legales que se han venido presentando, dejando el análisis individual y más a fondo de cada una de las instituciones mencionadas en el cuerpo del presente, para futuras ocasiones.

¹⁰ Sobre este tema puede consultarse selecta bibliografía especializada, verbigracia: PULLIAM ABURTO, Erick Salvador, "Bancos y demás entidades financieras Obligaciones en el Otorgamiento de Créditos, Reformas y Reglas Administrativas de 2003", Colección de Temas Jurídicas en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Porrúa, México, 2004.

ALGUNAS NOTAS SOBRE JOSÉ MARÍA LUIS MORA ENTRE 1794 Y 1824

Mario A. TÉLLEZ G.¹
Antonio ENRÍQUEZ S.²

SOBRIA Y SOMBRÍA FIGURA

“Poco prometedor es la tarea de animar tan sobria figura removiendo los escasos datos de [sus] años anteriores” señaló Andrés Lira hace unos años refiriéndose a los primeros y, sin embargo, decisivos años del teólogo liberal José María Luis Mora.³ Esta observación apuntaba al problema con el que los estudiosos del doctor Mora se topan a la hora de intentar biografiarlo: sus primeros años, previos a su actuación pública, constituyen la parte sombría de su trayectoria. Sin duda, dos razones fundan, pero no terminan de justificar el vacío. Por un lado, las pocas evidencias documentales que se han encontrado sobre esos años; acaso, la más importante. Por el otro, sus “mejores años”, los más conocidos y reconocidos por sus acciones como hombre público inmerso en la vida nacional, despiertan más interés entre los estudiosos.

Indudable, ¿quién que haya abordado al personaje no lo ha pensado en términos intelectuales? ¿Quién ha pasado por alto su actuación política que comenzó en la década de los veinte del siglo XIX? ¿Quién ha ignorado su participación en la administración liberal de 1833-1834? ¿Quién no lo ha recordado como el hombre exiliado en Europa o como el historiador, el periodista o el diplomático buscando apoyo entre las naciones europeas

¹ Profesor investigador definitivo de la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Cuajimalpa.

² Integrante del proyecto “Fuentes histórico jurídicas mexicanas” desarrollado en UAM Unidad Cuajimalpa.

³ LIRA GONZÁLEZ, Andrés, “Prólogo a la segunda edición” en *José María Luis Mora, Obras completas*, volumen 1, Obra política, p. 19.

para la causa mexicana, en guerra con los Estados Unidos? Y sin embargo sus años como teólogo pasan velozmente entre las plumas de quienes han escrito sobre él.

La intención de estas líneas es acercarnos un poco al hombre desconocido e ignorado de esos primeros tiempos; intentar restituir aquellos años sombríos y encontrar el lapso que sirve como puente entre el Mora teólogo enclaustrado en San Ildefonso y el liberal irredento de los años posteriores.

A decir de Lira, José María Luis Mora es una figura sobria, porque su severidad y reserva no dejan lugar a su recóndita vida privada.⁴ Y es que el “campeón del anticlericalismo” o el “teólogo liberal”,⁵ como le han llamado, oscila entre la luz pública y la sombra, entre el recuerdo de sus contemporáneos y el olvido de los extraños a su tiempo y entre el reconocimiento y el descrédito de sus coetáneos y ajenos a su época.

El ideólogo de la Prerreforma goza de un sitio de respeto e influencia entre los suyos alcanzado el medio siglo, pero más tarde parece eclipsarlo una nueva generación, la de la Reforma, a la que no sobrevive y que logra concretar sus ideas reformistas. A la hora de las comparaciones resulta que los historiadores le dedican más atención en detrimento de los prerreformistas de 1833-1834.⁶ Mora vive enclaustrado en San Ildefonso, bajo la sombra de la Iglesia, pero más adelante sale a la luz cuando se convierte en el hombre público y anticlerical; le corresponde a él ser el arquitecto de la primera reforma liberal del país en tiempos de la administración de Valentín Gómez Farías, pero su constructor tras bambalinas.⁷ Mora fue el

⁴ *Idem.*

⁵ Las expresiones proceden, respectivamente, de HALE, Charles, *El liberalismo mexicano en la época de Mora (1821-1853)*, p. 74; y KRAUZE, Enrique, *Siglo de caudillos. Biografía política de México (1810-1910)*, Colección Andanzas, número 207, p. 146.

⁶ La tendencia la inicia Justo Sierra quien advierte una estrecha relación entre la Independencia y la Reforma, pues la primera emancipa a México de España y la segunda del régimen colonial de aquella. Sierra ve entre uno y otro proceso un periodo de “anarquía” (identificado por otros como la “era de Santa Anna”), si bien marcado por algunos intentos de reforma. Mora es, pues, desde finales del siglo XIX, hombre del periodo menos estudiado de la historia mexicana y sin embargo precursor de los acontecimientos venideros cuando tiene lugar la Reforma liberal de Juárez y su generación. HALE, *op. cit.*, pp. 6 y 11.

⁷ Tácitamente Mora es el autor intelectual de las reformas desplegadas entre 1833 y 1834, el ideólogo, como el mismo se consideró, y no el promotor, como se le quiso reconocer. Y en efecto, Mora jamás figuró en el gabinete de Gómez Farías, fue más bien una especie de consejero no nombrado, sin embargo, “fue el arquitecto principal de los cambios” promovidos por la “Revolución de 1833”, la fuente de inspiración de Gómez Farías cuando atacó, por primera vez, los privilegios corporativos del clero y la milicia, el reformador, pues, tras bambalinas. LIRA, Andrés, *Espejo de*

hombre de acción de la segunda y aún tercera década del siglo XIX mexicano, luego el atento observador desde el exilio europeo.⁸ ¿Figura sombría y claroscuro? Parece que sí y así se perciben sus primeros años.

Pero además de sombría y claroscuro, inmersa en luces y sombras, recuerdos y olvidos, Mora es figura contradictoria, crisol de opiniones encontradas, de reconocimientos y descréditos. Sí, en efecto, el hombre que destacara en el primer constituyente del estado de México, en la fugaz pero adelantada administración liberal de 1833 y 1834, antesala del desplome de la primera república federal, y en la tradición historiográfica de su época, cuando confecciona su *Méjico y sus revoluciones* (1836),⁹ nunca deja de estar acompañado de críticos. En vida propia los tiene cuando a primera hora, ya en el exilio, se le acusa de protestante por su colaboración con la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera¹⁰ y sus *Obras sueltas*, publicadas en Francia (1837), merecen prontamente la descalificación de

discordias. La sociedad mexicana vista por Lorenzo de Zavala, José María Luis Mora y Lucas Alamán, pp. 22-23; HALE, *op. cit.*, p. 175; KRAUZE, *op. cit.*, p. 152; COSTELOE, Michael, “Una curiosidad histórica: las primeras reseñas de las *Obras sueltas* de José María Luis Mora (1839)” en *Historia mexicana*, volumen XXXVII, número 3, pp. 525-526.

⁸ Y esto exceptuando su carácter activo como ministro plenipotenciario de México ante Inglaterra, durante la guerra con los Estados Unidos cuando busca, sin éxito, interesar a Francia en la causa mexicana. Más tarde intenta hacer lo mismo con Inglaterra. Recibe como respuesta una negativa de Palmerston. Así, pues, no parece ser el hombre pasivo que Lira describe cuando lo compara con Zavala y Alamán. KRAUZE, *op. cit.*, p. 171; LIRA, *Espejo de discordias...* p. 24.

⁹ Inclusive su quehacer historiográfico también tiene a sus críticos, pues mientras que Lira sostiene, quizá a partir de su frustrado propósito de editar su obra historiográfica como él hubiera querido, que su fuerte no era la narración de acontecimientos y apunta que el Mora historiador desmerece frente al Mora crítico de los problemas de su tiempo, Sánchez Arce atinadamente advierte que, desde su primera edición, *Méjico y sus revoluciones* contó con pocos lectores (entre ellos figuran Bernardo Couto, José María Gutiérrez de Estrada y Anastasio Bustamante). Si se considera que vio la luz en el exilio europeo, es evidente la dificultad que hubo para adquirir sus ejemplares (Gutiérrez de Estrada y Bustamante, por ejemplo, están leyendo la obra de Mora hasta 1843). Tuvieron que pasar muchas décadas para que volviera a editarse la obra de Mora (hasta 1950). Tal vez todo esto influyó en la escasa proyección de su obra hasta nuestros días. Amén de lo apuntado, Sánchez Arce advierte sobre la poca penetración de su obra frente a otras más leídas, “básicamente —apunta— se constituye como una fuente de consulta silenciosa”. LIRA, “Prólogo...” en *José María Luis Mora, op. cit.*, p. 25; Rodrigo Sánchez Arce, *Retratos de una revolución, José María Luis Mora y la Independencia de México*, 2012, pp. 27-28; véase además la carta del 3 de junio de 1843 en “Correspondencia de 1839 a 1844”, Carta número 58 en TÉLLEZ, Mario, *et al.*, DVD, *José María Luis Mora. Su archivo personal*.

¹⁰ En carta con fecha de 17 de noviembre de 1836 su entrañable amigo Bernardo Couto le escribe sobre la calumnia que se ha querido esparcir en México por su presunto cambio de religión. Esta percepción se debió, sin duda alguna, a las relaciones que empezó a sostener, desde 1827, con la sociedad anglosajona para fomentar la libre circulación de la Biblia entre la población mexicana. Su distanciamiento con la Iglesia, años atrás, mucho pesaría en esta opinión. “Correspondencia de Julio de 1833 a 1838” Carta número 39 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

sus coterráneos, ya fuese por las agudas críticas desplegadas en su contra así como por los recelos que provoca.¹¹ Ya en el pasado, la ruptura con los de su clase, le sirve a sus enemigos para tacharlo más adelante de resentido con la Iglesia, la institución que lo formó y acompañó en su infancia, y traidor a su creencia religiosa.¹² Hasta hoy no faltan opiniones encontradas sobre su persona y sobre su obra, para algunos es un “diablo de hombre”, para otros “uno de los más lúcidos cerebros de su tiempo”.¹³

Finalmente, José María Luis Mora resulta ser el hombre polifacético. Pero si es el periodista de los años veinte y treinta, el legislador del Estado de México en la segunda década de vida independiente, el reformista de 1833 y 1834 y el historiador y diplomático de los años en el exilio y finales de su vida, ¿quién es el José María Luis Mora anterior a los años veinte?, ¿cuáles sus orígenes que vaga y velozmente se recuerdan?, ¿cuáles sus primeros años que, aunque poco atendidos, desde nuestro punto de vista terminan convirtiéndose, a la luz de los acontecimientos venideros, en los más decisivos para su vida futura? Adelante intentamos responder a las interrogantes planteadas, no sin antes cerrar estas líneas confirmando el sigilo que el mismo Mora parece guardar sobre sus primeras dos décadas y un lustro de vida cuando estando en Francia en 1842, se presenta ante Máximo Garro quien certifica que, “por los documentos que el Doctor Don José María Luis Mora ha presentado en esta legación”, se sabe que el mexicano exiliado:

nació en el Departamento de Guanajuato¹⁴ el 12 de octubre de 1794; que es licenciado en leyes, abogado examinado y aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia del Estado de México; que fue miembro de la Suprema junta protectora de la libertad de imprenta en el año de 1821; individuo de la Diputación provin-

¹¹ Una aproximación a las críticas que reciben las *Obras sueltas* de Mora se encuentra en el trabajo de COSTELOE, *op. cit.* Entre sus críticos debemos contar al doctor Basilio Arrillaga, quien publica un cuaderno impugnándolas, al tiempo que son excomulgadas por los clérigos, como se enuncia en carta con fecha de 4 de febrero de 1840. Otro de sus críticos, movido por el resentimiento personal, será José María Bocanegra. A estos habrá que sumar a José María Tornel. Sus escritos, como señala Arnáiz y Freg, lo llenaron de enemistades y no escaparon a juicios acompañados de hostilidades pero también de un reconocimiento a sus capacidades superiores. *Vid.* “Correspondencia de 1839 a 1844” Carta número 14 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*; ARNÁIZ Y FREG, Arturo, “Prólogo” en *José María Luis Mora, Ensayos, ideas y retratos*, pp. VII-IX. De este último sugerimos al lector revisar las apreciaciones que hacen Tornel, Bocanegra y Arrillaga sobre los escritos de Mora.

¹² HALE, *op. cit.*, p. 75; Costeloe, *op. cit.*, p. 530.

¹³ COSTELOE, *op. cit.*, p. 528.

¹⁴ Para ese entonces México, desde 1836, se había constituido en república central, organizada no en estados sino en departamentos.

cial de México en 1822; Diputado y Presidente del Congreso constituyente del Estado de México (uno de los que formaban la Federación de los Estados Unidos Mexicanos)¹⁵ en 1824; encargado de la obra y cuidado del desagüe general de los lagos de México en 1826; que en 1822 fue nombrado por la junta legislativa para formar el plan general de instrucción y educación pública; que obtuvo igual nombramiento por el Supremo Poder Ejecutivo en 1823; que fue nombrado Diputado al Congreso general por el Estado de Guanajuato; miembro de la Dirección general de instrucción pública en 1833; director del establecimiento (colegio) de estudios ideológicos y de humanidades en 1833; miembro del Instituto nacional de ciencias y artes en 1825; de la Academia de historia en 1835.¹⁶

DOCUMENTOS EXCEPCIONALES

Es de sobra conocido que el archivo de Mora tiene como sus primeros propietarios, a su muerte en 1850, a la familia Gómez Farías. Será el primero de ellos, Benito Gómez Farías, el hijo de Valentín Gómez Farías, el reformista de 1833-1834 y amigo íntimo del doctor Mora, a quien el teólogo le lega su archivo. No es casual la elección, pues ya el exiliado lo designa como su albacea y así se desempeña. Más tarde, el archivo pasa a manos del hijo de don Benito, llamado como su abuelo, Valentín Gómez Farías quien, años antes de morir, lo dona a su vez a don Genaro García Valdés, quien lo suma al importante fondo documental que había logrado reunir a lo largo de varios años de su vida.¹⁷

En efecto, a principios del siglo XX, en 1903, este archivo, compuesto por documentos oficiales, escritos de índole histórica y religiosa, material misceláneo y sobre todo correspondencia del doctor Mora sostenida con sus coterráneos desde su exilio en Europa, pasa a manos de Genaro García.¹⁸ Destino singular en el que termina. A la muerte de García, su familia vende todo el fondo a la Universidad de Texas en Austin en 1921, después de no encontrar a nadie en México que se lo quisiera comprar. Ahí se

¹⁵ La expresión responde, una vez más, a la nueva organización política que ha adoptado México desde 1836 y reafirmado en 1843.

¹⁶ “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Certificado número 14 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.* El certificado se extiende el 26 de abril de 1842.

¹⁷ GARCÍA, Genaro, *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México publicados por...*, tomo VI (Papeles inéditos y obras selectas del doctor Mora), p. V; Carta con fecha de 31 de Julio de 1850 en “Documentos. Testamento, 1850 a 1856” Carta número 3 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

¹⁸ GARCÍA, *idem.*

encuentra resguardado hasta hoy. Recientemente lo hemos digitalizado y publicado completo por primera vez.¹⁹

Pues bien, este archivo arroja algunas luces sobre los primeros años de José María Luis Mora. Su documentación oficial, fuente para estas líneas, se compone por un certificado que reproduce su partida de bautismo, transcrito un año después de aquel acto, algunas referencias sobre sus años como estudiante en San Ildefonso, una relación de méritos confeccionada en 1820 a propósito de un concurso para obtener una canonjía en la catedral metropolitana, un certificado extendido en Francia (ya reproducido arriba) donde consta su trayectoria como hombre público y dos notas biográficas de autoría anónima.

La partida de bautismo y las dos notas biográficas, que, al parecer, pudieron ser elaboradas por Genaro García como un primer borrador de sus "apuntes biográficos",²⁰ sirven para atisbar el nacimiento del teólogo; el resto de la documentación, a la que se agrega una memoria que Mora presentó sobre las reformas que necesitaba el plan de estudios del Colegio de San Ildefonso,²¹ para aproximarnos a su formación educativa y a sus ocupaciones en vísperas del viraje de su vida.

Una segunda fuente que también proviene del archivo de Mora es su producción religiosa, referente para acercarnos a las inquietudes del joven teólogo de San Ildefonso. Sus escritos hablan por él, ya veremos los temas que aborda mucho antes de tomar la palabra en la tribuna legislativa o llevarla al papel como agudo crítico de la recién iniciada vida nacional.

Al margen de los legajos, también acudimos al estudio biográfico que sobre Mora hiciera Genaro García con el auxilio de su archivo y que, a decir de Lira, constituye la noticia biográfica de Mora más completa.²² Sobre el particular conviene señalar que el doctor Mora también arrojaría algunas noticias sobre su persona, pequeñas pero valiosas, en sus escritos y que igualmente empleamos, a saber, su *Revista política de las diversas*

¹⁹ TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

²⁰ Atribuimos la autoría a don Genaro García, pues basta con ver sus apuntes biográficos sobre el doctor Mora (confeccionados a partir del archivo del personaje) y el contenido de las dos notas para percatarnos de las semejanzas que guardan entre sí.

²¹ En esta memoria José María Luis Mora no deja de evidenciar la vida colegial de San Ildefonso, indudablemente constituye una proyección que su autor realiza a partir de su propia experiencia. Mucho alumbrará la vida colegial del personaje.

²² LIRA, "Prólogo..." en *José María Luis Mora*, *op. cit.*, p. 20. Y como podrá ver el lector cuando se presente la ocasión acudiremos a otros estudios que se han venido realizando sobre el personaje y que apuntan algunas luces sobre sus primeros años.

administraciones que ha tenido la República hasta 1837 concluye con una nota autobiográfica. El lector que la consulte advertirá que ciertamente sus primeros años son poco relevantes incluso para el propio autor,²³ sombríos como se propone aquí.

EL PRINCIPIO

Orígenes confusos guarda el nacimiento de Mora en 1794. Fue San Francisco Chamacuero, pueblo enclavado en la poblada intendencia de Guanajuato, la cuna de José María Luis Mora. Ironías de la historia, dos años atrás, en 1792, no en un pueblo más sino en la capital de la intendencia, en Guanajuato, había nacido otro infante al que sus padres pusieron por nombre Lucas, hijo de los Alamán. Es irónico que Guanajuato, al finalizar el siglo XVIII, había dado a la futura nación mexicana a dos de sus padres intelectuales, uno teólogo liberal, otro empresario conservador,²⁴ ambos hijos de Guanajuato y del próspero Bajío novohispano, hijos que si bien no enfrentados abiertamente y las más de las veces con pareceres no muy distintos, se han considerado como los "fundadores de los «partidos históricos» mexicanos, el liberal y el conservador".²⁵

José María Luis Mora, como Lucas Alamán, tiene la coincidencia, no sabemos si la suerte, de nacer en las vísperas de la transición entre el fin del periodo colonial y el advenimiento del nuevo estado nacional. Sin embargo, los vientos de cambio se respiran por doquier. Al otro lado del Atlántico, en Francia, ha estallado la Revolución que se convierte en portavoz del liberalismo decimonónico y que avanzados los años se internacionalizará, viene anunciando la muerte del Antiguo Régimen; el constitucionalismo ha hecho su aparición por vez primera en la historia y adelanta formas de gobierno republicanas por oposición a las monarquías absolutas con ropajes ilustrados que sobreviven a fines del siglo; España también había comenzado a mostrar aires de renovación, precedidos por varios años de profunda crisis. Pero los aires de cambio no sólo se respi-

²³ Aunque también es evidente que la *Revista política* guarda otros fines más allá de exponer pormenorizadamente la vida de su autor; exponer los principios del "partido del progreso" con el que se identifica Mora es su genuino fin.

²⁴ Las expresiones se retoman de KRAUZE, *op. cit.*, p. 146.

²⁵ *Idem.* Estos "partidos" o tendencias cuajan nitidamente después de la guerra con los Estados Unidos y se habrán de enfrentar años más tarde entre 1857-1867. Su diferencia se centra en el papel que debe jugar la Iglesia en el país.

ran en Europa, en Nueva España no son ajenos, desde hace algunos años el descontento se había venido fraguando. La ascensión al trono de los Borbones y sus reformas de mediados del siglo XVIII poco han aportado a los criollos, amos y señores de una Nueva España autónoma ahora sujeta a las directrices de la península. El descontento materializado no vendrá, sin embargo, hasta entrado el siglo XIX y el Bajío novohispano, la cuna de Mora, también lo será de la futura nación mexicana.

Pero regresemos a Chamacuero donde en octubre de 1794 nació José María Luis Mora. El nacimiento tuvo lugar en una región ampliamente dominada por los criollos. ¿Cuándo ocurre? No existe constancia ni precisión del día. Hay quienes dicen que fue el 11 de octubre, un día de San Luis Beltrán, a quien, como explica Andrés Lira, Mora debería su tercer nombre.²⁶ Y quizá así sea. Hay otros que, por el contrario, sostienen que fue el 12 de octubre, un día después, acaso por la confusión que años más tarde emana del certificado que se expide en Francia y en el que se señala que el doctor Mora nació en Guanajuato el 12 de octubre de 1794.²⁷ Cierto o no, lo único indiscutible es que en esos días una pareja llevó a bautizar a un niño recién nacido al que le pusieron por nombre José María Luis.²⁸ Quizá había nacido unos días atrás y siguiendo las costumbres de la época lo llevaron más tarde a la Iglesia para cumplir con el sacramento que la institución había establecido.²⁹

¿Quiénes fueron los progenitores de José María Luis? Se sabe que es hijo de padres católicos, hijo de una "familia muy decente", como más tarde recordará Mora en la *Revista política*, y que había tenido su fortuna en Guanajuato y en el pueblo de Chamacuero.³⁰ Pero ¿quiénes fueron? La sombra una vez más se adueña de la vida del personaje por la confusión en los nombres. Su padre, según la partida de bautismo, fue don José Servín de la Mora, aunque, según la *Revista política*, fue don José Ramón de

²⁶ LIRA, "Prólogo..." en *José María Luis Mora, op. cit.*, p. 19. Aunque, contradictoriamente, años atrás Lira era del parecer que Mora había nacido el 12 de octubre de aquel año, *vid.* LIRA, *Espejo de discordias...* p. 21.

²⁷ LUGO PLATA, Eliseo, *Fuera de serie. José María Luis Mora de Lamadrid (1794-1850)*, Cuadernos de Cultura Universitaria, número 11, p. 11; véase el certificado del 26 de abril de 1842 en "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Certificado número 14 en TÉLLEZ, *et al, op. cit.* y la "Cronología" de ARNAIZ y FREG, *op. cit.*

²⁸ Véase el certificado con la partida de bautismo de Mora reproducido el 13 de junio de 1795 en "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Certificado número 1 en TÉLLEZ, *et al, op. cit.*

²⁹ LUGO PLATA, *Idem.*

³⁰ MORA, José María Luis, *Obras sueltas*, tomo I, p. CCXCII.

Mora.³¹ ¿Quién fue entonces? Genaro García lo resuelve señalando que el nombre del padre es don José Ramón Servín de la Mora, quizá sea este su nombre completo.³² Su madre, por su parte, no corre con mejor suerte, hay quienes señalan que Ana María de Lamadrid (o la Madrid) fue su nombre, otros que fue Mariana (o María Ana) Díaz de la Madrid.³³ Los apellidos no ofrecen gran dificultad, y el nombre tal vez sea María Ana y no Mariana, porque si no es así ¿cómo explicarse el segundo nombre del padre del liberalismo mexicano dado que el primero se lo debe a su progenitor y el tercero a su santo patrón?³⁴ El nombre completo del niño sería José María Luis Servín de la Mora Díaz Madrid pero sus contemporáneos lo llamarán como lo conocemos hasta hoy y como él así lo prefirió: José María Luis Mora.³⁵

Siendo Guanajuato intendencia en manos de criollos, nada debe de extrañarse que Mora, como Alamán, fuera criollo como casi todos han sostenido. Pero de su padre hay más dudas si fue español o criollo. La mayoría se inclina por la primera opción, pero no falta quien postule la segunda.³⁶ ¿Y su madre? De ella nada se ha dicho y la documentación nada aporta contundentemente. Lo único cierto es que ambos formaban una familia con una posición económica decorosa y que Mora fue criado de acuerdo con sus condiciones. ¿Cuánta relevancia tendrá esta formación en sus años posteriores a la hora de enfrentar temas como el de los "indios", a quienes no dudará en negar y declararlos inexistentes por decreto ya en el constituyente del estado de México en aras de buscar la igualdad y la supresión de distinciones entre la población mexicana?³⁷

José María Luis Mora, el "infante español", el "español del pueblo", como se asienta en su partida de bautismo, sería bautizado aquel 12 de

³¹ "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Certificado número 1 en TÉLLEZ, *et al, op. cit.*; MORA, *Obras sueltas...* p. CCXCIII. También véanse GARCÍA, *op. cit.*, p. IX; LUGO PLATA, *op. cit.*, p. 12; Genaro Fernández Mac Gregor, "El Doctor Mora" en *El Doctor Mora redivivo*, México, Botas, 1938, p. 5.

³² Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Nota número 16, en TÉLLEZ, *et al, op. cit.*

³³ GARCÍA, *idem*; LUGO PLATA, *op. cit.*, p. 12; FERNÁNDEZ MAC GREGOR, *idem*; LIRA, "Prólogo..." en *José María Luis Mora, op. cit.*, p. 19; "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Certificado número 1 y Nota número 16 en TÉLLEZ, *et al, op. cit.*

³⁴ LIRA, "Prólogo..." en *José María Luis Mora, op. cit.*, p. 19.

³⁵ HALE, *op. cit.*, p. 74; "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Comunicado número 8, Notas número 16 y 17 en TÉLLEZ, *et al, op. cit.*; LUGO PLATA, *op. cit.*, p. 12. Lira dice que el Luis lo agregaría después, *Espejo de discordias...*, p. 21.

³⁶ LUGO PLATA, *op. cit.*, pp. 11-12.

³⁷ *Vid.* Sesión del día 13 de marzo de 1824 en *Actas del Congreso Constituyente del Estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden*, tomo I, p. 52.

octubre por un bachiller de nombre José Mariano -¿Ramón?- Servín de la Mora con anuencia del cura de Chamacuero,³⁸ Posiblemente se trata de su mismo padre como sostiene Lira.³⁹ En cuanto a su madrina de bautizo, la partida es explícita, doña María Francisca Ruiz de Quiroz, española, tenía a partir de ese día "obligación y parentesco espiritual" con su ahijado.⁴⁰ ¿Y quién sería esta mujer sino su abuela? En efecto, los apuntes biográficos de Genaro García la señalan como su abuela materna. Sus abuelos fueron, de acuerdo con la información de legitimidad y limpieza de sangre que para su ingreso al Colegio de San Ildefonso de México se hizo en Chamacuero en enero de 1807,⁴¹ por línea paterna, don José Antonio Servín de la Mora y doña Gregoria de Carvajal y Toledo y, por línea materna, don Francisco Díaz de la Madrid y la expresada doña Francisca Ruiz de Quiroz.⁴²

Mora tuvo además un hermano, Mariano que, primero realista y más tarde insurgente, murió en la guerra en 1812 estando a las órdenes de Ramón Rayón,⁴³ así como dos hermanas, Dolores y Mariana Mora, que sobrevivieron a su muerte. Su madre murió mucho antes que su padre y este último, ya con una salud muy deteriorada, le vivió hasta 1841.⁴⁴

LOS SIGILOSOS AÑOS EN SAN ILDEFONSO.

La infancia de José María Luis Mora transcurrió silenciosamente en San Francisco Chamacuero. Muy pronto abandona su pueblo natal al que al

³⁸ "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Certificado número 1 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

³⁹ "Prólogo..." en *José María Luis Mora*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁰ "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Certificado número 1 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁴¹ Este dato aparece en una de las notas biográficas del archivo de Mora y Genaro García lo ofrece en sus "apuntes biográficos". Este es un indicio más para sostener que los manuscritos son de la autoría de García.

⁴² "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Nota número 16 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.* Llama la atención que los nombres de los abuelos de Mora no figuren en ningún otro aproximado biográfico sobre el personaje. Inexplicablemente ni Genaro García, sin duda uno de sus primeros biógrafos, los alude en la versión final de sus "apuntes biográficos". ¿Cuál es la fuente que arroja luces sobre la ascendencia de Mora?, ¿acaso proceden de documentos que formaban parte del archivo de Mora ahora extraviados? Una vez más estamos ante una incógnita para la que todavía no hay respuesta.

⁴³ MORA, José María Luis, *Méjico y sus revoluciones*, tomo IV, p. 419.

⁴⁴ "Correspondencia de 1839 a 1844" Cartas número 34 y 37; "Documentos. Testamento, 1850 a 1856" Carta número 30 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.* En el plano familiar cabría destacar además que Mora, aunque no casado, llegaría a ser padre de tres hijos, dos varones y una niña que no sobrevive, de su suerte nada se sabe. Estos hijos serían producto de la relación que en Inglaterra Mora sostendría con Elisa Hoy. Como puede verse si su ascendencia resulta sombría su descendencia no corre con mejor suerte. LIRA, "Prólogo..." en *José María Luis Mora*, *op. cit.*, p. 18; GARCÍA, *op. cit.*, p. XXII.

parecer ya no regresaría nunca más.⁴⁵ Nada sabemos de estos años salvo que sus primeras letras las aprendió en Querétaro, en el Colegio Real de la ciudad, antiguo establecimiento de la extinta Compañía de Jesús.⁴⁶ Sus primeras letras, sus nociones de matemáticas y rudimentos de doctrina cristiana, así como el hábito por la lectura también los aprendió justamente ahí, de donde egresa como uno de los mejores alumnos.⁴⁷ Después marchó a la ciudad de México, a donde tienen lugar sus años más decisivos en términos educativos. El Real y más Antiguo Colegio de San Pedro, San Pablo y San Ildefonso, a donde ingresó probablemente en 1807,⁴⁸ se convierte en su nueva casa de estudios.

En el ocaso del mundo virreinal los criollos tienen tres campos para desenvolverse en el futuro: las armas, la religión y las leyes. El joven Mora se inclina, al principio, por la segunda;⁴⁹ aunque más tarde también, con algunas particularidades, se titulará de abogado.⁵⁰ Y es que San Ildefonso, a la sazón antiguo establecimiento educativo jesuita ahora en manos de sacerdotes seculares,⁵¹ ofrecía lo que los padres de Mora segu-

⁴⁵ Geográficamente hablando, José María Luis Mora nace en Chamacuero, Guanajuato, luego pasa a Querétaro y después a la ciudad de México donde radica buena parte de su vida, hasta que viene el exilio; como sacerdote lo vemos lo mismo en la capital novohispana que en Michoacán. Es en la ciudad de México donde realiza sus estudios (salvo algún tiempo que presuntamente lo pasa en Puebla) y destaca como periodista y legislador. Por su correspondencia sabemos que cuenta con propiedades en la ciudad de México. En el exilio Mora estará en Francia e Inglaterra. Como puede observarse parece ser que en Chamacuero nada lo ataba más que su familia, a la que, por otro lado, dejaría de ver cuando fue colegial en San Ildefonso y más tarde por el exilio.

⁴⁶ GARCÍA, *op. cit.*, p. IX.

⁴⁷ En términos educativos, estos cuatro ejes (saber leer y escribir, aritmética y doctrina cristiana) comprendían "las primeras letras" con que los niños iniciaban su formación. *Vid.* TANCK DE ESTRADA, Dorothy, "Ilustración, educación e identidad nacionalista en el siglo XVIII" en *Gran historia de México ilustrada*, tomo III, p. 25; "Cronología de José María Luis Mora" en *José María Luis Mora. Obras completas*, volumen I... p. 539.

⁴⁸ GARCÍA, *op. cit.*, *Idem.*

⁴⁹ Contrariamente, mientras José María Luis Mora estuvo recluido en su vida colegial destinado a ser teólogo, su hermano Manuel Mora tomaría las armas en el levantamiento iniciado en 1810, ya para 1812, año de su muerte, lo encontramos con el grado de capitán. No se sabe si estuvo inclinado a las armas por vocación o lo estuvo a raíz de esta coyuntura.

⁵⁰ *Vid.* TÉLLEZ G., Mario A., "Los avatares de José Ma. Luis Mora para ser abogado: un trayecto de afortunadas coincidencias" en *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo.*

⁵¹ No se olvide que en 1767 se expulsa a los jesuitas de los dominios de España. El Colegio de San Ildefonso quedará cerrado por un lapso de cuatro años hasta su reapertura en 1771, sin embargo, queda en manos de sacerdotes seculares y carente de sus propiedades. Entra en un franco declive que logra compensar con la ayuda que los ex alumnos le dan para seguir funcionando. *Vid.* BARCELÓ QUINTAL, Raquel Ofelia, "El Antiguo Colegio Real de San Ildefonso en el siglo XVIII: modernidad ilustrada, pensamiento y sociedad novohispana" en *Orbis Incognitus. Avisos y legajos del Nuevo Mundo*, Fernando Navarro Antolín (editor), XII Congreso Internacional de la AEA, volumen II, p.

ramente también buscaban para su hijo: la Sagrada Teología.⁵² Su ingreso tuvo lugar, como ya se explicó, en 1807 o tal vez en 1808, al tiempo que el establecimiento se encontraba regido por un plan de estudios que se mantuvo intacto desde 1779.⁵³ La composición de este plan de estudios mucho nos devela sobre la trayectoria colegial de Mora.

Cuando ingresa a San Ildefonso, los primeros estudios de Mora competen a la gramática latina a la que dedica algunos años. Encerrado en San Ildefonso, en el Colegio del Rosario, Mora aprende, gracias al arte de Nebrija, a memorizar reglas gramaticales y etimologías, a traducir algunos trozos de Cicerón y Virgilio y el arte de la retórica.⁵⁴ Sus conocimientos en latín saldrán a relucir más tarde en su oratoria sagrada. En eso está, o quizá ya estudiando artes o filosofía, cuando el movimiento popular de Miguel Hidalgo cunde como plaga por Nueva España. El Bajío, la cuna de Mora, allá donde transcurrieron sus años de infancia, se convierte ahora en la cuna de la insurgencia novohispana. Las masas encabezadas por Hidalgo comienzan a avanzar desde Dolores a Atotonilco y de ahí a San Miguel el Grande. El poblado siguiente es nada más y nada menos que Chamacuero, el pueblo natal de Mora.

Mientras Mora se encuentra en la capital novohispana, distante del escenario insurgente, su familia resiente los efectos de la rebelión popular. Antes de la llegada de Hidalgo a Chamacuero un rancharo de apellido Montañón se presenta frente a don José Ramón de Mora para pedirle, a nombre del párroco de Dolores, diez y ocho mil pesos que aquel entrega buscando salvar otra cantidad que traslada a la Iglesia del Carmen en Celaya. Grave error el del progenitor de Mora, pues la insurgencia avanza hacia esa ciudad en donde toma todo el dinero resguardado. En un día, dice Mora, su familia queda arruinada.⁵⁵ Pero no es el único efecto de la insurgencia sobre su familia. Quizá ya su hermano Mariano sirve a los realistas y no será sino hasta avanzado el tiempo cuando abraza la causa

241; MAYER, Leticia, "Lo festivo y lo cotidiano en el real y más antiguo Colegio de San Ildefonso. 1771-1796" en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, volumen XIV, número 55, 1993, p. 21.

⁵² Las dos facultades mayores que San Ildefonso ofrece para la época de Mora son Jurisprudencia y Teología, es decir, las leyes y la religión.

⁵³ "Don José María Mora presenta una memoria sobre reformas que necesita el plan de gobierno y estudios del Colegio de San Ildefonso" en José María Luis Mora, *Obras completas*, volumen I... pp. 45, 46. El mismo documento se encuentra en "Producción literaria de 1823 a 1847 -sin dato-" Informe número 14 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁵⁴ "Don José María Luis Mora presenta una memoria..." en José María Luis Mora, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁵⁵ MORA, *Obras sueltas*...pp. CCXCII, CCXCIII.

insurgente por la que habrá de perecer en 1812. Mora, sin embargo, es ajeno al conflicto que sacude los cimientos del mundo virreinal y es que a sus escasos dieciséis años todavía no está en edad para tomar partido por una causa política. Acaso medie en el joven Mora algún resentimiento por las hordas que avanzan sobre el Bajío, quizá no es afecto a la insurgencia, como ocurre con otros tantos criollos que la descalifican; y es que perder el patrimonio familiar no es poca cosa.⁵⁶ Aparentemente Mora es indiferente al conflicto y sigue en San Ildefonso, inmerso entre textos y enseñanzas, memorizando etimologías, traduciendo retazos de la literatura clásica, aprendiendo el arte de la retórica, distinguiéndose como talento entre sus compañeros, aparentemente distante del conflicto en su provincia.

A su curso de gramática latina le sigue el de artes o filosofía durante los dos años siguientes (ca. 1810-1812).⁵⁷ En el lapso de aquellos tiempos estudia lógica y metafísica, física y matemáticas con tal aprovechamiento que al finalizar el primer año sustenta un acto⁵⁸ de lógica y metafísica y al concluir el segundo y último una sesión pública en la que presenta todo el curso de filosofía y un examen de física sobre el primer tomo de las instituciones filosóficas del abate Para y que años posteriores propondrá para el curso de artes en su memoria de 1823).⁵⁹ Semejantes actos públicos sólo pueden develar una cosa: el joven Mora es uno de los más aprovechados

⁵⁶ Discrepamos con la opinión de Lugo Plata quien sostiene que el padre de Mora fue favorable a la causa insurgente debido a la entrega "voluntaria" del dinero para Hidalgo. El hecho no necesariamente implicó que la familia de Mora, quizá criolla, estuviese a favor del levantamiento del párroco de Dolores, es más, actúa en sentido contrario, pues ya Manuel Mora, como se ha visto, milita entre los realistas en un primer momento. La actitud de la familia Mora es compatible con la de un amplio sector criollo novohispano, que si bien acaricia la idea de ver a una Nueva España autónoma que les permita participar en la vida política de la misma, no comulga con la revuelta popular encabezada por Hidalgo, a la que ve como una masa desordenada. Esta postura se recrudecerá una vez que el levantamiento adquiere tintes antipensinsulares precisamente en Guanajuato. LUGO PLATA, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁷ A decir de Mora el curso de gramática latina comprende dos años, a estos le siguen otros dos y algunos meses avocados al estudio de la filosofía. Si atendemos a este criterio, Mora habría estudiado gramática entre 1808 y 1810 y artes o filosofía entre 1810 y 1812, año en que concluye su bachillerato en filosofía, como se verá en seguida. Esto nos hace pensar que Mora tal vez ingresó a San Ildefonso en 1808 y no en 1807 como se ha sostenido. Fue en aquel año en el que más bien se levantó la información de legitimidad y limpieza de sangre, requisito para ingresar a San Ildefonso como ya se apuntó.

⁵⁸ Así se señala expresamente en su relación de méritos.

⁵⁹ De los dos años y algunos meses que dura el estudio de la filosofía, el primero se emplea en la lógica y la metafísica, y el segundo en la física y las matemáticas. Al finalizar cada año el catedrático nombraba entre sus discípulos a los que habrían de tener funciones públicas, Mora fue uno de ellos. Estos alumnos resultaban ser los más destacados mientras que los demás "sufrían" un examen privado en el colegio. Como puede verse las capacidades intelectuales de Mora sobresalen ya siendo un colegial en San Ildefonso. "Don José María Mora presenta una memoria..." en

ante los ojos de sus profesores. Por si esto no bastara, en todas estas funciones se le otorga la máxima calificación.⁶⁰

En enero de 1812 la suerte le sonríe. Ya el 4 de enero ha presentado el curso de filosofía ante el profesor don Manuel de Urquiaga.⁶¹ Mora ha concluido su curso de artes y se ha sabido distinguir como el mejor de su clase, obtiene el primero de los tres premios establecidos por el doctor y maestro don Isidro Ignacio de Icaza, catedrático del colegio, a favor de “los colegiales filósofos más aprovechados” que concluyen el curso.⁶² Días más tarde, el 7 de enero, se gradúa de bachiller en Filosofía en la Universidad tras el examen que presenta ante los doctores don Francisco Zambrano, don Manuel Gómez y don José Ignacio García y en el que defiende una exposición sobre la Inmaculada Concepción de María. Don Isidro Ignacio de Icaza le concede la máxima nota. Mora es ya bachiller en Filosofía o en Artes.⁶³ En contrapartida a estos reconocimientos y grados afuera la insurgencia le arrebató a un hermano en campo de batalla. Él sin embargo seguirá en San Ildefonso, enclaustrado en el colegio que lo convierte en teólogo.

MORA, José María Luis, *op. cit.*, pp. 50, 61; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Relación de méritos número 10 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*; GARCÍA, *op. cit.*, p. IX.

⁶⁰ “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Relación de méritos número 10 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁶¹ GARCÍA, *Idem.*

⁶² GARCÍA, *Idem.*; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Comunicado número 8, en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁶³ Aquí es conveniente destacar una inconsistencia: mientras que Genaro García señala que Mora se graduó de bachiller en filosofía el 7 de enero de 1812, Andrés Lira sostiene que el 10 de febrero de 1812 obtuvo el grado de bachiller en artes defendiendo en su tesis sobre la Inmaculada Concepción de María. Parece ser que el origen de esta diferencia se encuentra en la constancia levantada por José María Rivera, secretario académico de la Universidad y testigo del suceso. Este documento, que forma parte del archivo personal de Mora, fue consultado por Genaro García para obtener el dato, pues en él se asienta que Mora obtuvo el grado el 7 de enero de 1812. Un error de traducción del documento escrito en latín para la edición de las *Obras completas* del doctor Mora señala como fecha el 10 de febrero de 1812. Pensamos que Lira se apoyó en esta fuente cuando escribió sobre los datos biográficos del personaje en el prólogo que acompaña a esta obra —cometimos el mismo error, siguiendo a Lira, en Arturo Argente y Antonio Enríquez, “José María Luis Mora y su relación con la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera, ¿conversión al protestantismo o concordancia con las ideas de un liberal?, en Rafael Estrada M. y Mario A. Téllez G. (compiladores), *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, en prensa—. Por lo anterior, reiteramos, fue en enero de 1812 cuando Mora se convirtió en bachiller de Filosofía (o Artes, pues ambas palabras eran sinónimas para la época), GARCÍA, *op. cit.*, p. X; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Certificado número 4, Relación de méritos número 10 y Nota número 17 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*; STAPLES, Anne, “José María Luis Mora” en Virginia Guedea (coord.), *El surgimiento de la historiografía nacional*, volumen III, p. 242; LIRA, “Prólogo...” en *José María Luis Mora, op. cit.*, p. 20; “Grados académicos” en *José María Luis Mora, Obras completas*, volumen 8, p. 225.

Hasta aquí sus estudios de gramática latina y filosofía habrían tenido lugar en el Colegio del Rosario donde se impondría a los colegiales un régimen monacal como más tarde denunciaría Mora. En efecto, es posible imaginar las rutinas diarias del joven Mora levantándose para escuchar misa a las seis de la mañana y desayunar, empezando sus actividades académicas desde las siete y hasta mediodía (con un breve descanso de 10:30 a 11) para consumir sus alimentos y tomar un descanso hasta las 2:30, reanudando sus actividades colegiales en esa hora, alternadas con otro descanso más, y asistiendo a los rosarios y cenas con que cerraba la jornada del día para, finalmente, acostarse y descansar a partir de las nueve de la noche.⁶⁴

En aquellos años como colegial Mora debió ser testigo de los castigos corporales que se propinaban a los colegiales por sus faltas, observador de las arbitrariedades cometidas por las autoridades de San Ildefonso y, desde luego, espectador de las minucias a que estaban sujetos los colegiales en aras de formar a “hombres de bien”;⁶⁵ cuestiones que denunció más tarde. Pero tampoco fue ajeno al mundo festivo que transitaba a lo largo del año, a las liturgias y música con las cuales se conmemoraba al patrón del Colegio cada 23 de enero lo mismo que a San Juan Bautista el 24 de junio, a San José el 19 de marzo o a San Luis Gonzaga, patrón de los estudiantes, el 21 de noviembre.⁶⁶ Seguramente el joven colegial pudo observar durante su paso por San Ildefonso los exámenes de otros colegiales, las misas con las cuales se celebraban y las procesiones que se le dedicaban a San Luis Gonzaga. Ahí, en San Ildefonso, Mora fue testigo de las lecciones que acompañaban las comidas en el refectorio, partícipe de los rosarios que se desarrollaban por las tardes y portador del traje talar que distinguía a los colegiales de San Ildefonso. Tampoco le faltaron los días de asueto y las vacaciones prolongadas que eran tan características en San Ildefonso.

⁶⁴ “Don José María Luis Mora presenta una memoria...” en *José María Luis Mora, Obras completas*, volumen I..., pp. 50-51. Una aproximación a las actividades de los colegiales de San Ildefonso también puede verse en MAYER, Leticia, *op. cit.*, pp. 30, 31.

⁶⁵ “Don José María Luis Mora presenta una memoria...” en *José María Luis Mora, op. cit.*, pp. 46, 48, 60. Otra crítica a la vida monacal del colegio puede encontrarse en sus *Obras sueltas, op. cit.*, p. CXCIX.

⁶⁶ A estas cuatro fiestas principales a las que debemos de agregar la de Cristóbal de Vargas (el fundador de las becas que se otorgaban a algunos colegiales), se incluían también la del día del monarca español y las de Santa Rosalía (4 de septiembre), San Francisco Xavier (3 de diciembre), Nuestra Señora de los Dolores (martes santo), la de Pascua, el día de Reyes y el día de la Virgen de Guadalupe. *Vid.* MAYER, *op. cit.*, p. 27.

Ciertamente Mora fue más que un observador de la época, pues vivió en carne propia cada uno de los preceptos que regulaban la vida cotidiana del colegio.⁶⁷ Así se sucederían los días hasta su ingreso al Colegio Grande donde Mora finalmente comenzaría a estudiar la facultad mayor a la que, aparentemente, dedicaría su vida entera: la teología.

Al parecer a partir de aquel 1812 Mora comenzó con sus estudios de teología, los cuales se prolongan hasta 1818 cuando obtiene el grado de bachiller.⁶⁸ Durante estos años Mora, imbuido en cátedras y en sesiones de academia por las tardes,⁶⁹ no dejó de destacar como colegial aplicado. Ya en 1815, siendo cursante de teología de cuarto año, el ilustrado marqués de Castañiza, rector de San Ildefonso, se expresa de él argumentando que ha “estudiado la gramática, filosofía y teología con aplicación y aprovechamiento, por lo que ha merecido siempre ser colocado en los primeros lugares” y que “su conducta ha sido constantemente buena, y sus costumbres arregladas y cristianas”, pues “ha frecuentado los santos sacramentos cuando lo previenen las constituciones”.⁷⁰ Así es, como estudiante de teología, Mora siguió obteniendo calificaciones supremas en sus exámenes y cumpliendo con sus lecciones sabatinas y de refectorio.⁷¹ El 9 de noviembre de 1818 finalmente se gradúa de bachiller en Teología tras haber sustentado su examen ante los bachilleres don Bernardo Joaquín Villaseca, don José Camilo Escobar y don Juan José Rodríguez Puebla.⁷² Una vez más es don Isidro Ignacio Icaza quien le otorgó el grado en la Universidad.⁷³

Sin embargo, es hasta un año después cuando obtiene el grado de licenciado en Teología. La sala capitular de la catedral de México se convierte en el espacio señalado para sustentar el examen. Es 30 de junio de 1819,

⁶⁷ MAYER, *Ibidem*, pp. 27, 29, 30; BARCELÓ, *op. cit.*, p. 236; “Don José María Luis Mora presenta una memoria...” en *José María Luis Mora, op. cit.*, p. 52.

⁶⁸ Se infiere que desde 1812 Mora comienza con sus estudios de teología dado que para 1815 ya es cursante de teología de cuarto año como se verá arriba.

⁶⁹ “Don José María Luis Mora presenta una memoria...” en MORA, José María Luis, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁷⁰ “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Certificado número 3 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁷¹ *Ibidem*, Relación de méritos número 10.

⁷² Este personaje parece ser otro distinto a Juan Rodríguez Puebla, el indigenista que en los años treinta se opone a las reformas de Gómez Farías y Mora por haberles negado una educación especial a los indios. Si bien este personaje estudió en San Ildefonso, nació en 1798, es decir, cuatro años después que Mora por lo que dista mucho de ser el bachiller que examina a Mora en 1818. HALE, *op. cit.*, pp. 148, 224.

⁷³ GARCÍA, *op. cit.*, p. X; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Nota número 17 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.* Cabe destacar que si bien los cursos se desarrollaban en San Ildefonso los grados académicos se celebraban en la Real y Pontificia Universidad de México.

38 teólogos se reúnen para examinarle, el bachiller Mora se presenta con singular elogio dedicado a San Juan Crisóstomo, le examinan los doctores Juan Gamboa, Mariano Alva, José Sánchez Enciso y Joaquín Canales, tras su disertación el resultado no puede ser más que alentador: 36 teólogos lo aprueban. Al día siguiente, se le concede el grado de licenciado en sagrada teología en la misma catedral.⁷⁴

Entre 1818 y 1820 tuvo una intensa y definitiva actividad. Mora se desenvuelve activamente en San Ildefonso: funge como presidente de las academias de Filosofía y Teología, en 1819 ya imparte la cátedra de latinidad y en 1820 de filosofía.⁷⁵ A estos años corresponden sus primeras composiciones religiosas y sus disertaciones en público como orador: el 20 de diciembre de 1818 predica en la Universidad un sermón sobre la grandeza de María y su inmaculada concepción y el 18 de julio de 1819 repite nada menos que el elogio dedicado a San Juan Crisóstomo y con el cual había recibido el grado de licenciado en Teología.⁷⁶ El 21 de noviembre siguiente le corresponde dar el sermón que se le dedica a San Luis Gonzaga en los festejos de la Real y Pontificia Universidad.⁷⁷ “Hombre de

⁷⁴ GARCÍA, *op. cit.*, p. X; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Nota número 17 y “Producción literaria. Sermones y oraciones funerales” Repetición número 2 en Téllez, *et al.*, *op. cit.* Efectivamente, el 30 de junio de 1819 tiene lugar el examen y no un mes después como García señaló en su primer borrador (y más tarde enmendó en sus “apuntes biográficos” finales), pues la repetición del elogio dedicado a San Juan Crisóstomo, y con el cual Mora había recibido el grado de licenciado en sagrada teología como se asienta en el sermón resguardado en su documentación, se celebró el 18 de julio de aquel año, es decir, unos días después de haberlo pronunciado por vez primera.

⁷⁵ GARCÍA, Genaro, *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México publicados por...* tomo XXI (Noticias bio bibliográficas de alumnos distinguidos del Colegio de San Pedro, San Pablo y San Ildefonso de México (hoy Escuela Nacional Preparatoria) por el Dr. Félix Osoreo, segunda y última parte), p. 103; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Relación de méritos número 10 y “Producción literaria. Sermones y oraciones funerales” Sermón número 5 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.* Ya es catedrático de latinidad en 1819, como se advierte en su producción religiosa, y no en 1820 como afirman ARNÁIZ y FREG en su “Cronología”, *op. cit.*, y STAPLES, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁶ Aquí existe una segunda inexactitud que sostuvimos en otro estudio, pues si bien Mora obtuvo el grado de licenciado en Teología en 1819 en un primer momento habíamos considerado que semejante acontecimiento había ocurrido el 18 de julio como ambiguamente lo dejaba entrever el sermón dedicado a San Juan Crisóstomo que se encuentra en su archivo personal. Hoy, ahora que hemos avanzado en el conocimiento de los años primarios del personaje, sabemos que eso no fue así y que en realidad la fecha apuntada correspondía a una nueva presentación del sermón que le había otorgado el grado. *Vid.* ARGENTE y ENRÍQUEZ, *op. cit.*, en prensa.

⁷⁷ “Producción literaria. Sermones y oraciones funerales” Sermón número 8, Repetición número 2 y Sermón número 5 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.* La fiesta en honor a San Luis Gonzaga se celebraba conjuntamente con la Universidad dado que era el santo patrón de los estudiantes. Esta fiesta era especialmente relevante, pues se solemnizaba con procesión, misa y sermón en la capilla de la Universidad. Como puede advertirse a Mora le correspondió desempeñar esta última función aquel 21 de noviembre de 1819. MAYER, *op. cit.*, p. 27.

libros”⁷⁸ al fin, no conforme con estos cargos y ocupaciones, se desempeña al parecer desde 1817 como bibliotecario de San Ildefonso con tanto éxito que durante estos años “ha aumentado la librería de este Colegio, y hallándose maltratados sus estantes y libros, ha emprendido la fábrica de nuevos estantes con trescientos ochenta pesos, producto de la cesión que hizo de ciento veinte pesos anuales que como bibliotecario le tocan”.⁷⁹ Seguramente aquí, en este espacio, Mora termina por consolidar su formación académica y sin duda alguna a adquirir un gusto por los libros que nunca dejaría de acompañarlo ni en el exilio frugal y difícil que vivió en la segunda mitad de su vida.⁸⁰

En ese intenso bienio, al parecer ya desde 1819, se desempeña como clérigo diácono del obispado de Michoacán (quizá porque ese año se ordena como sacerdote)⁸¹ y en algún momento marcha a Puebla para estudiar en el Seminario Palafoxiano. Ahí recibe enseñanzas de Sagrados Cánones, Prima y Víspera de Sagrada Teología, Sagradas Escrituras, Filosofía, Derecho Civil y Derecho Natural.⁸²

El 26 de julio de 1820 la Nacional y Pontificia Universidad de México le otorga el grado de doctor en Sagrada Teología en su sala de actos. Parece ser que le apadrina don Pedro Marcos Gutiérrez, miembro del Tribunal

⁷⁸ Expresión tomada de KRAUZE, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁹ “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Relación de méritos número 10 en Téllez, *et al.*, *op. cit.* A decir de Arnáiz y Freg en 1817 Mora obtiene la beca de la Biblioteca de San Ildefonso. En las *Obras completas* también se apunta este año y se señala que Mora, bibliotecario de San Ildefonso, cede a favor de la misma la beca que le corresponde con la cual adquiere más de 300 volúmenes para la librería. “Cronología” de Arnáiz y Freg, *op. cit.*; “Cronología de José María Luis Mora” en MORA, José María Luis, *Obras completas*, volumen I, p. 540.

⁸⁰ En efecto, Mora es un hombre al que le apasionan los libros. Ya estando en el Seminario Palafoxiano de Puebla seguramente debió leer con avidez los textos ahí resguardados, años más tarde el estado de Zacatecas lo hace ciudadano suyo como resultado de sus buenos deseos para que la ilustración se propague por el estado, pues Mora había hecho una donación a la biblioteca pública de varias obras selectas. Y es que, como advierte Hale, ya desde 1817 era un ávido coleccionista de libros al punto que unos años después un viajero inglés diría que Mora contaba con la mejor biblioteca de México. Su pasión por los libros se advierte también en el exilio, centenares de facturas de libros figuran en su archivo personal. Para 1839 Mora, apunta Hale, se había quedado sin dinero y esto en parte era consecuencia directa de los gastos que había hecho en la compra de libros. Hale, *op. cit.*, pp. 75, 299; “Correspondencia de 1820 a Junio de 1833” Comunicado número 41, Bando número 42 y “Documentos financieros” en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁸¹ STAPLES, *idem*; “Cronología” de Arnáiz y Freg, *op. cit.*; Fernández Mac Gregor sostiene que fue hacia 1820 cuando obtiene el ordenamiento como sacerdote y no en 1829 como otros han señalado. FERNÁNDEZ MAC GREGOR, *op. cit.*, p. 6.

⁸² STAPLES, *idem*; LUGO PLATA, *op. cit.*, p. 19; “Cronología de José María Luis Mora” en MORA, José María Luis, *idem*. Lo que no deja de llamar la atención son las múltiples actividades que tienen lugar en los años apuntados y desarrolladas en lugares geográficos distintos.

del Consulado.⁸³ Hasta aquí termina su formación como teólogo, pero no su vida en San Ildefonso. Todavía el 14 de agosto de ese mismo año obtiene el nombramiento de catedrático de filosofía en su antiguo Colegio. Semejante nombramiento parece ocurrir en un momento de crisis para San Ildefonso que comienza a carecer de catedráticos.⁸⁴ El rector busca entre sus antiguos colegiales a aquel hombre virtuoso y apto para desempeñarse como catedrático de filosofía. Mora cuenta con las cualidades requeridas.⁸⁵ Y es que su trayectoria a la que no le faltaron premios, reconocimientos y grados académicos no dejan lugar a la duda. Así transcurrieron los años del joven colegial Mora, hombre disciplinado y austero, inmerso en el orden monacal de San Ildefonso que más tarde atacará por sus inconsistencias.

Siendo Mora hombre docto en la teología todavía hasta 1820, evidencia la concordancia de un hombre inmerso en la esfera religiosa. Es posible imaginar al teólogo guanajuatense predicando su oratoria sagrada, disertando sobre el sacramento de la eucaristía, arremetiendo contra el pecado y el vicio, hablando con elocuencia sobre la ascensión de Jesucristo en la catedral de México. En fin, “asistiendo a los moribundos, predicando en la Santa Iglesia Catedral y en otros templos de esta Ciudad, confesando con continuación, y diariamente en el tiempo de cuaresma hombres y mujeres, en virtud de las licencias que para el efecto tiene concedidas en este Arzobispado y en el Obispado de Valladolid de Mechoacan”.⁸⁶ Aparentemente Mora está conforme con las circunstancias que está viviendo. Aparentemente todo estaba bien y él conforme con su vida y sus circunstancias.

SEÑALES DE CAMBIO, “REACCIÓN TARDÍA”

En diciembre de 1820 el doctor en teología José María Luis Mora decide concursar por una canonjía en la catedral de México, para hacerlo, y lograr

⁸³ GARCÍA, *Documentos inéditos...* tomo VI, p. X; “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Nota número 17 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

⁸⁴ Esto no viene sino a confirmar el deterioro de San Ildefonso en el último cuarto del siglo XVIII, periodo en el cual el Colegio estuvo a punto de cerrarse definitivamente, sufrió daños como consecuencia de un sismo sucedido en la ciudad de México y quedó, económicamente hablando, vulnerable al no devolversele sus antiguas propiedades. Barceló, *op. cit.*, p. 241.

⁸⁵ “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Nombramiento número 7 en Téllez, *et al.*, *op. cit.*

⁸⁶ “Producción literaria. Sermones y oraciones funerales” Sermones número 6, 7 y 9 y “Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842” Relación de méritos número 10 en TÉLLEZ, *et al.*, *op. cit.*

que se le considere, presenta una relación sobre sus ocupaciones en San Ildefonso durante el tiempo que Nueva España ha estado inmersa en una guerra civil que, para este año, comienza a agonizar.⁸⁷ Mora parece seguir distante del conflicto que ha venido sacudiendo a la Nueva España desde hace diez años. No se tiene testimonio alguno de un cambio de parecer que permita afirmar lo contrario, incluso, parte de la explicación podría estar en que para alcanzar los honores recibidos tuvo que mostrar una conducta ejemplar, ponderada. Sin embargo, ¿qué gravitaba en su cabeza? ¿de verdad era tan ajeno a la situación social tan intensa que se vivía en la Nueva España? Seguramente no era tan distante a la conmoción que el restablecimiento de la Constitución liberal de 1812 estaba ocasionando entre los criollos y la élite novohispana que apenas se enteró de su restablecimiento buscó la separación inmediata con España en aras de conservar el orden establecido. Una vez trastocado el orden que con dificultad se había mantenido, Mora, como muchos otros, estaba en condiciones de militar en la vida pública del nuevo país. Además, en ese año de 1820 se le negó la posibilidad de convertirse en canónigo de la catedral; para su sorpresa perdió la prebenda. No se conocen las causas por las que no ganó después de una carrera académica y religiosa destacada pero algunos de sus críticos han sostenido que tal vez en este momento de su vida se encuentren los orígenes del anticlericalismo que prontamente el teólogo comenzó a manifestar y tal vez tienen cierta razón.⁸⁸ Pudo ser el detonante de la acumulación de varios años de resignación. Aunque posiblemente las raíces del cambio habían comenzado desde antes; en sus años de estancia en San Ildefonso.⁸⁹

En noviembre de 1821, cuando la independencia política se ha consumado, Mora comienza a ejercer como periodista. Desde su primera publicación, el *Semanario Político y Literario*, el teólogo empieza a difundir los principios políticos más liberales como señala Genaro García y, como muchos criollos entusiasmados, canta las glorias de la Independencia y de una revolución que si bien pernicioso, resultó ser un mal necesario.⁹⁰

⁸⁷ "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842" Relación de méritos número 10 en TÉLLEZ, *et al*, *op. cit.*

⁸⁸ STAPLES señala que San Ildefonso pudo haber influido poderosamente en él para atacar mentalidades y tradiciones que llegó a conocer precisamente ahí. Lira, "Prólogo..." en MORA, José María Luis, *op. cit.*, p. 21; HALE, *op. cit.*, p. 75, KRAUZE, *op. cit.*, p. 146; STAPLES, *op. cit.*, p. 242.

⁸⁹ Y es que es ese sigilo con el que se conduce lo que impide atisbar señas de cambio en su actitud, de repente en los años veinte Mora parece darle un giro a su vida que se antoja inesperado, pero que a la luz de sus acciones venideras podemos encontrarle raíces en su estancia de San Ildefonso.

⁹⁰ GARCÍA, *Documentos inéditos...* tomo VI, p. XI; HALE, *idem*.

Acepta lo que ya es inevitable y tiempo después llegará a esbozar alguna interpretación para explicar los orígenes del proceso que ha derivado en la separación de España.⁹¹ Mora parece ver ya con otra mirada la revuelta que había estallado mientras él estaba en San Ildefonso. Esa mirada no parece ser otra más que la de la distancia y la de la madurez reflexiva que un proceso ahora concluido le puede ofrecer.

En diciembre se le nombra vocal de la Junta Protectora de la Libertad de Imprenta que instituye la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio y al mes siguiente resulta electo miembro de la diputación provincial de México.⁹² Momento que aprovecha para dirigir una carta al presidente de la Regencia, Agustín de Iturbide, y poner bajo su protección el patronato del Colegio de San Ildefonso, con la contundente frase: "sin dependencia de la jurisdicción espiritual o eclesiástica". Y además le solicita el permiso para "proponer las reformas y mejoras que el transcurso de los tiempos y la diversidad de las circunstancias hacen del todo necesarias en nuestros estatutos, y dictan desde luego las acertadas providencias que su acreditado tino y ardiente deseo del bien público estime conducentes al mayor lustre y prosperidad del Colegio".⁹³ Sus declaraciones son claras. Su distanciamiento de la Iglesia también; no de la fe, de la que no se separaría toda su vida.

La petición de Mora surte efecto inmediato, la Soberana Junta Provisional Gubernativa le notifica su nombramiento como uno de los individuos de la comisión encargada de preparar al próximo congreso los trabajos necesarios para la formación de un plan de estudios.⁹⁴ El doctor Mora trabaja en esto con tal acierto que redacta una exposición sobre el estado del Colegio de San Ildefonso en todos los ramos de su administración y gobierno y propone una serie de reformas para su variación que merece el elogio de Lucas Alamán. Curiosidades de la historia, el futuro líder del conservadurismo no negó los méritos del que será reconocido después como padre del anticlericalismo y en cierta forma su antagonista. En palabras de Alamán: "es ciertamente laudable el celo por el bien público que

⁹¹ Vid. Hale, *ibidem*, pp. 75, 76.

⁹² "Correspondencia de 1820 a Junio de 1833" Nombramiento número 2 y número 4 en TÉLLEZ, *et al*, *op. cit.*; García, *Documentos inéditos...* tomo VI, p. XI.

⁹³ "Carta de José María Luis Mora a Agustín de Iturbide referente al Colegio de San Ildefonso" en MORA, José María Luis, *Obras completas*, volumen 1, ...pp. 41, 42.

⁹⁴ "Correspondencia de 1820 a Junio de 1833" Nombramiento número 5 en TÉLLEZ, *et al*, *op. cit.*

distingue al Dr. Mora, y que felizmente dedica a uno de los objetos de primera importancia, cual es la educación e ilustración de la juventud".⁹⁵

Pero la respuesta contundente de esta aparente "reacción tardía",⁹⁶ como dice Andrés Lira, tiene lugar en 1823 cuando caído el Imperio de Iturbide, al que Mora termina oponiéndose, y establecido un ejecutivo provisional, se le encomienda una vez más presentar al Congreso un plan general de instrucción y educación pública. Es muy probable que presentara el mismo trabajo que un año antes había redactado y que mereció los elogios de Alamán.⁹⁷ Esta "Memoria" no deja lugar a la duda sobre el cambio que ya había comenzado a operar en el pensamiento del teólogo quien, contrario a los intereses de su clase, había sentenciado su negativa a que el Colegio siguiera funcionando bajo el cobijo de la Iglesia. ¿Qué reformas consideraba Mora para variar el estado en el que se encontraba el Colegio de San Ildefonso, el establecimiento que años atrás lo había formado?

Por principio de cuentas seguiremos insistiendo en que la voz de la experiencia habla en aquella memoria y parece significativo señalar que resulta irónico que uno de sus más destacados colegiales, aquel que había conquistado una serie de reconocimientos y grados y que había mantenido una conducta "buena, arreglada y cristiana", fuera quien al final de cuentas terminara por mostrarse inconforme con el régimen prevaleciente en San Ildefonso. Insistiremos también en que Mora mantuvo un ponderado silencio como colegial; silencio que no necesariamente implicó aceptación a las condiciones que normaban a San Ildefonso. Quizá la semilla de la inconformidad había quedado instalada en aquellos años de estudio. Ahora que las condiciones para el cambio estaban dadas había llegado el

⁹⁵ GARCÍA, *Ibidem*, pp. XI, XII. Nótese aquí, y a partir del contenido de la memoria que Mora vuelve a presentar en 1823, a un Lucas Alamán que dista mucho de ser el campeón del conservadurismo como tradicionalmente se le ha considerado. Hale, Krauze y otros tantos estudiosos ya han destacado las semejanzas que Alamán y Mora guardaban entre sí. El conservadurismo de Alamán viene a ser posterior a la guerra con Estados Unidos, antes difícilmente podría considerársele como tal.

⁹⁶ Lira habla de un rechazo tardío a la institución que formó a Mora. Esto solo parece justificado en la medida en que ni sus escritos ni sus acciones permiten relevar lo contrario, sin embargo, como aquí se sostiene, quizá ya el joven colegial mostraría inconformidad con la institución que lo formó desde sus días en San Ildefonso. Lira, "Prólogo..." en MORA, José María Luis, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁷ FERNÁNDEZ MAC GREGOR, *op. cit.*, p. 9. Heredia Correa es de opinión contraria, pues sostiene que la memoria presentada en tiempos de Iturbide se perdió. No parece ser así y en caso que así haya sido no parece descabellado sugerir que Mora se haya basado en aquella memoria para redactar la que vendría luego en 1823. Roberto Heredia Correa, "Tres reformas educativas en torno a 1833" en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, volumen IV, número 16, 1983, p. 20.

momento de ir a fondo en la transformación de San Ildefonso y adecuarlo a los nuevos tiempos.

En su Memoria, el ideólogo de 1833 propone la supresión de las lecciones de refectorio y sabatinas, aboga por la suspensión del régimen festivo, de los castigos a los colegiales que nada tengan que ver con las faltas que aquellos cometan al estatuto y, sobre todo, por la supresión de los castigos corporales. Si el derecho criminal había entrado el siglo anterior a un proceso de dulcificación por qué no habría de suceder en otros ámbitos como el de la formación religiosa. Asimismo, advirtiendo las faltas que padece un plan que resulta obsoleto y en nada acorde con las nuevas condiciones, Mora solicita el establecimiento de una cátedra de gramática castellana, la "lengua patria" de México, así como una de política constitucional y una de economía política.⁹⁸ Para estas dos últimas recomienda además el *Curso de política constitucional* de Benjamín Constant y el *Tratado de economía* de Juan Bautista Say,⁹⁹ respectivamente, obras que quizá leyó ya como bibliotecario de San Ildefonso, ya fuera de él y como bibliófilo que siempre fue. Para la de artes propone el *Compendio filosófico* del Abate Para que ya conocía como colegial. Por si esto no bastara, espera el pronto cierre de la cátedra de teología y ello explica que no proponga cambio alguno a una facultad a la que no le ve ya ningún futuro.¹⁰⁰ Años más tarde dirá que las cátedras de teología son inútiles.¹⁰¹

AÑOS DECISIVOS

A estas alturas parece indudable y ciertamente creíble afirmar que los primeros años del "teólogo liberal" fueron y son a la luz de la distancia

⁹⁸ Para instituir estas cátedras Mora esgrime los siguientes juicios. Por un lado, expone que así lo exigen las circunstancias e ideas del día, dado que ambas son las ciencias que más se aprecian en el siglo; por el otro, sostiene que así lo estipula un decreto de las Cortes de España en el que manda enseñar la Constitución y para cumplir con ello se debe crear una cátedra de política distinta de la de jurisprudencia que ya existe en San Ildefonso. *Vid.* "Don José María Luis Mora presenta una memoria..." en MORA, José María Luis, *Obras completas*, volumen I, p. 55.

⁹⁹ Por cierto, a decir de Silva Herzog, Mora enseñó Economía entre 1823 y 1824. SILVA HERZOG, Jesús, "El doctor Mora, economista" en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo V, número 5, 1950, p. 51.

¹⁰⁰ "Don José María Luis Mora presenta una memoria..." en MORA, José María Luis, *op. cit.*, pp. 52-62. Al parecer Heredia Correa desconocía este documento, pues en su estudio sostiene que esta segunda memoria nunca se elaboró. Heredia, *idem*.

¹⁰¹ MORA, *Obras sueltas*...p. CXCIV, CXCVI.

decisivos en su futura trayectoria como hombre público. ¿A la luz de la distancia? Parece ocasión oportuna para intentar mirar escuetamente al futuro y advertir que, efectivamente, todo tiene un origen y para José María Luis Mora se encuentra allá, en su natal Chamacuero y luego acá, en el Colegio de San Ildefonso. Miremos, pues, a futuro y descubramos la valía que guardan sus años primarios en la vida del futuro ideólogo.

Puente entre siglos, nacido en el seno de un régimen virreinal en agnía, hijo de estirpe europea, llamado a servir a la Iglesia y a su clase social, Mora prefiere asistir al nacimiento de México a primera hora, abandonar su estado clerical y militar como hombre público condenando el régimen del que proviene, ¿dónde debemos situar el quiebre? Necesariamente allá, en San Ildefonso.

Nacido en la intendencia de Guanajuato, en el pueblo de Chamacuero, en tierra señoreada por criollos, y luego educado en colegios decorosos, alejado de la provincia, formado en la ciudad, Mora debió pensar como criollo, negar a los indios en el constituyente del Estado de México y aceptar que le gustaba más la vida urbana (la civilización) que la rural, ¿dónde estaba el origen de este gusto y de esta óptica? Necesariamente allá en Chamacuero y en San Ildefonso. Su cuna criolla le vedaría con toda seguridad la posibilidad de ver más allá de los suyos ¿no acaso su actitud era coherente como lo fue la de su adversario Juan Rodríguez Puebla que nacido indio defendió a éstos a capa y espada, al colegio de San Gregorio y la educación especial para los “antes llamados indios”?¹⁰²

Concedor de lo que se disponía a atacar, Mora se reconoce como reformador a primera hora, llama a la variación de San Ildefonso en 1822, al cambio del mismo en 1823, a la supresión de la Universidad en 1833-1834, ¿Dónde estaba la raíz del problema que buscaba erradicar? ¿Dónde la experiencia que lo conducía a actuar con certeza a la hora de buscar una reforma educativa? ¿dónde el germen de su memoria de 1823? Necesaria-

¹⁰² La actitud de Mora también resulta comprensible no sólo por sus orígenes hispánicos sino también porque, como ha observado Hale, en sus primeros años como nación independiente México emergió ante todo como un país en manos de criollos, institucionalmente, y por encima de los niveles local y rural (donde concentraban el poder los indios y, al cabo de los años, los mestizos), México era una nación hispánica; aun en el campo lo que dominaba era la hacienda criolla. Los criollos tuvieron que llevar sobre sus hombros la tarea de organizar política y socialmente al país. Habrá que esperar a la segunda mitad del siglo XIX para que nuevos actores sociales, desprendidos del régimen virreinal, tomen el poder, será el momento de los mestizos. HALE, *op. cit.*, p. 223; KRAUZE, *op. cit.*, p. 188; LIRA, *Espejo de discordias...* p. 24.

mente allá en San Ildefonso, la institución que lo formó y deformó y en la que tuvo que vivir como colegial en monasterio.

Su actitud adversa a la Iglesia, su gusto por los libros y su futura tuberculosis que lo llevaría a la tumba ¿dónde los encontró? ¿No acaso en sus años como colegial en una institución gobernada por rigurosos preceptos religiosos, oscura y fría como San Ildefonso?¹⁰³ ¿No acaso en sus años como bibliotecario en San Ildefonso, en su estancia en el Seminario Palafoxiano de Puebla o en aquellos años que fungió como presbítero o pretendió ser canónigo conociendo los atropellos de la Iglesia? ¿no tal vez en sus lecturas de juventud de un establecimiento que aunque cuasi monacal también había atravesado la senda ilustrada?¹⁰⁴

Su ambivalencia por la “revolución” iniciada en 1810, a la que bien pudo calificar como un mal necesario porque fue tan necesaria para la consecución de la Independencia, como pernicioso y destructora para el país,¹⁰⁵ ¿no acaso pudo deber algo al triste destino de su familia, pudiente y ahora empobrecida en un día, o a la muerte de su hermano a la hora de haber empuñado las armas? ¿No acaso pudo fincarse en la experiencia de su propio pasado como lo sería para Alamán cuando vio morir a los suyos en Guanajuato? Quizá y si así fuera necesariamente habría que voltear a mirar su pasado.

Y finalmente, sus amistades íntimas y sus futuros adversarios, ¿no acaso los llegaría a conocer por vez primera en San Ildefonso? Ciertamente fue San Ildefonso el principio de las relaciones íntimas que Mora pudo afianzar avanzados los años. Ahí, en ese colegio conoció a sus amigos pero también a los que con el tiempo serían sus más enconados adversarios. Mora fue compañero de clase de José María Tornel y José María Bocanegra, el tiempo se encargaría de distanciarlos.¹⁰⁶ Contrariamente el destino quiso reunir una vez más a Mora con Domingo Lazo de la Vega y José Nicolás de Oláez, también antiguos colegiales de San Ildefonso, a la

¹⁰³ STAPLES, *op. cit.*, p. 241. Según Arnáiz y Freg en 1819 Mora enferma de tuberculosis pulmonar, en las *Obras completas* también se asienta el dato. “Cronología” de Arnáiz y Freg, *op. cit.*; “Cronología de José María Luis Mora” en José María Luis Mora, *Obras completas*, volumen 1..., p. 540.

¹⁰⁴ LIRA advierte que en las lecturas de juventud de Mora abundaron las obras de críticos del régimen monárquico y del orden social y económico, *Idem*, “Prólogo...” en *José María Luis Mora*, *op. cit.*, p. 21; Hale, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁵ ARNÁIZ, *op. cit.*, p. XXVII; Lira, *Espejo de discordias...* p. 22.

¹⁰⁶ ARNÁIZ, *op. cit.*, pp. VII, VIII. Se trata de los mismos críticos de Mora que se refirieron en otra parte.

hora de legislar en el estado de México, y al campeón del anticlericalismo con Luis Gordo, Luis Gonzaga Cuevas o con José Bernardo Couto, su entrañable amigo aun en el exilio y antes que nada su discípulo.

Menos posible se antoja el encuentro con el aristócrata Francisco Fagoaga o con Melchor Múzquiz, el futuro gobernador del estado en el que legisló, y es que ambos eran un tanto mayores que Mora, uno había estudiado gramática y filosofía para después marchar a Europa, el otro se encontraba estudiando jurisprudencia entre 1810 y 1811 al tiempo que Mora hacía lo propio todavía en el Colegio del Rosario, estudiando filosofía, además Múzquiz, a diferencia de Mora, sí se alistaría a las filas insurgentes abandonando en consecuencia San Ildefonso.¹⁰⁷ Empero todos habían estado en San Ildefonso sin saber evidentemente que el tiempo no tardaría en reunirlos nuevamente para afianzar viejas relaciones de amistad fraguadas desde el Colegio, para comenzarlas o para forjar ahora enemistades y adversidades. Todos estaban ahí precisamente, en el Real y más Antiguo Colegio de San Ildefonso, los más advirtiéndolo quizá los méritos del joven Mora, reconociendo las capacidades del colegial y catedrático.

Insospechablemente los años primarios del doctor Mora fueron mucho más decisivos de lo que a veces se aparenta. El destino de José María Luis Mora se había fraguado sigilosamente en San Ildefonso.

¹⁰⁷ HALE, *op. cit.*, p. 301; GARCÍA, *Documentos inéditos...* tomo XXI, p. 187.

Fuentes consultadas

- Actas del Congreso Constituyente del Estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden*, tomo I, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1824.
- ARGENTE, Arturo y ENRÍQUEZ, Antonio, "José María Luis Mora y su relación con la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera, ¿conversión al protestantismo o concordancia con las ideas de un liberal?" en Rafael Estrada M. y Mario A. Téllez G. (compiladores), *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, en prensa.
- ARNÁIZ Y FREG, Arturo, "Prólogo" en José María Luis Mora, *Ensayos, ideas y retratos*, México, UNAM, 1991.
- BARCELÓ QUINTAL, Raquel Ofelia, "El Antiguo Colegio Real de San Ildefonso en el siglo XVIII: modernidad ilustrada, pensamiento y sociedad novohispana" en Fernando Navarro Antolín (editor), *Orbis Incognitus. Avisos y legajos del Nuevo Mundo*, XII Congreso Internacional de la AEA, volumen II, España, Universidad de Huelva, 2008.
- COSTELOE, Michael, "Una curiosidad histórica: las primeras reseñas de las *Obras sueltas* de José María Luis Mora (1839)" en *Historia mexicana*, volumen XXXVII, número 3, 1988.
- FERNÁNDEZ MAC GREGOR, Genaro, "El Doctor Mora" en *El Doctor Mora redivivo*, México, Botas, 1938.
- GARCÍA, Genaro, *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México publicados por...*, tomo VI (Papeles inéditos y obras selectas del doctor Mora), México, Librería de la vda. de Ch. Bouret, 1906.
- _____, *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México publicados por...*, tomo XXI (Noticias bio bibliográficas de alumnos distinguidos del Colegio de San Pedro, San Pablo y San Ildefonso de México [hoy Escuela Nacional Preparatoria] por el Dr. Félix Osores, segunda y última parte), México, Librería de la vda. de Ch. Bouret, 1908.
- HALE, Charles, *El liberalismo mexicano en la época de Mora (1821-1853)*, México, Siglo XXI, 1994.
- HEREDIA CORREA, Roberto, "Tres reformas educativas en torno a 1833" en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, volumen IV, número 16, 1983.

- KRAUZE, Enrique, *Siglo de caudillos. Biografía política de México (1810-1910)*, México, Tusquets editores, Colección Andanzas, número 207, 1994.
- LIRA, Andrés, *Espejo de discordias. La sociedad mexicana vista por Lorenzo de Zavala, José María Luis Mora y Lucas Alamán*, México, SEP, 1984.
- _____, "Prólogo a la segunda edición" en José María Luis Mora, *Obras completas*, volumen 1, Obra política, México, Instituto Mora/CONACULTA, 1994.
- LUGO PLATA, Eliseo, *Fuera de serie. José María Luis Mora de Lamadrid (1794-1850)*, Cuadernos de Cultura Universitaria, número 11, México, UAEM, 1995.
- MAYER, Leticia, "Lo festivo y lo cotidiano en el real y más antiguo Colegio de San Ildefonso. 1771-1796" en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, volumen XIV, número 55, 1993.
- MORA, José María Luis, *Ensayos, ideas y retratos*, México, UNAM, 1991.
- _____, *Méjico y sus revoluciones*, tomo IV, París, Librería de Rosa, 1836.
- _____, *Obras sueltas*, tomo I, París, Librería de Rosa, 1837.
- _____, *Obras completas*, volumen 1, Obra política, México, Instituto Mora/CONACULTA, 1994.
- _____, *Obras completas*, volumen 8, Miscelánea, México, Instituto Mora/CONACULTA, 1994.
- SÁNCHEZ ARCE, Rodrigo, *Retratos de una revolución, José María Luis Mora y la Independencia de México*, Gobierno del Estado de México, 2012.
- SILVA HERZOG, Jesús, "El doctor Mora, economista" en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo V, número 5, 1950.
- STAPLES, Anne, "José María Luis Mora" en Virginia Guedea (coord.), *El surgimiento de la historiografía nacional*, volumen III, México, UNAM, 2011.
- TANCK DE ESTRADA, Dorothy, "Ilustración, educación e identidad nacionalista en el siglo XVIII" en Josefina Zoraida Vázquez (coordinadora), *Gran historia de México ilustrada*, tomo III, México, PlanetaDeAgostini/CONACULTA/INAH, 2002.
- TÉLLEZ G., Mario A., BARBOSA C. Mario, y SUÁREZ M., Rodolfo, DVD, *José María Luis Mora. Su archivo personal*, México, Universidad de

Texas/CONACYT/Escuela Libre de Derecho/Instituto de Estudios Latinoamericanos Teresa Lozano Long/Instituto Mora/INACIPE/ITESM/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Tribunal Superior de Justicia del Estado de México/Universidad Autónoma Metropolitana, 2013.

- TÉLLEZ G., Mario A. "Los avatares de José Ma. Luis Mora para ser abogado: un trayecto de afortunadas coincidencias" en Rafael Estrada M. y Mario A. Téllez G. (compiladores), *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, en prensa.

DISCURSO DEL LIC. FAUZI HAMDAN AMAD,
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2014-2015

Distinguidos miembros del *presídium*,
Queridos profesores,
Jóvenes estudiantes,
Señoras y señores:

El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como idea de tendencia es esencialmente doble, porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio, no basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta tal grado que el derecho no es, en su conjunto y en cada una de sus partes, más que una constante respuesta a aquella doble pregunta, no hay una sola institución jurídica, sea de derecho público o de derecho privado, que no haya señalado que el concepto o definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él.

El medio por muy variado que sea se reduce a una lucha, una lucha constante contra la injusticia, por ello, el Derecho encierra una antítesis, que nace de esta idea, que es su esencia inseparable: la lucha y la paz.

La paz sin la libertad es el estado en condición de acto, precisamente de derecho, y la lucha es la constante acción, como medio para alcanzarla, por ello, siempre se habla de la lucha del Derecho contra la injusticia. Si el Derecho no lucha y no hace una heroica resistencia contra aquella, se negará a sí mismo; desde que el mundo existe y hasta en tanto dure, el derecho hablará de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. No hay Derecho en el mundo, en cualquiera de los países, desde la primera

civilización, en que no se haya adquirido el Derecho mediante la lucha, ha sido indispensable imponerse por la lucha y en los casos extremos por las guerras, en el caso de aquellos que se resistan, hasta ese grado, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos, aún a costa de su propia libertad.

El Derecho no es idea lógica ¡Entiéndanlo! Ojalá que nos vaya el veinte en este sentido, es una idea de fuerza.

He aquí por qué la justicia representada en una mujer alada, sostiene en una mano la balanza donde se pesa el Derecho, en tanto con la otra, la espada que sirve para hacerla efectiva y hacerla real. La espada sin la balanza es la fuerza bruta y la balanza sin la espada es el derecho en su total impotencia.

El derecho es el trabajo sin descanso, no sólo de los poderes públicos, sino también del poder del Estado, por eso, el lema de esta escuela es "*Con honor, disciplina y excelencia académica se forja juristas que luchan por la justicia y la libertad*".

Aunque la semana pasada di la bienvenida a los de nuevo ingreso, con motivo del curso propedéutico, hoy formalmente les doy la bienvenida a la centésima tercera generación y por ello, siendo las 9:45 del día 18 de agosto de 2014, declaro inaugurados los trabajos correspondientes al año lectivo 2014-2015. ¡Felicidades! y ¡Bienvenidos!

DISCURSO DE INAUGURACIÓN DEL MAESTRO RODOLFO GÓMEZ ALCALÁ

Mi querido maestro: Fauzi Hamdán Amad,
Rector de la Escuela Libre de Derecho.
Respetables miembros de la Junta Directiva.
Ex rectores presentes.
Señores profesores y colegas.
Estimados alumnos.
Señoras y señores:

Cuando Cicerón, hace más de 2,000 años, defendió a Aulo Cecina Alieno, en uno de los grandes asuntos civiles que se le recuerdan y que versó sobre lo que ahora llamaríamos un interdicto para recuperar la posesión, tuvo que definir lo que era el Derecho, señaló que era algo evidente, claramente perceptible en cada caso, no dependiendo siempre de la letra de la ley, ni de la opinión popular y que por tanto, no se podía doblegar por las influencias, ni quebrantarse por el crédito, ni modificarse por el dinero. Subrayó que si los abogados no pugnaban para que se aplicara todos los días, se destruiría, provocando con ello, la discordia y la ruina de las ciudades.

Si bien la labor de este gran jurista en su defensa no tuvo un resultado favorable, como lo opinan la mayoría de sus estudiosos, nos dejó en sus palabras y en su actitud, en este sólo caso, la esencia misma de lo que es el Derecho y lo que constituye el ser abogado. El primero, no sólo es voluntad política transitoria, plasmada por medio de leyes y sujeta al vaivén de las pasiones temporales, que impiden un conocimiento certero y objetivo de él, sino además y sobre todo, el reflejo de la historia misma del

hombre y de la sociedad en la que se encuentra, conjuntamente con el uso de la razón práctica que aspira a ser correcta y que se manifiesta en cada controversia. De hecho, la historia del pensamiento jurídico no es más que el predominio que ha habido a estos tres distintos elementos que siempre hemos encontrado en el Derecho.

Por lo que hace a los abogados, son los que brindan día a día una constante lucha para que en nuestro medio y en los casos que nos son confiados, impere la justicia, que es otra palabra con que se debería identificar al Derecho, sentido que en los siglos pasados se fue perdiendo, pero que en estos tiempos ha comenzado a renacer no sólo en las aulas universitarias, sino principalmente en los juzgados de todos los niveles y de la mayoría de los países occidentales. Como lo apuntó Gustav Radbruch el gran filósofo del derecho del siglo XX, cuando se pierde lo que debe constituir el sentido del quehacer jurídico, nos encontramos en presencia de la arbitrariedad legal y los juristas deben estar alertas para combatirlo.

Lo apuntado por Cicerón, que identificó al Derecho como un compromiso indoblegable con la Justicia, representa uno de los lemas de esta Escuela, que aparece en los títulos profesionales que expide, para recordar a todos sus egresados la visión que deben tener frente al Derecho, la actitud que deben asumir y la tarea que deben desarrollar en su servicio profesional.

Para ello, la misión que tiene nuestra institución, desde hace más de ciento dos años, es la de formar auténticos abogados, bajo los más altos estándares de ética, calidad profesional y exigencia académica, que también estén preocupados por la difusión y el hacer avanzar dentro de su campo de acción a la ciencia jurídica.

En Asambleas como en las que hoy participamos debemos tener presente que el nacimiento de nuestra querida escuela obedeció a una idea que al día de hoy hemos logrado preservar y que, sin duda significa nuestro primerísimo orgullo: la de lograr un centro de enseñanza y de investigación, ajeno a cualquier ánimo de lucro, o a la defensa de intereses políticos, o a la enseñanza de postulados religiosos. Esto es, nuestra nota diferenciadora es la libertad con la que fue creada y con la que se desarrolla todos los días, ajena a todo aquello que no sea el cultivo especializado y desinteresado de las ciencias jurídicas, con ello podemos lograr formar profesionistas

responsables, con personalidades vigorosas, independientes y por ello, auténticamente libres en el ejercicio de sus actividades.

La fortaleza de nuestra escuela no radica en la dependencia de recursos públicos o privados para su subsistencia, ni en el poder económico de quienes pretenden regir la educación, ni en la propagación o el aprovechamiento de visiones religiosas, sino en la labor única y persistente de todos sus egresados en preservar la finalidad con la que fue creada. Tal libertad no sólo cobija a la Escuela sino a todos sus profesores, que no pueden ser afectados en su labor docente ni científica por influencias o presiones externas o de cualquier otro tipo. Cualquier intento por controlarlos o dominar a nuestra institución debe estar condenado al fracaso. Por ello, tal nota de libertad, que aparece en nuestro nombre, es el elemento que nos hace distinguir de los restantes planteles de enseñanza que existen en el país. Ninguna otra puede equipararse en este punto y de ahí su unicidad y la imposibilidad de ser comparada o evaluada con otros centros de estudios, como recientemente se ha pretendido hacer.

Para el mejor cumplimiento de nuestra finalidad, también nos hemos impuesto otra nota que asumimos con gran estimación y que nos remonta con el origen de la práctica de la abogacía y del Derecho, pero que al día de hoy, se antoja extraña en este mundo donde impera la visión mercantilista de todo cuanto nos rodea. Es la gratuidad de los servicios que brindan sus profesores, que no es otra cosa que colocar al servicio de la comunidad, el talento de que los saben lo que es el Derecho, virtud que fue inaugurada, según creían los romanos, en el propio Rómulo y que rigió en todo el derecho antiguo, dotándolo del más alto sentido ético. Para nosotros, la gratuidad de este servicio no sólo es el pago adecuado que damos a nuestra Alma Mater por la formación que nos brindó, sino además permite al profesor dar un servicio a la sociedad en la que actúa permaneciendo ajeno a las esferas del poder. Resulta vital que éstas no intenten desviarlos de su actuación; de ahí que nuestros profesores sean verdaderamente independientes y no sean, ni puedan ser sujetos de escrutinio ni de control por otras instancias.

Como Escuela, la Libre debe aspirar a conculcar en sus alumnos las características que comprometen a toda educación, según expuso brillantemente Bertrand Russell: el desarrollo de la inteligencia así como el conocimiento que permitan a sus egresados encontrar la mejor

respuesta a los problemas que se le presentan; el valor y el coraje para poder hacer triunfar las respuestas que honestamente hayan encontrado y para hacer siempre lo que es debido; la vitalidad en el cuerpo y alma que nos permitirá llevar adelante nuestra misión y por último, fomentar el amor y la sensibilidad para comprender mejor al hombre, ya que el Derecho no es sólo más que un instrumento que le ayuda a lograr su felicidad, a evitar en lo posible los sufrimientos que provocan las acciones injustas y las dictaduras. Si algún consejo me permito darles a los alumnos que este día comienzan sus estudios, es que además de dedicarse con intensidad en sus estudios, procuren por sí o con la ayuda de sus profesores y familiares, a cultivar estas virtudes cívicas, de necesaria actualidad y por cierto no son muy distintas de las que al inicio del pensamiento humano ya había enunciado Platón en su maravillosa "*República*" como prototipo del hombre ideal.

En el sendero recorrido, hemos ido formando un muy rico y original patrimonio cultural, que forma parte de nuestro legado y de nuestra respuesta al mundo sobre la manera en que debe entenderse y ejercerse el Derecho, el cual es necesario preservar y acrecentar para los abogados de las próximas generaciones. Para ello es indispensable que tengamos siempre presente la finalidad que nos formó y la que nos reúne, además de los muchos puntos en que coincidimos, lo que nos obliga a la unidad de todos, en aras a seguir manteniendo vivo ese afán: éste es el único medio adecuado para mantener el camino que se ha emprendido.

No podemos permitir privarnos de voces valiosas ni de puntos de vista que enriquecen nuestro ideario, que nos ayudan a comprender mejor nuestra realidad, además de que nos facilitan el seguir cumpliendo con nuestra finalidad. Que la consecución de los objetivos particulares se haga siempre dentro del espíritu que nos ha dado la Escuela. Es eso lo que, ante todo, debemos a nuestros alumnos y a nuestro país y lo que nos reclamarán en caso de incumplimiento cuando hayamos muerto. He ahí el sentido profundo, pluralista, integral, de la "*comunidad de vivos y muertos*" a la que se refería Don Manuel Herrera y Lasso.

Como abogados ya hemos logrado imprimir y resaltar nuestra imagen en la comunidad nacional y ahora hemos empezando a dirigir nuestra presencia hacia algunos puntos del plano internacional. Es la presente celebración la ocasión propicia para insistir en este tema. Frente a la revolución tecnológica que estamos viviendo, la reducción de las fronteras

en el campo de la ciencia, la transformación de los estados nacionales, la formación de un derecho común a nivel mundial y la libre así como acelerada circulación de las ideas científicas, es necesario que ahora apuntemos como parte indispensable de nuestra meta, no sólo en seguir profundizando en los niveles de estudio que impartimos, sino en la necesaria y vital comunicación con profesores y universidades de otros países, también con el sello diferente que nos caracteriza, rabiosamente independientes y técnicamente impecables.

Por ello, larga vida a la Escuela Libre de Derecho.
Muchas gracias.

INAUGURACIÓN DEL CLICLO ESCOLAR 2014-2015

¡ Diana NAVA MUCIÑO*

Hoy, la Escuela Libre de Derecho inicia un ciclo más en su *significativa* vida educativa.

Una temporada de lluvias, un año de experiencias, dificultades, logros y fracasos, que con actitud propositiva, le darán gran valor a su vida y formación.

Con este motivo y a nombre de todos quienes integramos la Sociedad de Alumnos, doy la bienvenida a todos los estudiantes, y de forma especial a los de nuevo ingreso, ¡bienvenidos a nuestra escuela!

Ustedes YA eligieron a la Escuela Libre de Derecho.

Ahora ¿la Escuela Libre de Derecho los elegirá a ustedes? No lo dejen al destino, decidan ser mujeres y hombres valientes, tenaces, responsables, perseverantes, soñadores pero disciplinados, y estoy segura, que ningún obstáculo los detendrá, la Libre será su segunda casa y su *alma mater*.

De forma anticipada debemos dar las gracias a Nuestros profesores y a todos los trabajadores de la escuela, porque su dedicación no sólo son ingredientes fundamentales a lo largo de nuestra formación, su ejemplo y entusiasmo son actos que nos motivan.

En esta ocasión voy a tomar unos breves momentos para hacer algunas reflexiones, particularmente para nuestros compañeros de nuevo ingreso, sobre el sentido que representa estudiar la carrera de Abogado en nuestra querida Escuela.

De inicio, estudiar aquí es una de las decisiones más importantes que podemos tomar en la vida.

* Presidenta de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho.

Es una responsabilidad que conlleva un conjunto inevitable de cambios en nuestra vida cotidiana, y el poder hacerlo es una enorme oportunidad que se gana con esfuerzo y con trabajo.

Es necesario que sepan, para que puedan vivirla y disfrutarla, que la Libre, es fuente de habilidad, coraje, valentía, amigos y éxito, pero para ello el camino no es fácil, ser abogado de la Escuela Libre de Derecho requiere un esfuerzo permanente.

Alcanzar las metas parciales, pasar los primeros exámenes, a pesar de la carga que ello representa, producen en nosotros un sentimiento de felicidad, de alegría con nosotros mismos.

Hacer las cosas bien, verlas reflejadas a medida que superamos cursos y asignaturas es una sensación indescriptible, y podemos decir que estamos logrando algo muy importante, forjar nuestro propio destino.

Debemos recordar que la mejor preparación para el mañana es la que implica hacer el trabajo de hoy lo mejor que se pueda, y para ello, ciertamente, se necesita demostrar ¡mucho coraje, capacidad y una actitud tenaz!, que todo alumno de la Libre refleja al preparar sus clases y ser examinado en las mismas, y sin duda alguna, al escuchar ese llamado a examen, reflejado en el sonido emitido por la campana y saber, que es momento de demostrar de lo que estamos hechos.

Con toda seguridad les digo que aquí encontrarán en los directivos, en los profesores, en los trabajadores de la Escuela y en sus compañeros, el mejor apoyo para vivir los intensos periodos de exámenes, y estamos seguros que lo harán en su máximo apogeo; además, conocerán a personas afines a su forma de pensar y sus intereses, y la gran mayoría de ellos acabarán siendo amigos para toda la vida.

En esos términos, al ser ya estudiantes de la Libre, hoy compartimos la obligación moral de conservarla, tenemos la responsabilidad de continuar y mejorar el camino de logros y grandeza de muchas generaciones que han dejado lo mejor de sí, y que han puesto en muy alto el nombre y prestigio de nuestra Escuela.

Debemos tener conciencia de que el impulso que requiere Hoy la Escuela Libre de Derecho, para seguir siendo la mejor, es el nuestro.

Esta Sociedad de Alumnos comprobó que la cooperación real entre alumnos, profesores, egresados y autoridades, hace la diferencia, pues todos somos parte de esta comunidad de vivos y muertos, y juntos constituimos la Libre.

Y se cumplió el objetivo calificado como imposible por algunos, acabamos con la apatía y pesimismo de muchos compañeros, y logramos una comunidad activa y participativa que movió esta Escuela, en palabras de nuestros profesores "que en años no se había visto".

Y aún hay mucho por hacer y preservar, unidos.

Así, el reto que como alumnos asumimos y cumplimos, de dar todo en la Escuela y por la Escuela, queda en sus manos, ¡asúmanlo!

Sean reconocidos como alumnos fraternos y unidos por un interés general, Nuestra Escuela, que para seguir siendo la mejor, requiere ideas creativas y un impulso constante, sin olvidar la historia de la Escuela Libre de Derecho, que hoy la define y distingue como forjadora de mujeres y hombres consagrados en la búsqueda de la libertad y la justicia.

Bienvenidos. Muchas Gracias.