

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



REVISTA  
DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



REVISTA  
DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 39

MÉXICO, 2015

NÚMERO 39



# ESCUELA LIBRE DE DERECHO

## Junta Directiva:

Lic. Luis M. Díaz Mirón A., Rector  
Dra. Loretta Ortiz Ahlf, Vocal  
Lic. Rafael Anzures Uribe, Vocal  
Lic. José Ángel Villalobos Magaña, Vocal  
Lic. Alvaro J. Altamirano  
Lic. Ricardo Antonio Silva Díaz

## 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 Muggenburg  
Lic. Gisela Oscós Said

ISSN 0185-1438

© 2015. Derechos reservados conforme a la ley  
Escuela Libre de Derecho  
Dr. Vértiz núm. 12, México, D. F., C.P. 06720

Certificado de licitud del títulos 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.

## CONTENIDO

### DOCTRINA GENERAL

Felipe ALAMILLA RAMOS / Tania RABASA KOVACS El impacto del petróleo en el desarrollo de México, la evolución de su marco constitucional y de Petróleos Mexicanos . . . . .	11
Eber Omar BETANZOS TORRES La argumentación como criterio de legitimidad de la justicia agraria. El caso de los pueblos indígenas . . . . .	65
Miguel BONILLA LÓPEZ Consideraciones sobre el mandamiento escrito al que se refiere el Artículo 16 constitucional, primer párrafo, con especial referencia a las resoluciones judiciales en el Sistema Acusatorio . . . . .	87
Leopoldo BURRUEL HUERTA El conflicto de intereses en la Función Pública . . . . .	123
Luis Norberto CACHO PÉREZ / Patricia MORALES CANALES La Corte Penal Internacional. Breve análisis crítico . . . . .	135
Ana M. CARMONA CONTRERAS Biotecnología y protección jurídica del embrión humano: Avances en el ordenamiento de la Unión Europea . . . . .	157
Alessandro CASSARINO Raíces romanas de la quiebra de los empresarios. . . . .	177

Lizbeth América CEDILLO VALDERRAMA El debido proceso y la tutela judicial efectiva en materia familiar: Tres Derechos Humanos interrelacionados.. . . . .	191
Oscar Arnulfo DE LA TORRE LARA El maíz: Entre lo sagrado y lo profano. Derechos de los pueblos ("ámbitos de comunidad") y derechos de propiedad intelectual (nuevas "alambradas del saber") .. . . . .	237
Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL La filosofía del derecho de Oscar A. Romero: Pastor, profeta y padre de la Iglesia Latinoamericana .. . . . .	289
Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ La búsqueda de la justicia. . . . .	313
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO Medidas precautorias en arbitraje: Hacia un mejor estándar de daño .. . . . .	357
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA / Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ Orígenes de la interpretación judicial en México . . . . .	383
Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN El testamento en los textos del jurista Neracio .. . . . .	399
Ana Valeria GUERCI ROMERO ¿Cuál es la llave que nos permite proceder o no al control judicial de razonabilidad del contenido de los Derechos sociales? .. . . . .	439
Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS El interés legítimo de los árbitros en el Juicio de Amparo .. . . . .	461
Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO Reflexiones sobre la libertad religiosa .. . . . .	479
Andrea LANDI Los censos entre el derecho real y el derecho de crédito: ¿Un simple problema definitorio? Una reflexión del magistrado indiano Diego Ibáñez de Faría .. . . . .	495

Ana Silvia MARCATTO BEGALLI Inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral: El papel del Estado y de las empresas .. . . . .	509
Ubaldo MÁRQUEZ ROA La alineación parental como forma de violencia familiar y sus consecuencias psico-jurídicas en México. . . . .	527
Carlos MÜGGENBURG El aborto y su "despenalización" .. . . . .	555
Ubaldo OROZCO PÉREZ La Escuela Libre de Derecho, mi punto de vista .. . . . .	599
Rodrigo PÉREZ-SALAZAR B. Constitución, política y economía en la Reforma Energética. . . . .	647
Aldo PETRUCCI Breves consideraciones sobre las uniones personales distintas del matrimonio legítimo en el Derecho Romano.. . . . .	669
Humberto PINEDA ACEVEDO Doscientos años de la muerte de José María Morelos y Pavón . . . . .	685
Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ El juicio de ponderación en el Ejercicio Judicial en México.. . . . .	719
Juan Pablo SALAZAR ANDREU / Fernando MÉNDEZ SÁNCHEZ Análisis del contexto histórico-jurídico de la Evolución Constitucional Veracruzana, 1825-1917 .. . . . .	753
David SÁNCHEZ RUBIO Derechos Humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: Una mirada parcial y situada .. . . . .	775
Mario A. TÉLLEZ G. / Antonio ENRÍQUEZ S. José María Luis Mora, un breve balance historiográfico.. . . . .	803

Laura G. ZARAGOZA CONTRERAS / Doris RIVERA PÉREZ  
 La responsabilidad del Estado de México frente a las víctimas  
 del delito de trata de personas. . . . .853

DISCURSOS

Discurso del Lic. Luis M. Díaz Mirón A., Rector de la Escuela  
 Libre de Derecho, en la Ceremonia de inauguración  
 de cursos 2015-2016 . . . . .877

EL IMPACTO DEL PETRÓLEO EN EL DESARROLLO  
DE MÉXICO, LA EVOLUCIÓN DE SU MARCO  
CONSTITUCIONAL Y DE PETRÓLEOS  
MEXICANOS

Felipe ALAMILLA RAMOS  
Tania RABASA KOVACS

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Petróleo y Desarrollo en México*. 1. *Marco Constitucional de 1917 hasta 2008*. A. *Propiedad Originaria*. B. *Área Estratégica*. 2. *Antecedentes de la Institución Petrolera Nacional*. 3. *Descentralización y Paraestatalidad*. III. *Petróleos Mexicanos*. 1. *Marco Constitucional y Legal*. A. *Reformas Constitucionales*. B. *Legislación Secundaria*. 2. *Naturaleza Jurídica y Régimen Especial*. A. *Naturaleza Jurídica*. B. *Régimen Especial*. 3. *Aplicabilidad de algunas Leyes por Materia*. IV. *Conclusión*.

I. PREÁMBULO

México es el octavo productor de petróleo en el mundo<sup>1</sup> y el tercer proveedor de esta materia prima a los Estados Unidos de América.<sup>2</sup> Sin embargo, en las últimas dos décadas, la posición de México como país petrolero se ha deteriorado. De producir casi 3.5 millones de barriles diarios en 2004, hoy el país produce menos de 2.5 millones de barriles diarios y la misma declinación se percibe en cuanto a petrolíferos y petroquímicos. Actualmente, México importa el 35% del consumo nacional de gas natural y el 57% de gasolinas.

<sup>1</sup> En 2007, con una producción de crudo de 3,082 miles de barriles diarios, el *Petroleum Intelligence Weekly* ubicó a México en el tercer lugar mundial. *Anuario Estadístico*, PEMEX, 2008.

<sup>2</sup> El primer y segundo lugar lo ocupan Canadá y Arabia Saudita. *Energy Information Administration*. Consultado en: [http://tonto.eia.doe.gov/dnav/pet/pet\\_move\\_impcus\\_a2\\_nus\\_epc0\\_im0\\_mbbldpd\\_a.htm](http://tonto.eia.doe.gov/dnav/pet/pet_move_impcus_a2_nus_epc0_im0_mbbldpd_a.htm).

A la par de este deterioro energético en México, el mundo ha enfrentado una revolución en esa materia, debido principalmente a las nuevas tecnologías. Frente a estos retos, en 2013 se aprobó la primera reforma constitucional en materia energética desde 1960.

Dicha reforma fue objeto de amplias discusiones en el Congreso de la Unión, así como en los medios de comunicación y, en general, en la opinión pública. Se escribieron un sinnúmero de artículos, a favor y en contra, y se publicaron algunas compilaciones sobre el nuevo régimen jurídico para la industria energética.

Este ensayo busca exponer el impacto del petróleo en el desarrollo económico del país y la evolución del marco constitucional en torno a la propiedad y al carácter estratégico del hidrocarburo. Asimismo, se desentraña la nueva naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos a partir del último cambio constitucional y a la luz de una teoría dinámica del derecho administrativo.

A lo largo de estas páginas, el lector descubrirá que, si bien la propiedad originaria de la Nación respecto de los hidrocarburos ha sido una constante durante la vigencia de la Constitución de 1917, la participación del Estado en las actividades relativas ha presentado múltiples cambios respecto de la institución a través de la cual se han desarrollado dichas actividades. En paralelo a los cambios jurídicos, el impacto del petróleo en el desarrollo económico del país ha presentado altibajos. Los auges petroleros —que históricamente han generado grandes expectativas— no han logrado crear un círculo virtuoso entre la abundancia de recursos petroleros y el desarrollo de México. Por el contrario, los auges petroleros han perpetuado y ahondado un círculo vicioso de creciente dependencia de los ingresos petroleros y de debilidad del Estado mexicano.

## II. PETRÓLEO Y DESARROLLO

El exitoso desarrollo de ciertos países sin recursos naturales —como los tigres asiáticos en los casos de Corea, Hong-Kong, Taiwán y Singapur— frente al pobre y accidentado desarrollo de algunas naciones ricas en recursos naturales —como Nigeria, Sierra Leona, Arabia Saudita y Venezuela— ha sido objeto de análisis por parte de académicos<sup>3</sup> y de organismos

<sup>3</sup> NANKANI, Gobind, *Development Problems of Nonfuel Mineral Exporting Countries*, Finance and Development 17, enero 1980; GELB, Alan *Oil Windfalls: Blessing or Curse*, Nueva York, Oxford University Press, 1988; M. AUTY, Richard, *Sustaining Development in the Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*, Londres, Routledge, 1993; AUTY, Richard, *Resource Abundance and Economic*

internacionales.<sup>4</sup> Ambos coinciden en que este fenómeno, que denominan la “*maldición de los recursos*”, se acentúa cuando el recurso en cuestión es el petróleo. Nigeria es un caso paradigmático: siendo uno de los principales productores de petróleo, ha obtenido más de 340 mil millones de dólares en ingresos petroleros; el 70% de su población vive en pobreza extrema, el 43% no cuenta con servicios sanitarios ni agua potable y la mortalidad infantil es de las más altas del mundo.<sup>5</sup> ¿Cómo explicar esta aparente paradoja? Siendo contrastante el caso de países ricos en recursos naturales —como Noruega, Botsuana y Canadá— con trayectorias de desarrollo exitosas. ¿Cómo explicar esta diferencia?

Para entender el papel de los recursos naturales en el desarrollo de un país es necesario conocer su tipología. Los recursos se clasifican en permanentes,<sup>6</sup> renovables<sup>7</sup> y no renovables.<sup>8</sup> Los primeros son aquellos cuya duración es tan amplia —comparada con la vida humana— que su disponibilidad es prácticamente indefinida. Los segundos son aquellos que se regeneran o reponen a través del tiempo. Y los no renovables —exhaustivos o agotables— son los minerales. El impacto de estos últimos en el desarrollo es precisamente lo que ha atraído el interés de economistas como Adam Smith, quien sostuvo que: *los proyectos mineros, en lugar de reemplazar el capital utilizado en su desarrollo y generar ganancias, comúnmente absorben el capital y las reservas. Por lo tanto, ningún legislador que deseara incrementar el capital de su nación los promovería*.<sup>9</sup>

Pero los economistas no han sido los únicos en analizar el papel de los recursos naturales en el desarrollo. Jean Bodin, en el siglo XVI, afirmó que:

los hombres de tierras fértiles son comúnmente afeminados y cobardes; por el contrario, una tierra estéril forja hombres mesurados por necesidad y, en consecuencia cuidadosos, vigilantes y trabajadores.<sup>10</sup>

*Development*, Helsinki, World Institute for Development Economics Research, 1998.

<sup>4</sup> LEITE, Carlos y WEIDMANN, Jens, *Does Mother Nature Corrupt? Natural Resources, Corruption, and Economic Growth*, IMF Working Paper WP/99/85.

<sup>5</sup> GARY, Ian y LYNN KARL, Terry, *The Global Record*, Foreign Policy Focus, Washington, enero 2004. Consultado en: <http://www.fpif.org/papers/03petropol/development.html> (traducción propia).

<sup>6</sup> Como la energía solar.

<sup>7</sup> Formados por los seres biológicos (vegetales y animales) que tienen capacidad de reproducción y cuyo límite de permanencia se alcanza sólo si su destrucción es superior a su capacidad de reproducción.

<sup>8</sup> Como el petróleo o los metales preciosos

<sup>9</sup> LEDERMAN, Daniel y F. MALONEY, William, *Natural Resources. Neither Curse nor Destiny*, Washington, IBRD-WB, 2007 (traducción propia).

<sup>10</sup> HOLMES, Stephen, *Passions and Constraints*, EUA, University of Chicago Press, 1995 (traducción propia).

Desde entonces, los estudios sobre la maldición de los recursos<sup>11</sup> —la correlación negativa entre abundancia de recursos naturales y crecimiento económico— se han multiplicado. Diversos autores enfatizan distintos mecanismos para explicar esta correlación. La literatura que ha generado la maldición de los recursos se puede dividir entre quienes consideran que el eslabón que explica el pobre crecimiento de países ricos en recursos petroleros es económico y financiero, y quienes sostienen que la variable explicativa es político-institucional. En nuestra opinión analizar la trayectoria del Estado, como lo hace Terry Lynn Karl, presenta una tercera vía. Esta última es una teoría más compleja que las explicaciones unicasales, pues la autora analiza la interacción histórica entre desarrollo económico y cambio institucional. La teoría de Lynn Karl nos da luz para explicar el caso mexicano.

México ha contado históricamente con importantes recursos petroleros. Como Cantarell, el tercer yacimiento de petróleo más importante a nivel mundial.<sup>12</sup> Cada uno de los auges petroleros en México —ya sea por un incremento en la producción petrolera o por un alza en el precio internacional del petróleo— se ha traducido en mejorías instantáneas, pero pasajeras: por una parte, tasas de crecimiento relativamente altas y, por la otra, incrementos importantes en la inversión, el empleo y los salarios. Sin embargo, la enorme riqueza petrolera generada durante los auges<sup>13</sup> no se ha transformado en un crecimiento económico sostenible,<sup>14</sup> ni en un mayor nivel de bienestar para la población.<sup>15</sup> Por el contrario, estos momentos han concluido en crisis económicas y políticas. El fin del primer auge petrolero en México coincidió con la Gran Depresión. El segundo auge petrolero del país llegó a su fin en 1982, al mismo tiempo que el país experimentaba una de sus peores crisis económicas y políticas. El final del primer gran auge petrolero del siglo XXI coincidió con una de las peores crisis a nivel internacional.

<sup>11</sup> AUTY, Richard M., *Sustaining Development in Mineral Economies*, The Resource Curse Thesis, Londres, Routledge, 1993.

<sup>12</sup> Después de Ghawar en Arabia Saudita y Burgan en Kuwait. Ponencia del Ing. Mario Peralta Rodríguez, Administrador del Activo Cantarell, *Cantarell su historia y situación actual*, Taller de opciones energéticas para México, Academia de Ingeniería de México, 9 de agosto de 2009. Consultado en: [www.ai.org.mx/archivos/talleres/opciones\\_energeticas/Cantarell.pdf](http://www.ai.org.mx/archivos/talleres/opciones_energeticas/Cantarell.pdf).

<sup>13</sup> En un solo año, el 2007, las ventas de PEMEX fueron de 104,458 mil millones de dólares. PEMEX, Anuario Estadístico, 2008.

<sup>14</sup> A partir de 1982 el país ha crecido en promedio 2.4%. FMI. Consultado en: <http://www.imf.org/external/datamapper/index.php>. De acuerdo con la CEPAL, en el 2007 México fue el país que menos creció de América Latina, con excepción de Haití.

<sup>15</sup> El 10% más rico de la población controla el 43% de la riqueza. Banco Mundial, *World Development Indicators*. La calidad educativa es de las más bajas. De acuerdo con un estudio de la OCDE-PISA, México ocupa el lugar 49 de 57 países. OCDE, *Education at a Glance*, 2008. En algunos Estados, como Veracruz, todavía el 13% de la población es analfabeta; IMCO. Consultado en: <http://imco.org.mx>.

Aquí cabría resaltar tres lecciones del pasado. La primera es que el origen histórico del Estado mexicano moderno estuvo marcado por la dependencia de los ingresos derivados de dos materias primas no renovables: la plata y el petróleo. Esto implicó la conformación de un Estado institucionalmente débil.

La segunda lección es que la época del desarrollo estabilizador reflejó, de otra manera, el impacto de la dependencia de ingresos petroleros sobre la institucionalidad del Estado. En este periodo, conocido como el *milagro mexicano*, México dejó de ser un país exportador de petróleo y utilizó este recurso para crear un modelo de desarrollo exitoso. Esto se logró con el fortalecimiento de ciertas capacidades estatales. Sin embargo, no hubo un cambio en la estructura fiscal del Estado.

La tercera lección es que la trayectoria histórica del Estado mexicano ilustra que no es posible modificarla a través del cambio de gobierno o de la transformación del régimen político. Los presidentes Obregón, López Portillo y Fox no lograron que los periodos de bonanza petrolera se tradujeran en estímulos para crear instituciones políticas y económicas que elevaran la calidad de vida de las mayorías de manera sostenida. Por otra parte, la transición democrática formal que se inició en la época del Partido Revolucionario Institucional y que continuó con la llegada del Partido Acción Nacional a la presidencia, tampoco implicó un cambio en la estructura del Estado.

En 2013 se aprobó la primera reforma constitucional en materia energética desde los años sesenta. Este profundo cambio en el régimen jurídico del sector energético, que establece un nuevo arreglo institucional, pudiera sentar las bases para romper el círculo vicioso entre auges petroleros y desarrollo económico en México, dando lugar a una menor dependencia de los recursos petroleros por parte del Estado.

### 1. Marco Constitucional de 1917 hasta 2008

De acuerdo con su corte liberal, la Constitución de 1857 protegió el derecho de propiedad, proclamó la libertad de industria y trabajo, y estableció como norma suprema del orden económico a la libre concurrencia. Asimismo, esta Constitución adoptó el principio del libre comercio interior, decretando la abolición de las alcabalas y las aduanas interiores. Por su parte, la Constitución de 1917 recogió en sus artículos 27 y 123 los postulados sociales básicos de la Revolución Mexicana, incorporándose por el Constituyente los llamados “derechos sociales” que generarían la teoría del Estado social de derecho.

### A. Propiedad Originaria

Al igual que la Constitución Mexicana, la Constitución Soviética de 1918 y la Constitución de Weimar de 1919 introdujeron preceptos relativos al orden social y económico; pero es a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial que las leyes fundamentales entran de lleno a la regulación de tales aspectos, estableciéndose normas relativas al derecho de propiedad, a las libertades económicas, a los derechos sociales, a las facultades del Estado en materia de intervención económica, planeación del desarrollo, empresas públicas y privadas, régimen de recursos naturales, principios de justicia distributiva, entre otras.<sup>16</sup>

El Artículo 27 Constitucional parte del principio de la propiedad originaria de la Nación y establece que corresponde al Estado regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación. Al respecto resulta fundamental acudir al trabajo de Félix F. Palavicini,<sup>17</sup> Diputado al Congreso Constituyente de 1917, quien durante los años previos, teniendo a cargo la Secretaría de Fomento, Colonización e Industria, apoyó la política de Venustiano Carranza y promovió las primeras disposiciones administrativas para alcanzar la reivindicación de la propiedad en lo relativo a los combustibles minerales, la cual, según lo señala el propio Palavicini, había sido perdida por la Nación en años anteriores, beneficiando a las poderosas compañías petroleras que habían acaparado la más productiva de nuestras riquezas, sin dejar el menor beneficio a la Nación, pues estaban exentas de cualquier impuesto.

Así, a partir del estudio de las concesiones otorgadas durante la Dictadura de Porfirio Díaz, una de las primeras disposiciones que se puso en práctica por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista fue la declaración de caducidad y la anulación de los títulos que amparaban la propiedad de las tierras, así como exigir a los extranjeros, para que pudieran adquirir concesiones o dominio sobre tierras y aguas, la renuncia expresa a la protección de sus gobiernos.

Durante los trabajos del Congreso Constituyente en torno al proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, el debate sobre el Artículo 27 se había

<sup>16</sup> DE LA MADRID, Miguel, "El Régimen Constitucional de la Economía Mexicana", en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su Septuagésimo Quinto Aniversario*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición, 1992, pp. 439-468.

<sup>17</sup> PALAVICINI, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, Tomo Primero, México, ed. 15 de noviembre de 1938, p. 605.

postpuesto debido a que, a juicio de los legisladores, su planteamiento no resolvía lo que se consideraba un problema social más vasto y trascendental, como tampoco lo hacían las iniciativas presentadas por varios diputados. Cabe señalar que el proyecto de Constitución de Carranza se centró en reformar la Constitución de 1857 en su parte política, dejando a los Constituyentes las modificaciones a los preceptos relativos a problemas sociales y económicos.

La propuesta del Artículo 27 se encontraba formulada de un modo distinto al que finalmente sería adoptado; por un lado, afirmaba, como derechos territoriales legítimos, todos los adquiridos por título, por posesión y hasta por simple ocupación, para sancionar así todos los derechos positivos adquiridos, fuera cual fuese la causa y el título de adquisición. Por otra parte, respecto de todas las tierras y aguas adquiridas por particulares, establecía que la Nación renunciaba al derecho de reversión que tenía por herencia jurídica del Rey de España y por razón de su Soberanía; sin embargo, sí se ejercía ese derecho respecto de todas las propiedades tenidas como derecho privado cuando causaban perjuicio social, como los latifundios, que serían nacionalizados y la propiedad reintegrada al Estado, como fuente de donde surgían y a donde debían volver en esos casos todos los derechos territoriales.<sup>18</sup>

El texto del Artículo 27 fue modificado por los diputados bajo la premisa de redactarlo con afirmaciones directas y enumeraciones precisas. Dicha redacción quedó terminada el 24 de enero de 1917 y fue presentada como una Iniciativa suscrita por la mayoría de los diputados que habían colaborado en ella. Se sometió a consideración del Congreso al día siguiente y pasó sin mayor trámite a la Primera Comisión de Constitución, cuyo Dictamen fue presentado a la Asamblea el 29 de enero de 1917, aceptándose se pusiera a debate inmediatamente y declarándose el Congreso en sesión permanente hasta que fuera aprobado el Artículo. De dicho Dictamen destaca lo siguiente:<sup>19</sup>

La propiedad, tal cual ha llegado hasta nosotros, se formó durante la época colonial, y es extremadamente compleja. El principio absoluto de la autoridad del rey, dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, dió (*sic*) a la propiedad sobre todos esos bienes, el carácter de precariamente: todo podía ser de dichos súbditos, en tanto la voluntad del rey no dispusiera lo contrario... El rey era, en efecto, el dueño, a título privado, de los bienes y aguas, como cualquier particular puede disponer de los bienes de su patrimonio; pero dentro de ese derecho de disposición, concedía a los pobladores ya existentes y a los nuevamente llegados, derechos de dominio, que tomaban todas las formas de derechos territoriales entonces en uso...

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 605-607.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 609-614.

...Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta del rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la Nación. En tal concepto, la Nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas de su Territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo por los mismos particulares durante la época colonial y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado. El derecho de propiedad así concebido es considerablemente adelantado, y permite a la Nación retener bajo su dominio, todo cuanto sea necesario para el desarrollo social, como las minas, el petróleo, etc., no concediendo sobre esos bienes a los particulares, más que los aprovechamientos que autoricen las leyes respectivas...

El debate en lo concerniente al petróleo no fue lo vasto que pudiera pensarse. El Dictamen sobre el Artículo 27 fue mucho más discutido en lo tocante a la reforma agraria. A continuación se transcribe el desarrollo de dicho debate, destacando las alocuciones relacionadas, directa e indirectamente, con el petróleo.<sup>20</sup>

Se procedió a discutir el inciso quinto que dice: En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el gobierno federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes.

—**El C. Ibarra:** Como no tenemos a la vista, impreso, todo el dictamen, no sé si en las cláusulas siguientes habrá alguna que se refiera a que, en caso de que la nación conceda la explotación de alguna mina o manantial de petróleo, tenga que recibir un tanto por ciento de las utilidades líquidas de la negociación. Ustedes saben que hasta ahora que se han considerado como propietarios, por ejemplo, de los manantiales de petróleo, a los dueños del terreno, éstos, por permitir a las compañías la perforación de pozos, han recibido fuertes cantidades de dinero, sin poner absolutamente nada de su parte para la explotación de esos dichos pozos. Hay compañías, si no estoy mal informado, que pagan hasta el veinte por ciento de las utilidades líquidas: lo que pagan entre todas asciende a millones de pesos; y si en lo sucesivo se va a considerar a la nación como propietaria de esas riquezas, nada más justo que sea ella ahora la que reciba ese tanto por ciento. Las minas, hasta la fecha, puede decirse que representan un capital aproximado de setecientos millones de pesos, según una estadística reciente que he tenido oportunidad de conocer. Dichas minas no dejan más que un impuesto minero que es relativamente insignificante, dadas las cuantiosas riquezas que dan y el pequeño salario de los trabajadores, operarios y los demás gastos de las minas. Por consiguiente, creo que nada más justo que lo mismo que pido se haga para el petróleo se haga también para todas las minas y para toda clase de explotación de las riquezas naturales que van a ser propiedad de la nación. Por lo tanto, pido a ustedes que, si en

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 637-639.

las fracciones posteriores no existe una cláusula como la de que he hecho mérito, se ponga en el lugar conveniente, expresándose que la nación, al permitir una concesión para la explotación de minas, yacimiento carbonífero o de petróleo, tiene que recibir el tanto por ciento que se crea necesario. Esto no podría determinarlo yo, pero tal vez el señor Rouaix, presente aquí y bien interiorizado del término medio de lo que pagan las compañías de petróleo a los propietarios de los terrenos, podrá decir cuál es ese tanto por ciento. Creo que esto es una cosa de suma importancia, sobre la que llamo vuestra atención, pidiendo se apoye mi iniciativa. Es de suma trascendencia para la nación. (Aplausos. Voces: ¡Que hable Rouaix!).

—**El C. Rouaix:** De aceptar la idea del señor ingeniero Ibarra, creo que sea más conveniente que la nación fije directamente lo que le parezca conveniente. En la actualidad las minas pagan un tanto por ciento por importación, y la nación está facultada para cobrar hasta el uno y medio por ciento; no creo que fuera conveniente en estos momentos que marcaran desde luego la cantidad que debería corresponder a la nación, sino que se estudie perfectamente el caso, y entonces, con mayoría de datos, decir la cantidad que debería corresponder y si debe pagar impuestos sobre las utilidades o sólo debe pagar el impuesto sobre pertenencias.

—**El C. Ibarra:** Yo me voy a permitir insistir en que siempre se ponga en la ley que estamos discutiendo, aunque sea en términos generales, que esta clase de empresas deben pagar un tanto por ciento de las utilidades líquidas, aunque no se fije ese tanto por ciento, porque de otra manera podría suceder que, al hacerse la legislación reglamentaria, se omitiera esto. La cuestión es de suma trascendencia, puesto que puede ser una fuente de grandes ingresos, y nada más justo que hacerlo así desde el momento en que lo están pagando a los propietarios de los terrenos. Actualmente tenemos, por ejemplo, que lo mismo paga por el impuesto minero una mina que da poco o nada y una que puede dar grandes utilidades; en esto hay una gran injusticia. Ahora, como decía el señor Rouaix, en algunos Estados se ha impuesto un tanto por ciento de esas utilidades, de uno y medio por ciento; pero como ven ustedes esto es verdaderamente insignificante y está muy lejos de ser lo que debe corresponder a la nación; suplico, pues, a ustedes, que insistamos en que se ponga en la cláusula correspondiente la prescripción de que se debe pagar el tanto por ciento que después la ley señale; pero que sea un precepto constitucional: esto es de suma trascendencia.

—**El C. Colunga:** miembro de la comisión: La comisión no estima necesario poner como precepto constitucional la adición que propone el C. diputado Ibarra, porque considera que es una cuestión enteramente secundaria. Por otra parte, el asunto amerita discusión y no podrá resolverse a la ligera, y además la ley de minería será expedida por el Congreso de la Unión; es allí en esa ley donde podrá perfectamente consignarse la idea del diputado Ibarra, sin necesidad de ponerla como precepto constitucional.

—**El C. Aguirre Amado:** El señor licenciado Colunga no está en lo justo, yo creo que el único que habla con conocimiento de causa es el señor Rouaix; quiero decir una palabra desde aquí en apoyo de ellos; si vamos a sujetar a un tanto por ciento el impuesto minero lo que produciría sería insignificante; la nación necesita ese tanto por ciento alrededor de tres por ciento de la producción para tener una contribución que le permita hacer sus gastos; así se reduciría la cantidad que ahora tienen a cinco o seis por ciento si se le va a aplicar nada más a lo que produce diariamente. La "Amparo

Mining Company”, en Jalisco, procede un cuarenta y nueve por ciento; en cambio tienen ustedes a todos los compañeros de Guanajuato que pueden afirmar que, excepción hecha del Cubo y el Banco, las minas no producen más que cuatro o cinco por ciento, es decir, de su producción bruta: ésta es su utilidad; en Zacatecas lo ignoro; (una voz: ¡es el diez por ciento!) La “Amparo Mining Company”, por ejemplo, que produce cuarenta y nueve por ciento, su producción bruta es de ochocientos mil dólares por año ¿Cuánto se le podría poner? ¿Sería justo que el estado fuera a medias con una empresa que tiene millones invertidos en los establecimientos metalúrgicos? Indudablemente que no; siendo la producción bruta en negociaciones mineras, pasa lo que con un tahúr que todo lo expone para sacarlo todo. El proyecto del diputado Rouaix está perfectamente estudiado y debemos aceptarlo.

—**El C. Ibarra:** El hecho de que yo pida que la nación imponga un tanto por ciento sobre las utilidades líquidas de una negociación no quiere decir que, aunque no produzca, debe exigírsele forzosamente el pago del tanto por ciento. Se sabe que se están pagando crecidísimas sumas de dinero que importan millones de pesos; la nación se ve privada de esas cantidades que van a parar a las arcas de los propietarios. Es, pues, el asunto de suma importancia, debiendo advertir que no sólo me he referido a las negociaciones mineras, sino también a las de petróleo. En consecuencia, no hay inconveniente en que se ponga como precepto constitucional que paguen esas negociaciones un tanto por ciento de las utilidades líquidas, a reserva de expedirse después la ley reglamentaria.

En apoyo a su propuesta, el 29 de enero de 1917, el diputado Federico E. Ibarra presentó una Iniciativa al Congreso Constituyente, con cuya exposición y votación concluiría el debate en torno al tema del petróleo:<sup>21</sup>

Honorable Asamblea:

Atentamente pido a ustedes se haga la siguiente adición en el párrafo VI de la Ley Agraria: Al dar la nación una concesión para la explotación de cualquiera de las sustancias a que se refiere el citado párrafo, debe imponerse al concesionario la obligación de pagar a la nación un tanto por ciento de la producción; tanto por ciento que se fijará en la ley reglamentaria.

Sala de Sesiones del honorable Congreso Constituyente. Querétaro de Arteaga, 29 de enero de 1917. — Federico E. Ibarra.”— ( Rúbrica.) (Voces: ¡No! ¡No!)

—**El C. Ibarra:** Ciudadanos diputados: (Voces: ¡No! ¡No! Campanilla.) Es de suma trascendencia. (Voces: ¡No! ¡No!) Se trata de millones de pesos. Si en este momento no establecemos este precepto pueden ustedes estar seguros de que en el Congreso General no se establecerá; se trata aquí de cantidades cuantiosas; solamente en el ramo de petróleo paga a los propietarios de los terrenos sumas que ascienden a millones de

<sup>21</sup> Lo referente a esta última Iniciativa no es citado por el Diputado Palavicini, *op. cit.*; sin embargo, se estima relevante por las consideraciones que se expresan en relación con el petróleo. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, publicado bajo la Dirección del C. Fernando Romero García, Oficial Mayor de dicho Congreso. Versión Taquigráfica revisada por el C. Joaquín Z. Valadez, Tomo II, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, p. 813.

pesos; es estableciendo este precepto no tendrá la nación necesidad de abrir pozos de petróleo para tener el que necesita para los ferrocarriles; no pueden ustedes imaginarse las gestiones que hará la compañía del “Águila” para impedir que se establezca este precepto y que se haga constitucional; y si nosotros no lo hacemos ahora, en el Congreso General no se hará. Esto no se refiere sólo al petróleo, también a las minas que constituyen la principal fuente del país, cuyo valor asciende a setecientos millones de pesos; y estos valores enormes no dejan casi nada a la nación. Lo que dijo en la tarde el diputado Aguirre es verdaderamente inaceptable. Parece mentira que un revolucionario que ha luchado honradamente venga a defender los intereses de las compañías mineras: Esto es atroz. Por lo tanto pido a ustedes que se vote esta adición; de otra manera, pesará sobre vosotros una grave responsabilidad.

—**El C. Reynoso:** Pido la palabra, señor presidente.

—**El C. Presidente:** Tiene usted la palabra.

—**El C. Reynoso:** El Gobierno ya tiene decretados sus impuestos sobre el petróleo, la plata y el oro, de manera que sale sobrando la proposición del diputado Ibarra.

—**El C. Secretario:** ¿Se toma en consideración la proposición del ciudadano diputado Ibarra? Los que estén por la afirmativa, sírvanse poner de pie. No hay mayoría. No se toma en consideración.”

En lo conducente, el Artículo 27 fue aprobado por el Constituyente en los términos siguientes:

*Artículo 27.* La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Esta no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación...

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas. Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.

...

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a

las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes.

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos, por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

II y III (...)

IV. Las sociedades comerciales, por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas. Las sociedades de esta clase que se constituyeren para explotar cualquiera industria fabril, minera, petrolera o para algún otro fin que no sea agrícola, podrán adquirir, poseer o administrar terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados, y que el Ejecutivo de la Unión, o de los Estados, fijará en cada caso.

V y VI (...)

VII. Fuera de las corporaciones a que se refieren las fracciones III, IV, V y VI, ninguna otra corporación civil podrá tener en propiedad o administrar por sí, bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al objeto de la institución. Los Estados, el Distrito Federal y los Territorios, lo mismo que los Municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública, la ocupación de la propiedad privada; y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa, hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure, en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito, por haber pagado sus contribuciones con esta base, aumentándolo con un diez por ciento. El exceso de valor que haya tenido la propiedad particular por las mejoras que se le hubieren hecho con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial, y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

...

Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechos por los Gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento

de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación, por una sola persona o sociedad, y se le faculta al Ejecutivo de la Unión, para declararlos nullos, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público.

El Artículo 27, como muchas otras disposiciones de la Constitución de 1917, particularmente de su parte dogmática, contiene diversas previsiones más de contenido doctrinal que propias de una norma jurídica en sentido estricto. Por lo que respecta a las previsiones relevantes para efectos de este trabajo, su evolución ha sido la siguiente:

- i. Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1934, se señaló que dentro de los bienes que pertenecen al dominio directo de la Nación se encuentran los yacimientos minerales u orgánicos;
- ii. Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940, se estableció que “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la Ley Reglamentaria respectiva determinará la forma en que la Nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”;
- iii. A través de decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 1960, se dispuso que “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que se hayan otorgado y la nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva”, y por el propio decreto, en la fracción I se suprimió la previsión “combustibles minerales en la República Mexicana”, y
- iv. Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013, se reformó el párrafo séptimo para quedar en los términos siguientes: “Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de explotación y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier

caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos”.

## B. Área estratégica

La Constitución de 1917 sentó las bases del régimen económico mexicano bajo las ideas de la rectoría del Estado y de una economía mixta en la que concurren los sectores público, social y privado. En su análisis sobre el régimen constitucional de la economía mexicana, Miguel de la Madrid<sup>22</sup> refiere distintas reformas a la Constitución de 1917: la nacionalización del petróleo en 1940; la incorporación del concepto de democracia integral en las reformas al Artículo 3o. en 1946; la afición al Artículo 131 en 1951 que autorizó al Congreso de la Unión para delegar facultades extraordinarias en favor del Ejecutivo en lo relativo a impuestos al comercio exterior, así como para restringir y prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país.

De importancia destacada también fueron las reformas que implicaron la nacionalización de las energías eléctrica y nuclear en 1960 y 1975, así como la reforma constitucional de 1982 que nacionalizó la prestación del servicio público de banca y crédito, lo cual se revertiría en 1990, y las reformas en materia económica de febrero de 1983, las cuales, en opinión de su promotor, desplegaron, actualizaron y sistematizaron los principios existentes de 1917, que se fueron aclarando y desarrollando en la práctica constitucional desde entonces. En ese sentido tales reformas no implicaron un cambio filosófico sino sólo una mayor elaboración y precisión de los textos.<sup>23</sup> La expresión más clara del sentido de las reformas de 1983 fue la efectuada al Artículo 25 Constitucional,<sup>24</sup> para prever lo siguiente:

*Artículo 25.* Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y

<sup>22</sup> DE LA MADRID, Miguel, *op. cit. supra*.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Cuyo texto original era el siguiente: “Art. 25.- La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley”.

la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

Conforme a la propuesta del entonces Presidente de la República, este Artículo, en congruencia con las disposiciones del Artículo 27 en materia de propiedad, con las garantías individuales y con los derechos sociales que consigna la Constitución, así como con el concepto de rectoría económica del Estado, establecía las normas básicas de un sistema de economía mixta; destacando para efectos de este trabajo la definición de las áreas estratégicas, las cuales comprendían al petróleo, los demás hidrocarburos y la petroquímica básica (Artículo 28, párrafo cuarto). De la misma manera, el Gobierno Federal mantendría la propiedad y el control sobre los organismos que, en su caso, se establecieran, siendo en aquél momento el organismo descentralizado la estructura administrativa más adecuada para asegurar la propiedad y el control exclusivos de las áreas estratégicas.<sup>25</sup>

Lo anterior no implicaba que el Gobierno y sus organismos vieran limitadas sus facultades para contratar todo tipo de bienes y servicios con parti-

<sup>25</sup> DE LA MADRID, Miguel, *op. cit. supra*.

culares para el buen desempeño de sus actividades; sin embargo, de acuerdo con el Artículo 27 entonces vigente, tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, o de minerales radioactivos, no sería posible otorgar concesiones o contratos y la Nación llevaría a cabo la explotación de esos productos.<sup>26</sup>

Cabe señalar que a partir de las reformas en materia económica de febrero de 1983<sup>27</sup> y hasta la reforma en materia de energía de diciembre de 2013,<sup>28</sup> el párrafo cuarto del Artículo 28 Constitucional previó dentro de las áreas estratégicas al petróleo, los demás hidrocarburos y la petroquímica básica. Actualmente, conforme a esta última reforma, no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos del párrafo séptimo del Artículo 27 Constitucional.

Como se verá con detalle más adelante, dicha modificación al cuarto párrafo del Artículo 25 Constitucional no sólo introdujo en nuestro sistema jurídico la figura de la Empresa Productiva del Estado, como persona de derecho público a través de la cual la Nación llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos,<sup>29</sup> también constituye un hito en la evolución del derecho administrativo en lo referente a la organización del sector público; concretamente de la Administración Pública Federal.

A partir de la premisa de la propiedad originaria de la Nación sobre el petróleo y los demás hidrocarburos, así como de la posterior conceptualización de estos recursos como área estratégica, el Estado ha desarrollado las actividades asociadas principalmente a través de la institución pública denominada Petróleos Mexicanos, cuyos antecedentes y evolución se exponen a continuación.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de febrero de 1983.

<sup>28</sup> Publicadas en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

<sup>29</sup> Al igual que en el caso de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

## 2. Antecedentes de la Institución Petrolera Nacional

Con el antecedente de la institución pública denominada Control de Administración del Petróleo Nacional, la cual desde los años veinte tuvo el objeto de llevar a cabo operaciones de producción y refinación en terrenos federales, en 1933 se expide el Decreto de creación de la Compañía Petróleos de México, S.A. (Petromex), una empresa de capital mixto que tenía como objetivos regular el mercado interno de petróleo y refinados, asegurar el abastecimiento interno y capacitar personal mexicano.

En búsqueda de un control más eficiente sobre la industria petrolera, el 2 de marzo de 1937 se publicó, en el Diario Oficial, el *Decreto que crea la Administración General del Petróleo Nacional*, estableciendo que dicha Administración sería un organismo público con personalidad jurídica, dependiente del Ejecutivo, con el objeto de llevar a cabo la exploración y explotación de los terrenos de reservas petroleras nacionales que se le asignaren; procurar el desarrollo de la industria petrolera en beneficio de la economía del país; regular el mercado interior y la exportación del petróleo y productos derivados, asegurando el abastecimiento del país en general y especialmente del Gobierno y de los Ferrocarriles Nacionales; facilitar el adiestramiento del personal técnico mexicano en los trabajos de la industria, y ejecutar toda clase de operaciones y obras que se relacionaren con la producción, adquisición, enajenación, transporte, almacenamiento, refinación y distribución del petróleo, del gas y de los derivados de ellos. Al efecto, dicho Decreto dispuso que el patrimonio de la entidad se integraría con los muebles e inmuebles que se aplicaren al Gobierno Federal al liquidarse Petromex; con los terrenos y reservas petroleras que se habían acordado en concesión a Petromex; con los demás terrenos de reservas petroleras que se destinaren por el Ejecutivo Federal, y con las cantidades que el Presupuesto de Egresos señalare.

La administración de esta entidad estaba a cargo de un Director General y demás funcionarios y empleados que el presupuesto respectivo indicare, quienes serían empleados públicos de la Federación. El Director General sería nombrado y removido libremente por el Presidente de la República, y tendría todas las facultades necesarias para realizar los actos y operaciones inherentes al objeto de la Institución, debiendo recabar el acuerdo del Presidente de la República para los asuntos siguientes:

- Otorgamiento de contratos para la explotación de terrenos de reserva;
- Construcción de oleoductos, refinerías y para cualquier otra operación cuyo monto excediera de veinte mil pesos;

- Contratar empréstitos de cualquier monto;
- Programa anual de trabajos que la Institución debiera desarrollar, y
- Presupuesto anual de egresos de la Institución.

### Decreto que crea la institución “Petróleos Mexicanos”

Mediante Decreto del Congreso de la Unión, promulgado por el Presidente de la República el 7 de junio de 1938 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio del mismo año, se creó la “institución pública” denominada “Petróleos Mexicanos”, con el objeto de encargarse del manejo de los bienes muebles e inmuebles que por Decreto de 18 de marzo de 1938 se expropiaron a diversas empresas petroleras, así como de todas las operaciones relacionadas con la industria petrolera, como exploración, explotación, refinación y almacenamiento, pudiendo también efectuar las operaciones de distribución de los productos relativos.

El propio Decreto de creación estableció que Petróleos Mexicanos tendría personalidad jurídica y que su patrimonio se integraría con los bienes mencionados en el párrafo precedente y con los demás que en lo sucesivo adquiriera para fines de la industria petrolera.

Por otra parte, el Decreto previó que Petróleos Mexicanos gozaría de las atribuciones necesarias para llevar adelante su objeto, pudiendo efectuar todas las operaciones relacionadas con la industria petrolera, como exploración, explotación, refinación y almacenamiento, así como operaciones de distribución de los productos relativos, y que tendría facultades para celebrar los contratos y actos jurídicos que se requirieran en el cumplimiento de sus fines.

Por lo que respecta a su gobierno corporativo, su dirección fue encomendada a un Consejo de Administración compuesto por nueve miembros: seis designados por el Ejecutivo Federal (dos a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tres a propuesta de la Secretaría de la Economía Nacional y uno a propuesta de la Administración General del Petróleo Nacional) y tres miembros designados por el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana. De entre los miembros del Consejo, el Ejecutivo Federal designaría al Presidente y al Vicepresidente, así como al secretario de dicho órgano colegiado.

En el Artículo 1° Transitorio del Decreto se dispuso que la corporación Petróleos Mexicanos se encargaría de continuar con las operaciones de la

industria petrolera que venía realizando el Consejo Administrativo del Petróleo, el cual, por acuerdo presidencial de 19 de marzo de 1938, había tenido a su cargo los bienes expropiados a las compañías petroleras.

Por otra parte, el Artículo 2 Transitorio del Decreto establecía: “Este decreto entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, sin que sea aplicable, por lo mismo, el artículo 2° del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales”.<sup>30</sup>

### Decreto que deroga los que crearon la Distribuidora de Petróleos Mexicanos y la Administración General del Petróleo Nacional y modifica el que creó a la institución denominada Petróleos Mexicanos

Este Decreto fue publicado en el *Diario Oficial* el 9 de agosto de 1940 y reformó los artículos 2°, 4° y 5° del Decreto de creación de 1938, encomendando a Petróleos Mexicanos el manejo de los bienes muebles e inmuebles que se aplicaren al Gobierno Federal al liquidarse la sociedad Petromex, los terrenos de reservas petroleras en concesión a esta última y otros que al efecto fuesen destinados por el Ejecutivo Federal.

Por otra parte, dentro de las operaciones que podría realizar Petróleos Mexicanos se previeron la distribución y enajenación del petróleo y sus derivados, ya fueran provenientes de los bienes expropiados o de los que tenía asignados la Administración General del Petróleo Nacional.

<sup>30</sup> No resulta clara la previsión del Artículo 2° Transitorio respecto a la no aplicabilidad del artículo 2° del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, toda vez que este último precepto, conforme a su texto vigente en aquel momento, disponía: “*La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles*”. Las disposiciones del Código Civil en torno a la vigencia de las normas de carácter general se encontraban previstas en sus artículos 3 y 4, cuyo contenido, además, hacía innecesario el último señalamiento del Artículo 2° Transitorio del Decreto de creación, ya que establecían que “*Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial*”, así como que “*Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior*”. Quizás, dado que el Código Civil de 1928 comenzó a regir hasta el 1° de octubre de 1932, el aparente error pudiera haber tenido origen en que el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, promulgado el 31 de marzo de 1884 y que, por Decreto del 3 de junio de 1885, se declaró vigente también para el Territorio de Tepic, preveía en su artículo 2° que “*Las leyes, reglamentos, circulares ó cualesquiera otras disposiciones de observancia general, emanadas de la autoridad, obligan y surten sus efectos desde el día de su promulgación, en los lugares en que deba ésta hacerse*”; mientras que el artículo 3° del mismo Código disponía “*Si la ley, reglamento, circular ó disposición general, fija el día en que debe comenzar a observarse, obliga desde ese día aunque se haya publicado antes*”.

En lo referente al gobierno corporativo, considerando la extinción de la Administración General del Petróleo Nacional, se modificó la integración del Consejo de Administración, estableciendo que cinco de sus miembros serían designados por el Ejecutivo Federal (dos a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y tres a propuesta de la Secretaría de Economía Nacional) y cuatro por el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana. Adicionalmente, se previó la posibilidad de la suplencia respecto de cada uno de los consejeros, siempre y cuando, en el caso de los que representaren al Estado, dicha suplencia recayera en funcionarios de Petróleos Mexicanos. Por último, se atribuyó al Presidente de la República la facultad de designar al Gerente General y al Subgerente General.

#### **Decreto que reforma diversos artículos del que creó la Sociedad denominada "Petróleos Mexicanos, S.A."**

Este Decreto fue publicado en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 1940, y contempló la modificación de los artículos 2°, 3°, 5° y 8° del Decreto del 7 de junio de 1938, así como la adición de un Artículo 9° a este último. El sentido de estas reformas fue concordante con aquellas realizadas por el Decreto de agosto de 1940 en torno a la liquidación de Petromex y a la extinción de la Administración General del Petróleo Nacional, previendo que sobre el valor de los bienes aportados por el Gobierno Federal al patrimonio de Petróleos Mexicanos, esta Institución cubriría a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con cargo a gastos de operación, un interés de 3 por ciento anual, así como que el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Economía Nacional, fijaría anualmente los porcentajes de regalías a cargo de Petróleos Mexicanos por concepto de explotación de los terrenos petroleros asignados, en el entendido de que el monto de dichas regalías no sería menor al diez% ni mayor al 35% de los productos obtenidos, considerando, además, las características de los distintos predios petroleros.

Adicionalmente, se dispuso que los rendimientos líquidos que obtuviese Petróleos Mexicanos se distribuirían hasta el veinte por ciento para la formación de reservas de previsión, y el remanente, en un setenta y cinco por ciento, para el Gobierno Federal y, en un veinticinco por ciento, para los trabajadores que prestaren sus servicios en la Institución. Por otra parte, se facultó al Ejecutivo Federal para destinar una parte o la totalidad de los rendimientos por intereses, regalías y utilidades, para incrementar las aportaciones de capital en Petróleos Mexicanos.

Este Decreto también estableció que para la realización de las operaciones de Petróleos Mexicanos, esta Institución podría realizar actos de disposición de los bienes que integraban su patrimonio, transmitiendo su propiedad a título oneroso o afectándolos con gravámenes reales, debiendo contar con el acuerdo del Ejecutivo Federal en el caso de los inmuebles, y excluyendo de tal posibilidad al petróleo contenido en yacimientos y al derecho para hacer la explotación de los mismos. Asimismo, se contempló que Petróleos Mexicanos podría emitir obligaciones, las cuales estarían sujetas, en lo aplicable, a las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

#### **Decreto por el que se reforman los artículos 5° y 6° del que creó la Institución Petróleos Mexicanos**

Este Decreto fue publicado en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 1946, confiriendo al Presidente de la República la facultad de designar al Director General de Petróleos Mexicanos, así como al Subdirector Técnico de Producción, al Subdirector Técnico Comercial y al Subdirector Técnico Administrativo y de Asuntos Jurídicos, otorgando a estos funcionarios la representación de la institución, con facultades de mandatarios generales y la de otorgar poderes generales o especiales, previo acuerdo del Consejo de Administración. Adicionalmente, se previó que en caso de ausencia del Director General su suplencia recaería en ciertos subdirectores conforme al orden establecido en el propio Decreto, y también se contempló que las remuneraciones del Director General, subdirectores y demás funcionarios y empleados se fijarían en el presupuesto anual correspondiente.

#### **Decreto que reforma el artículo 4° del de 7 de junio de 1938 que creó la Institución Petróleos Mexicanos**

Este Decreto fue publicado en el *Diario Oficial* el 26 de diciembre de 1949, estableciendo que el Consejo de Administración se integraría por diez miembros, de los cuales seis serían designados por el Ejecutivo Federal (dos a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tres a propuesta de la Secretaría de Economía y uno a propuesta de la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa), y cuatro por el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana.

### **Decreto que reforma los artículos 4º, 5º y 6º del que creó la Institución "Petróleos Mexicanos"**

Este Decreto fue publicado en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 1952, previendo que el Consejo de Administración se integraría por once miembros, de los cuales seis serían designados por el Ejecutivo Federal (dos a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tres a propuesta de la Secretaría de Economía, y uno a propuesta de la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa) y cinco por el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana. Adicionalmente, se confirió al Presidente de la República la facultad de designar al Subdirector de Finanzas.

### **Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos**

Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial* el 6 de febrero de 1971. Abrogó el Decreto del 7 de junio de 1938 y estableció que Petróleos Mexicanos sería un Organismo Público Descentralizado del Gobierno Federal, de carácter técnico, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y cuyo objeto comprendería, en concordancia con lo dispuesto por la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, que había sido publicada en el *Diario Oficial* el 29 de noviembre de 1958, la exploración, la explotación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo, del gas natural y de los productos que se obtuviesen de la terminación de éstos; la elaboración, el almacenamiento, el transporte, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo que fuesen susceptibles de servir como materias primas industriales básicas, es decir, todas las actividades de orden técnico, industrial y comercial que constituían las industrias petrolera y petroquímica, así como todas aquellas otras actividades que directa o indirectamente se relacionaren con las mismas industrias o que sirvieran para el mejor logro de los objetivos del Organismo.

Por lo que respecta al gobierno corporativo, se estableció que el Consejo de Administración se integraría por once miembros; seis de ellos representarían al Estado y serían designados por el Ejecutivo Federal y cinco serían designados por el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, de entre sus miembros activos que fuesen trabajadores de planta. Los suplentes de los consejeros representantes del Estado serían designados

por el Ejecutivo Federal siempre que fuesen funcionarios de Petróleos Mexicanos. En el caso de los representantes del Sindicato, éste los designaría, debiendo cumplir los mismos requisitos que para los propietarios.

Adicionalmente, se dispuso que en su organización y funcionamiento, en el manejo y explotación de sus bienes, y en el despacho de sus negocios, Petróleos Mexicanos tendría libertad de gestión y ejecutaría las actividades necesarias para la realización de su objeto, de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, sus Reglamentos y las demás disposiciones legales aplicables.

En todos los actos, convenios y contratos en que interviniera Petróleos Mexicanos serían aplicables las leyes federales. Las controversias en que fuera parte, cualquiera que fuera su carácter, serían competencia exclusiva de los tribunales de la Federación, quedando exceptuado el Organismo de otorgar las garantías que exigieran los ordenamientos legales; mientras que las fianzas expedidas para garantizar obligaciones a favor de Petróleos Mexicanos debían ser otorgadas por compañías mexicanas legalmente constituidas y autorizadas.

### **Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios**

Esta Ley fue publicada el 16 de julio de 1992 en el *Diario Oficial de la Federación* y, en concordancia con las reformas constitucionales en materia económica de 1983, estableció que el Estado realizaría las actividades que le eran propias en exclusiva en las áreas estratégicas del petróleo, demás hidrocarburos y petroquímica básica, por conducto de Petróleos Mexicanos —Organismo Público Descentralizado— y de los organismos descentralizados subsidiarios que se crearon por la propia Ley, de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y sus reglamentos. Asimismo, se previó que Petróleos Mexicanos ejercería la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarcaba la industria petrolera estatal, en los términos de la citada Ley Reglamentaria.

Los organismos descentralizados subsidiarios que se crearon fueron Pemex-Exploración y Producción; Pemex-Refinación; Pemex-Gas y Petroquímica Básica, y Pemex-Petroquímica. Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrían responder solidaria o mancomunadamente por el pago de las obligaciones nacionales o internacionales que contrajeran, y la conso-

lidación contable y financiera de todos los organismos sería hecha anualmente por Petróleos Mexicanos.

Respecto del gobierno corporativo, esta Ley estableció que Petróleos Mexicanos sería dirigido y administrado por el Consejo de Administración, órgano superior de gobierno de la industria petrolera, sin perjuicio de la autonomía de gestión de los organismos subsidiarios; mientras que el Director General sería nombrado por el Ejecutivo Federal. El Consejo de Administración se compondría por once miembros propietarios: seis representantes del Estado, designados por el Ejecutivo Federal, y cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que fueran miembros activos y trabajadores de planta. El Presidente del Consejo sería el titular de la coordinadora de sector y tendría voto de calidad. Los suplentes serían designados por los titulares en el caso de los representantes del Estado, y por el Sindicato en el otro supuesto, debiendo reunir los mismos requisitos que los propietarios.

Tratándose de los organismos subsidiarios, su dirección y administración estaría a cargo de un Consejo de Administración y un Director General nombrado por el Ejecutivo Federal. Los consejos se integrarían por ocho miembros y sus respectivos suplentes, siendo cuatro consejeros representantes del Gobierno Federal, designados por el Ejecutivo Federal; los tres directores generales de los otros organismos subsidiarios, conformaban el resto del consejo. Y el Director General de Petróleos Mexicanos, quien presidiría.

#### Ley de Petróleos Mexicanos (2008)

Esta Ley fue publicada el 28 de noviembre de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, previendo que Petróleos Mexicanos —Organismo Público Descentralizado— tendría fines productivos y el objeto de llevar a cabo, en conjunto con los organismos descentralizados subsidiarios, la exploración, explotación y demás actividades que correspondían en exclusiva al Estado en el área estratégica del petróleo, demás hidrocarburos y la petroquímica básica, de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y sus reglamentos, así como la conducción central y dirección estratégica de la industria petrolera. Además, se le facultó para que, al igual que sus organismos subsidiarios, pudiera cogenerar energía eléctrica y vender sus excedentes a la Comisión Federal de Electricidad y a Luz y Fuerza del Centro.

En relación con el gobierno corporativo, el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos se compondría de quince miembros propietarios; seis representantes del Estado, designados por el Ejecutivo Federal; cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que fueran miembros activos y trabajadores de planta, y cuatro consejeros profesionales, designados por el Ejecutivo Federal y ratificados por mayoría absoluta del Senado de la República o, en sus recesos, de la Comisión Permanente, los cuales representarían al Estado y serían servidores públicos. La presidencia del Consejo quedaría a cargo del Secretario de Energía, quien tendría voto de calidad en caso de empate.

Así, tanto la Ley Orgánica de 1992 como la Ley de Petróleos Mexicanos de 2008<sup>31</sup> confirmaron lo dispuesto por la Ley de 1971, en el sentido de que Petróleos Mexicanos era un Organismo Público Descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, e igualmente ambas establecieron que tendría el objeto de ejercer la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarcaba la industria petrolera estatal en los términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.

#### 3. Descentralización y Paraestatalidad

La figura de la descentralización tuvo su origen en la teoría europea de la descentralización por servicio, la cual dio lugar al establecimiento público francés, caracterizado inicialmente como un organismo con personalidad jurídica y patrimonio propio, con el objeto de prestar un servicio público y vinculado a la administración central por una relación de tutela, pero no jerárquica. Posteriormente, al igual que la descentralización en nuestro país, el establecimiento público francés se utilizó también para otras actividades socioeconómicas de la administración pública.

El texto original del Artículo 90 de la Constitución de 1917 establecía que: *Para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habrá un número de Secretarios que establezca el Congreso por una ley, la que distribuirá los negocios que han de estar a cargo de cada Secretaría.*

<sup>31</sup> El artículo 1º de la Ley de Petróleos Mexicanos de 2008 señalaba, equivocadamente, que Petróleos Mexicanos fue “creado por Decreto publicado el 7 de Junio de 1938”. Como se ha indicado, dicho Decreto fue promulgado en esa fecha, pero publicado el 20 de julio de 1938, entrando en vigor en esta última fecha.

Con base en esta disposición, durante la presidencia de Venustiano Carranza, el Congreso de la Unión decretó la Ley de Secretarías de Estado<sup>32</sup> que establecía que, para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habría siete Secretarías de Estado y cinco Departamentos.

Al respecto, Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero señalan:<sup>33</sup>

Que de acuerdo con las más moderna doctrina administrativa y dada la constante creación de los entes que no constituyen secretarías de Estado, la administración pública se divide en centralizada (secretarías de Estado y departamentos administrativos) y sector paraestatal (organismos descentralizados y de participación estatal). Estos últimos no previstos por los constituyentes del 1917 —lo que resulta explicable en la época— carecían de base constitucional que los sustentara, no obstante su importancia y constante proliferación.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que entraría en vigor el 1° de enero de 1977, se menciona que:<sup>34</sup>

Los últimos diez lustros han testimoniado el aumento constante de la administración paraestatal. En nuestros días, más de la mitad del Presupuesto de Egresos de la Federación se canaliza a través de este tipo de entidades cuyos mecanismos de coordinación y control se encuentran dispersos en diferentes disposiciones legales. [Por consiguiente] Se establecen los mecanismos por medio de los cuales las entidades paraestatales que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, habrán de coordinar sus acciones con el resto de las dependencias del Ejecutivo, a fin de conseguir una mayor coherencia en sus acciones y evitar desperdicios y contradicciones.

Así, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1976, abrogó la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado del 23 de diciembre de 1958 y estableció las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal, disponiendo en su Artículo 45 que: “Dentro de la administración pública paraestatal serán considerados como organismos descentralizados las instituciones creadas por disposición del Congreso de la Unión, o en su caso por el Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que

<sup>32</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1917.

<sup>33</sup> Citados por CAMPERO, Gildardo Héctor, *200 Años de Administración Pública en México*, Tomo IV: Evolución de la Administración Pública Paraestatal. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 159, consultado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3755>.

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

adopten”, e igualmente previó que las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos también integraban la administración pública paraestatal.

El Artículo 90 constitucional se reformó en 1981,<sup>35</sup> para prever que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, así como que dicha Ley definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación, y que las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos.<sup>36</sup> En la Iniciativa del Presidente de la República se señalaba que había entonces más de 800 entidades, entre organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritarias, minoritarias y fideicomisos públicos, cuyos fundamentos se encontraban difusamente plasmados en la Constitución, por lo que era necesario establecer, a nivel constitucional, las características básicas de dichas entidades paraestatales, así como la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.<sup>37</sup>

Como se explicará posteriormente, en las modificaciones efectuadas en 2014 a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, con motivo de la reforma constitucional en materia de energía de diciembre de 2013, no se contempló disposición alguna respecto de las Empresas Productivas del Estado, lo cual pudiera generar dudas sobre la inclusión de estas empresas en el ámbito de la Administración Pública Federal.

<sup>35</sup> Por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de abril de 1981.

<sup>36</sup> Posteriormente el artículo ha sido reformado en dos ocasiones: suprimiendo los Departamentos Administrativos (*Diario Oficial de la Federación* del 2 de agosto de 2007) y estableciendo que la función de Consejero Jurídico del Gobierno estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley, así como que el Ejecutivo Federal representará a la Federación en los asuntos en que ésta sea parte, por conducto de la dependencia que tenga a su cargo la función de Consejero Jurídico del Gobierno o de las Secretarías de Estado, en los términos que establezca la ley (*Diario Oficial de la Federación* del 10 de febrero de 2014).

<sup>37</sup> MADRAZO, Jorge, *Las Reformas Constitucionales del Sexenio 1976-1982*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, consultado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/7.pdf>.

### III. PETRÓLEOS MEXICANOS

#### 1. Marco Constitucional y Legal

Derivado de las recientes reformas constitucionales en materia de energía<sup>38</sup> y de la promulgación de la legislación secundaria relativa,<sup>39</sup> el nuevo marco jurídico de Petróleos Mexicanos dispuso su transformación de Organismo Público Descentralizado a Empresa Productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios; que gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en la nueva Ley de Petróleos Mexicanos.

#### A. Reformas constitucionales

##### *Proceso legislativo*

Como parte del proceso legislativo, en el cual fueron consideradas la Iniciativa del Ejecutivo Federal, así como las presentadas por legisladores de los partidos Acción Nacional y de la Revolución Democrática,<sup>40</sup> en el dictamen con el proyecto de Decreto que en su momento fue aprobado por el Constituyente Permanente destacan las consideraciones siguientes:

- \* Por lo que respecta a la Iniciativa del Ejecutivo Federal, se señala que ésta se caracterizaba, entre otros aspectos, por plantear “la posibilidad de suscribir contratos entre el Ejecutivo Federal con organismos y empresas del Estado o con terceros, que permitan expandir y hacer más eficientes las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos ...”.
- \* En relación con la Iniciativa promovida por legisladores del Partido de la Revolución Democrática, se señala que ésta buscaba incidir, entre otros objetivos de política energética, en “Constituir una nueva categoría en la Administración Pública

<sup>38</sup> Publicadas en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

<sup>39</sup> Por lo que respecta a la expedición de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos y a la reforma al artículo 3 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, consúltase a la publicación realizada en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

<sup>40</sup> DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES; DE ENERGÍA, Y ESTUDIOS, LEGISLATIVOS, PRIMERA, CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA DE ENERGÍA, consultado en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/pdf/2013/dic/RefEne.pdf>.

Federal destinada a organismos productivos como Pemex y CFE, cuya naturaleza no corresponde con funciones de índole administrativo, y que requieren ser tratados como empresas públicas”.

- \* Al respecto, las Comisiones Dictaminadoras plantearon que:

El texto vigente del cuarto párrafo, del artículo 25 de la Constitución, dispone:

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

La reforma constitucional que se dictamina incorpora el concepto de “empresas productivas del Estado” como otra posibilidad para que el sector público que tiene a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas de exploración y extracción de petróleo y de los demás hidrocarburos en el subsuelo, pueda llevarlas a cabo.

De esta manera, se podrán crear empresas productivas cuya propiedad y control serán siempre del Gobierno Federal, a efecto de llevar a cabo las actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos en el subsuelo, que se incorporan como áreas estratégicas.

Estas empresas se coordinarán con el Ejecutivo Federal, a fin de que sus operaciones de financiamiento no conduzcan a un incremento en el costo de financiamiento del resto del sector público o bien, contribuyan a reducir las fuentes de financiamiento del mismo. El régimen transitorio también determina que las empresas productivas del Estado con que cuente el sector público para llevar a cabo, de manera exclusiva, las distintas actividades en las áreas estratégicas en materia de energía ya referidas, contarán con un régimen particular en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto.

#### Reformas a los artículos 25 y 27 constitucionales

En lo referente a las Empresas Productivas del Estado, de las reformas constitucionales destacan las disposiciones siguientes:

##### Cuarto párrafo del Artículo 25:

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, fun-

cionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.

#### Séptimo párrafo del Artículo 27:

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

## B. Legislación secundaria

### *Proceso legislativo*

Como parte del proceso legislativo, en el dictamen con el proyecto de Decreto por el que, entre otras, se expidió la nueva Ley de Petróleos Mexicanos y se reformó el Artículo 3 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales,<sup>41</sup> destacan las consideraciones siguientes:

- Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, como empresas productivas del Estado, se organizarán y funcionarán conforme a lo que se establezca en las leyes que las rigen, bajo un régimen específico para cada una de ellas "...son propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía técnica, operativa y de gestión..."
- ...la nueva regulación ...toma en cuenta una nueva concepción de las relaciones que tendrán con la cabeza del sector energético. Se busca pasar de una clara intervención de la Secretaría en la planeación, operación y presupuestación... como hasta ahora ocurre bajo el modelo actual de coordinación sectorial, a un modelo de colaboración institucional..."

<sup>41</sup> Consultado en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2014/jul/20140728-C.pdf>.

- Todo lo anterior se refleja en las reformas que también se proponen a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, para establecer de manera clara y expresa que dicho ordenamiento ya no será aplicable a Petróleos Mexicanos..."

## Nueva Ley de Petróleos Mexicanos

Por lo que respecta a la nueva Ley de Petróleos Mexicanos, destacan las disposiciones siguientes:

*Artículo 1.-* La presente Ley es Reglamentaria del artículo 25, párrafo cuarto de la Constitución y del Transitorio Vigésimo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, es de interés público y tiene por objeto regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado Petróleos Mexicanos, así como establecer su régimen especial en materia de:

- I. Empresas productivas subsidiarias y empresas filiales;
- II. Remuneraciones;
- III. Adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras;
- IV. Bienes;
- V. Responsabilidades;
- VI. Dividendo Estatal;
- VII. Presupuesto; y
- VIII. Deuda.

*Artículo 2.* Petróleos Mexicanos es una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios y gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en la presente Ley.

[...]

*Artículo 3.* Petróleos Mexicanos se sujetará a lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento y las disposiciones que deriven de los mismos. El derecho mercantil y civil serán supletorios.

Las disposiciones contenidas en las demás leyes que por materia correspondan aplicarán siempre que no se opongan al régimen especial previsto en esta Ley.

En caso de duda, se deberá favorecer la interpretación que privilegie la mejor realización de los fines y objeto de Petróleos Mexicanos conforme a su naturaleza jurídica de empresa productiva del Estado con régimen especial, así como el régimen de gobierno corporativo del que goza conforme al presente ordenamiento, de forma que pueda competir con eficacia en la industria energética.

*Artículo 4.* Petróleos Mexicanos tiene como fin el desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales en términos de su objeto, generando valor económico y rentabilidad para el Estado Mexicano como su propietario, así como actuar de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental, y procurar el mejoramiento de la productividad para maximizar la renta petrolera del Estado y contribuir con ello al desarrollo nacional.

*Artículo 116.* Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias entregarán a la Secretaría de Energía la información que les solicite, dentro de los plazos que al efecto establezca. Dicha información deberá referirse a, o estar relacionada con, aquellos aspectos que le permitan a la Secretaría de Energía realizar las funciones de programación sectorial, diseñar, formular y dar seguimiento a políticas públicas, planear y conducir debidamente la realización de actividades estratégicas y prioritarias a cargo del Estado, y ejercer las funciones en materia de rectoría económica del Estado, conforme a las leyes aplicables.

Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias deberán entregar a los órganos reguladores coordinados en materia energética, la información que les requieran, en términos de las disposiciones aplicables.

## Ley Federal de las Entidades Paraestatales

Derivado de la reforma al Artículo 3° de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, dicho precepto establece lo siguiente:

*Artículo 3o.* Las universidades y demás instituciones de educación superior a las que la Ley otorgue autonomía, se regirán por sus leyes específicas.

Las entidades de la Administración Pública Federal que sean reconocidas como Centros Públicos de Investigación en los términos de la Ley de Ciencia y Tecnología, se regirán por esa Ley y por sus respectivos instrumentos de creación. Sólo en lo no previsto se aplicará la presente Ley.

Las empresas productivas del Estado y sus respectivas empresas productivas subsidiarias, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal del Consumidor, la Agencia de Noticias del Estado Mexicano y el Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, atendiendo a sus objetivos y a la naturaleza de sus funciones, quedan excluidas de la observancia del presente ordenamiento.

## Reglamentación de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos

El Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de octubre de 2014, no contiene ninguna disposición relativa a la naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos; sin embargo,

resulta interesante que en el anteproyecto de dicho Reglamento,<sup>42</sup> mediante el cual la Secretaría de Energía inició el proceso de mejora regulatoria, establecido en el Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, se preveía lo siguiente:

*Artículo 1.* Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias son empresas productivas del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal y forman parte de la Administración Pública Federal, sin tener el carácter de entidades paraestatales.

Respecto del anteproyecto mencionado, la Secretaría de Energía solicitó a la Comisión Federal de Mejora Regulatoria la exención de presentación de la Manifestación de Impacto Regulatorio correspondiente, por considerar que la regulación propuesta no generaba costos de cumplimiento para los particulares. Tal solicitud obtuvo la opinión favorable de la citada Comisión,<sup>43</sup> señalando ésta que "...se observa que el anteproyecto se circunscribe al ámbito de la Administración Pública Federal... por ende, no genera costos de cumplimiento para los particulares..." Así, "...la SENER puede proceder con las formalidades necesarias para presentar el anteproyecto ante la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal...", precisando que dicha opinión "...se emite sin perjuicio de la valoración correspondiente de la CJEF, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 69-H, segundo párrafo de la LFPA".<sup>44</sup>

## 2. Petróleos Mexicanos, naturaleza jurídica y régimen especial

### Naturaleza Jurídica

Conforme a la concepción tradicional, la organización formal del Estado Mexicano parte del principio de división de poderes. Por lo que respecta al

<sup>42</sup> Anteproyecto fechado el 30 de septiembre de 2014 y registrado ante la Comisión Federal de Mejora Regulatoria el 15 de octubre de 2014, con el número de expediente 13/0913/151014.

<sup>43</sup> Oficio No. COFEME/14/3641 de fecha 22 de octubre de 2014, dirigido a la Oficial Mayor de la Secretaría de Energía por el Coordinador General de Manifestaciones de Impacto Regulatorio. Consultado en: [www.cofemer.gob.mx](http://www.cofemer.gob.mx).

<sup>44</sup> Para facilitar la referencia, el artículo 69-H, segundo párrafo, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en lo conducente, establece que "[la Comisión] resolverá en definitiva sobre el particular, salvo que se trate de anteproyecto que se pretenda someter a la consideración del Titular del Ejecutivo Federal, en cuyo caso la Consejería Jurídica decidirá en definitiva, previa opinión de la Comisión".

Poder Ejecutivo, éste ejerce sus atribuciones y se auxilia de la Administración Pública Federal, la cual se compone de la administración centralizada y de la denominada paraestatal.<sup>45</sup> Esta concepción ha ido evolucionando a partir del surgimiento de los órganos constitucionalmente autónomos, así como de otros entes de autoridad, materialmente administrativos, que no dependen del Poder Ejecutivo; cuya creación ha sido cuestionada porque, si bien ha sido establecida en ley, carece de un sustento constitucional expreso. En su momento, un ejemplo de ello fue el del Instituto Federal de Acceso a la Información, al que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental conceptualizó como órgano de la Administración Pública Federal con autonomía.<sup>46</sup>

El actual Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos ya no presenta esa carencia de sustento constitucional, toda vez que ella fue corregida mediante el *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, por el que se adicionó una fracción VIII al apartado A del Artículo 6 de la Constitución, conforme a la cual:

La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.

El surgimiento de estos órganos del Estado ha generado una nueva conceptualización que trasciende la teoría administrativa tradicional, la cual planteaba que todo aquello que integraba la administración pública se ubicaba, necesariamente, en el ámbito centralizado o en el paraestatal. En este último caso, sectorizado a una dependencia de la administración centralizada.

En el caso de las Empresas Productivas del Estado, como se ha expuesto con anterioridad, claramente existe un sustento constitucional expreso.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Artículos 49 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>46</sup> MINUTTI, Ruben, *Naturaleza jurídica y competencia de los entes administrativos y jurisdiccionales en materia de transparencia*, artículo presentado en el 10° Congreso Nacional y 5° Internacional de Derecho de la Información, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, noviembre de 2009, consultado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/15/art/art2.htm>.

<sup>47</sup> A diferencia de lo que sucedió con diversas entidades creadas antes de la reforma al Artículo 90 Constitucional en 1981, e incluso durante los primeros años de vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (de 1977 a 1981).

Tratándose de Petróleos Mexicanos, de acuerdo con lo establecido por los artículos 25, cuarto párrafo, y 27, séptimo párrafo, de la Constitución Política, las áreas estratégicas de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, las cuales se encuentran a cargo del sector público de manera exclusiva, serán llevadas a cabo por la Nación, mediante asignaciones a Empresas Productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y Empresas Productivas del Estado que en su caso se establezcan.

Asimismo, se establece que en las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las Empresas Productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.

De acuerdo con lo anterior, el Constituyente Permanente determinó crear una nueva modalidad de órganos del Estado, cuya propiedad y control corresponde al Gobierno Federal; denominándolos Empresas Productivas del Estado, en concordancia con lo dispuesto por el quinto párrafo del Artículo 28 constitucional, que establece:

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

Como se ha mencionado, derivado de la promulgación de la legislación secundaria en materia de energía, el legislador reformó, entre otras disposiciones, el Artículo 3 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, para establecer que las Empresas Productivas del Estado y sus respectivas empresas productivas subsidiarias, atendiendo a sus objetivos y a la naturaleza de sus funciones, quedan excluidas de la observancia de la propia Ley.

Ahora bien, dado que en las modificaciones efectuadas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, con motivo de la reforma constitucional en materia de energía, no se contempló disposición alguna respecto de las Empresas Productivas del Estado, pudieran generarse dudas sobre la inclusión de estas empresas en el ámbito de la Administración Pública Federal, ya que, en lo conducente, el Artículo 90 de la Constitución establece:

*Artículo 90.* La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

La (*sic* DOF 02-08-2007) leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado.

No obstante, en una interpretación integral del texto constitucional, es claro que el legislador ordinario se encuentra facultado para establecer en la ley las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las Empresas Productivas del Estado; mientras que, conforme al principio de jerarquía de normas, para el ejercicio de tal facultad el legislador no se encuentra obligado a que las disposiciones relativas sólo puedan estar contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la Tesis 1a. CXVIII/2004,<sup>48</sup> resolvió lo siguiente:

El artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la administración pública federal será centralizada y paraestatal, conforme a la ley orgánica que expida el Congreso de la Unión. Sin embargo, si bien es cierto que el legislador, en cumplimiento de tal precepto, organiza y otorga algunas atribuciones a los entes públicos a fin de que cumplan con su cometido a través de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, también lo es que no hay una norma que establezca que su competencia debe necesariamente desarrollarse en ese solo ordenamiento, pues el referido precepto debe interpretarse en el sentido de que el legislador cuenta con facultades para expedir leyes en todo lo relacionado con la organización, estructura y asignación de facultades de los órganos de la administración pública federal en diversos ordenamientos legales.

Así, dado que en términos de la nueva Ley de Petróleos Mexicanos el control de esta empresa por parte del Gobierno Federal se lleva a cabo mediante la conformación de su Consejo de Administración —en el cual participan, *ex lege*, el Secretario de Energía y el Secretario de Hacienda y Crédito Público, así como tres consejeros del Gobierno Federal designados por el Ejecutivo Federal, y cinco consejeros independientes, designados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República—, se estima que Petróleos

<sup>48</sup> Amparo en revisión 1003/2004. CCC Fabricaciones y Construcciones, S.A. de C.V. 8 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddú Gilabert.

Mexicanos constituye una persona pública que forma parte de la Administración Pública Federal.

Sin embargo, a partir de una interpretación integral de los artículos 25 y 90 constitucionales, conforme a la cual el párrafo cuarto del primero establece una excepción al párrafo primero del segundo, esta nueva clase de persona pública no se integra en ninguno de los dos ámbitos que tradicionalmente han compuesto la Administración Pública Federal, ya que el Constituyente Permanente no le confirió el carácter de entidad paraestatal y, en concordancia con ello, en la Ley especial (nueva Ley de Petróleos Mexicanos) el legislador ordinario determinó, por una parte, no otorgarle tal calidad y, por la otra, no sujetarlo al modelo de coordinación sectorial, sino a un modelo de colaboración institucional.

Por otra parte, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal tampoco se previó a la Empresa Productiva del Estado como una nueva modalidad de las entidades paraestatales; mientras que en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales sí se precisó que no se encuentra sujeta a ésta. Tanto en el caso de Petróleos Mexicanos como en el de la Comisión Federal de Electricidad sus respectivas leyes disponen que estas empresas se sujetarán a lo dispuesto en las propias leyes, sus reglamentos y las disposiciones que deriven de los mismos. Las disposiciones contenidas en las demás leyes que por materia correspondan aplicarán siempre que no se opongan a su régimen especial.

En este sentido, resultaban innecesarias las adiciones efectuadas a las leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, para enunciar que las contrataciones de las Empresas Productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias se encuentran excluidas de la aplicación de dichos ordenamientos. Estas adiciones pudieran dar la apariencia de una precisión o excepción aplicable a cierta modalidad de alguno de los entes sujetos a los referidos ordenamientos; apariencia que se desvanece al percatarse de que, a diferencia de otras leyes, aquéllas ahora en cita no refieren en forma genérica a las entidades paraestatales, sino que enlistan individualmente a cada una de ellas.

Adicionalmente, suponiendo, como es presumible, que esta falta de técnica legislativa en las leyes de adquisiciones y de obras públicas hubiese tenido alguna motivación en el contenido de un párrafo que era preexistente en cada una de ellas —relativo a los organismos con autonomía constitucional y a las entidades con un régimen específico de obras públicas y servicios relacionados con las mismas—, habrá que considerar, por un lado, que los entes autónomos constitucionales no se contemplan en el listado de entes sujetos a los

referidos ordenamientos y, por otro lado, que dicho párrafo establece una regla de supletoriedad para los organismos autónomos y las entidades con régimen específico de obras públicas.

Por lo que respecta a las reformas a la Ley General de Deuda Pública, si bien la adición a su Artículo 1 pudiera generar alguna duda sobre el carácter paraestatal de las Empresas Productivas del Estado, ya que éstas fueron integradas al listado de “entidades” sujetas al ámbito de aplicación de dicha Ley; de la revisión de tal listado se desprende que el concepto de “entidades” se emplea en un sentido amplio —comprendiendo, por ejemplo, al Gobierno del Distrito Federal—, por lo que la inclusión en él no conlleva, per se, una ubicación particular dentro de la Administración Pública Federal.

Finalmente, resulta relevante hacer notar que, en concordancia con la exclusión de las Empresas Productivas del Estado del ámbito de aplicación de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, el Artículo 61 de la Ley de Petróleos Mexicanos establece lo siguiente:

*Artículo 61.* Son empresas filiales de Petróleos Mexicanos aquellas en las que participe, directa o indirectamente, en más del cincuenta por ciento de su capital social, con independencia de que se constituyan conforme a la legislación mexicana o a la extranjera.

Las empresas filiales no serán entidades paraestatales y tendrán la naturaleza jurídica y se organizarán conforme al derecho privado del lugar de su constitución o creación.

En efecto, aun cuando en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no se contempló disposición alguna respecto de las Empresas Productivas del Estado, el Artículo 28 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales dispone que “Son empresas de participación estatal mayoritaria las que determina como tales la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal”. Esta última Ley, en su Artículo 46 establece:

*Artículo 46.* Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

- I. Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica;
- II. Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:
  - A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.
  - B) capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

- C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores Públicos Federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

Como se desprende de lo anterior, el que en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no se haya contemplado a las Empresas Productivas del Estado no conlleva que éstas tengan el carácter de entidades de la Administración Pública Paraestatal; afirmar lo contrario sería equivalente a no poder resolver, mediante interpretación jurídica, que las disposiciones relativas a las empresas de participación estatal mayoritaria no se hayan modificado de manera expresa para prever que no son aplicables a las filiales de Petróleos Mexicanos.

Así, atendiendo al principio de integridad del texto constitucional y a su carácter esencialmente político,<sup>49</sup> concluimos que la naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos, como Empresa Productiva del Estado, es la de una persona pública, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, que forma parte de la Administración Pública Federal y que no tiene el carácter de entidad paraestatal;<sup>50</sup> lo cual es, además, consecuente con nuestra convicción sobre el dinamismo de la ciencia jurídica en función de la realidad social y política del Estado, tal como se ha expresado en este trabajo respecto de la evidente tendencia evolutiva que supuso el reconocimiento jurídico expreso (primero en un ámbito legal y posteriormente constitucional) de la existencia de las entidades que conforman el ámbito paraestatal de la Administración Pública Federal.

<sup>49</sup> Véase ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Colección Juristas Latinoamericanos, edit. Oxford University Press y Harla—México, México, 1998, pp. 61 y 62.

<sup>50</sup> Como se señaló anteriormente, el anteproyecto de Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos mencionaba expresamente que Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias forman parte de la Administración Pública Federal, sin tener el carácter de entidades paraestatales. Sin embargo, desafortunadamente en nuestra opinión, dicho artículo fue suprimido en el Reglamento promulgado. Tal enunciado, si bien sólo con un carácter declarativo respecto de la naturaleza que la Constitución otorgó a las Empresas Productivas del Estado, hubiese despejado ciertas dudas, algunas de las cuales se analizan adelante.

## B. Régimen Especial

En términos del Artículo 25, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratándose de las Empresas Productivas del Estado, la Ley establecerá:

...normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren... así como el régimen de remuneraciones de su personal... y determinará las demás actividades que podrán realizar.

Adicionalmente, conforme a lo dispuesto por el Transitorio Vigésimo del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”,<sup>51</sup> como parte de las adecuaciones al marco jurídico para regular a las Empresas Productivas del Estado, se contempla:

Cuenten con autonomía presupuestal y estén sujetas sólo al balance financiero y al techo de servicios personales que, a propuesta de la Secretaría del ramo en materia de Hacienda, apruebe el Congreso de la Unión. Su régimen de remuneraciones será distinto del previsto en el artículo 127 de esta Constitución.

...un régimen especial de contratación...

Cuenten... con un régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto...

Una vez que... se conviertan en empresas productivas del Estado... no les serán aplicables las disposiciones relativas a la autonomía contenidas en las fracciones anteriores, sino hasta que conforme a las nuevas disposiciones legales se encuentren en funciones sus consejos de administración y estén en operación los mecanismos de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas.

De acuerdo con la nueva Ley de Petróleos Mexicanos, el objeto de ésta comprende el establecimiento del régimen especial en ciertas materias, entre las que se encuentran tanto aquéllas previstas expresamente en el Decreto de reformas constitucionales, como las de “Bienes” y “Dividendo Estatal”, las cuales, en términos del propio Decreto, actualizarían el supuesto de “las demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto”.

<sup>51</sup> Publicado en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.

MATERIA	LEY APLICABLE
Empresas productivas subsidiarias y empresas filiales	Ley de Petróleos Mexicanos.
Remuneraciones	Ley de Petróleos Mexicanos.
Adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras	Ley de Petróleos Mexicanos.
Bienes	Ley de Petróleos Mexicanos. Ley General de Bienes Nacionales por lo que respecta al régimen de dominio público de la Federación al que están sujetos los inmuebles.*
Responsabilidades	Ley de Petróleos Mexicanos. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos por lo que respecta a sus empleados.**
Dividendo Estatal	Ley de Petróleos Mexicanos.***
Presupuesto	Ley de Petróleos Mexicanos.****
Deuda	Ley de Petróleos Mexicanos. Ley General de Deuda Pública.*****

Por otra parte, la Ley de Petróleos Mexicanos establece la aplicabilidad de otras leyes en ciertas materias; a saber:

*Artículo 57.* La Auditoría Superior de la Federación será competente para fiscalizar a Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias, en términos de las disposiciones constitucionales y legales respectivas.

\* El Artículo 88 de la Ley de Petróleos Mexicanos establece que los bienes inmuebles de Petróleos Mexicanos y de sus empresas productivas subsidiarias estarán sujetos al régimen de dominio público de la Federación, conforme a las disposiciones que para tal figura jurídica establecen la Ley General de Bienes Nacionales y la propia Ley de Petróleos Mexicanos.

\*\* El Artículo 90 de la Ley de Petróleos Mexicanos establece que la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos corresponderá a la Unidad de Responsabilidades. El Artículo 30 de la propia Ley establece que los consejeros, en relación con el ejercicio de sus funciones como miembros del Consejo de Administración, serán responsables exclusivamente en términos de lo dispuesto en dicho ordenamiento.

\*\*\* La vigencia del régimen especial en esta materia fue diferida por el legislador al 1 de enero de 2015, por lo que el dividendo estatal comenzará a cobrarse en el ejercicio fiscal 2016. Consideramos que existió una inconsistencia al haber previsto, el propio legislador, que “En tanto entran en vigor los artículos mencionados [...] serán aplicables [...] durante los ejercicios fiscales 2014 y 2015, las facultades previstas en el artículo 26, párrafos cuarto y quinto, de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y en el artículo 60. de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2014 y la que corresponda al ejercicio fiscal 2015” (Transitorio Décimo Cuarto de la Ley de Petróleos Mexicanos). En nuestra opinión, al aplicar el Artículo 3 de la Ley de Petróleos Mexicanos, esta última previsión sólo podría ser aplicable respecto del ejercicio fiscal 2014.

\*\*\*\* La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (Artículo 5) establece que “Las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias se sujetarán exclusivamente a lo dispuesto en sus respectivas leyes”.

\*\*\*\*\* A las empresas productivas del Estado les es aplicable la Ley General de Deuda Pública, lo cual no es incongruente si se atiende al marco legal actual en esta materia y se toma en cuenta que dichas empresas forman parte de la Administración Pública Federal. La Ley de Petróleos Mexicanos (Artículo



*Artículo 86.* Las contrataciones que realicen Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias estarán sujetas a lo dispuesto en la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, entre otros ordenamientos. Al efecto, la Secretaría de la Función Pública será autoridad competente.

*Artículo 109.* Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias se sujetarán a las leyes aplicables en materia de transparencia y acceso a la información, de fiscalización y rendición de cuentas y combate a la corrupción, para prevenir, identificar, investigar y sancionar los actos u omisiones que las contravengan.

Así, son aplicables, a Petróleos Mexicanos, Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

### 3. Aplicabilidad de algunas leyes por materia

Conforme al Artículo 3 de la Ley de Petróleos Mexicanos, "Las disposiciones contenidas en las demás leyes que por materia correspondan aplicarán siempre que no se opongan al régimen especial previsto en esta Ley".

En este sentido y considerando que Petróleos Mexicanos como Empresa Productiva del Estado es una persona pública, propiedad del Gobierno Federal y sujeta a su control, que forma parte de la Administración Pública Federal sin tener el carácter de entidad paraestatal, a continuación se exponen algunas consideraciones sobre la aplicabilidad de ciertas leyes que se estiman relevantes para efectos de la operación cotidiana de esta empresa.

#### Código de Comercio

El Artículo 1236 establece que:

Las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que formen parte de la administración pública no absolverán posiciones en la forma que establecen los artículos anteriores, salvo lo dispuesto en el artículo 1217, pero la parte contraria podrá pedir que se les libre oficio, insertando las posiciones que quiera hacerles para que, por vía de informe, sean contestadas por la persona que designa, dentro del término que designe el tribunal, y que no excederá de ocho días con el apercibimiento de tenerla por confesa si no contestare dentro del término que se le haya fijado, o si no lo hiciere categóricamente afirmando o negando los hechos. La declaración de confeso podrá hacerse de oficio o a petición de parte.

En concordancia con lo dispuesto por el Artículo 25 del Código Civil Federal,<sup>52</sup> a Petróleos Mexicanos resulta aplicable esta disposición.

#### Código Federal de Procedimientos Civiles

El Artículo 4 establece que:

Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

Como ha sido expresado por el Poder Judicial de la Federación,<sup>53</sup> la previsión legal de que las personas morales oficiales se encuentran exentas de prestar las garantías que se exigen a las partes en materia de amparo, tuvo como propósito que existiera congruencia con lo dispuesto por el Artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles y es concordante con lo establecido en el Artículo 25 del Código Civil Federal, por lo que dicho Artículo 4 sí resulta aplicable a Petróleos Mexicanos.

#### Ley de Amparo

El Artículo 7 establece que:

La Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma general, un acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares.

También establece que las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta Ley se exige a las partes.

<sup>52</sup> Conforme al cual, son personas morales, entre otras, las corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.

<sup>53</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Amparo en revisión 152/90. Comisión Federal de Electricidad. 13 de noviembre de 1990. Mayoría de votos de Ramón Medina de la Torre y Jorge Alfonso Álvarez Escoto. Disidente: Rogelio Camarena Cortés. Ponente: Jorge Alfonso Álvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilezal. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Queja 24/94. Autotransportes Urbanos de Pasajeros R-100. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Benito Alva Zenteno.

Esta disposición es aplicable a Petróleos Mexicanos, tanto por ser una persona moral pública como por lo señalado en el numeral inmediato anterior respecto a la exención de prestar garantías.

### Ley de Asociaciones Público Privadas

El Artículo 4 establece que sus disposiciones son aplicables a proyectos de asociaciones público-privadas que realicen, entre otros, “las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”, así como “personas de derecho público federal, con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, sólo en lo no previsto en los ordenamientos que los rigen y siempre que no se contrapongan con los mismos, en cuyo caso quedarán sujetas a sus propios órganos de control”.

Adicionalmente, el Artículo 12 establece que para los efectos de esta Ley se entenderá por

Entidades: Las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal, los fideicomisos públicos federales no considerados entidades paraestatales, personas de derecho público federal con autonomía derivada de la Constitución, así como las entidades federativas y municipales.

Como se desprende de las citas anteriores, la Ley de Asociaciones Público Privadas no resultaría aplicable a Petróleos Mexicanos como Empresa Productiva del Estado, ya que no corresponde a ninguno de los supuestos indicados.

Sin embargo, si se considera que en la Ley que nos ocupa el legislador expresó que, bajo los principios de los artículos 25 y 134 constitucionales, dicha Ley tiene por objeto regular los esquemas para el desarrollo de los proyectos de asociaciones público—privadas, así como que ésta prevé como uno de sus posibles sujetos a las “personas de derecho público federal con autonomía derivada de la Constitución”, se estima que su aplicabilidad a Petróleos Mexicanos sería compatible con los preceptos constitucionales citados y ello podría sustentarse en una interpretación por mayoría de razón.

Previo a la Reforma de 2013, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, en cuanto áreas estratégicas, se encontraban excluidas del ámbito de la Ley de Asociaciones Público Privadas, por lo que Petróleos Mexicanos sólo podía participar en proyectos de asociaciones público-privadas

en las actividades en que las leyes permitieran la libre concurrencia del sector privado.<sup>54</sup> Por lo que respecta al Artículo 134 constitucional, la Ley de Asociaciones Público Privadas estableció un nuevo régimen de contrataciones públicas, opcional y diverso al de las leyes de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público y de obras públicas y servicios relacionados con las mismas.

Derivado de la reforma constitucional en materia de energía, conforme al Artículo 25 de la Constitución, el sector público tendrá su cargo de manera exclusiva las áreas estratégicas de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, manteniendo el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y Empresas Productivas del Estado que en su caso se establezcan. La Nación llevará a cabo dichas actividades mediante asignaciones a Empresas Productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, y para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, las Empresas Productivas del Estado podrán contratar con particulares.

Por otra parte, la Ley de Petróleos Mexicanos establece un régimen especial en materia de contrataciones. En su Artículo 75 dispone que las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras que requiera Petróleos Mexicanos se realizarán conforme Artículo 134 de la Constitución, con sujeción a los principios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez, a efecto de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes de acuerdo con la naturaleza de la contratación.

Adicionalmente, el Artículo 75 prevé que a estas contrataciones les serán aplicables las disposiciones que al efecto establece la propia Ley de Petróleos Mexicanos y las demás que deriven de la misma, así como que no les serán aplicables la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ni la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

<sup>54</sup> Tales como:

- ▲ Construcción de ductos, instalaciones y equipos para llevar a cabo el transporte, almacenamiento y distribución de gas, incluido el gas metano, que en términos del artículo 4o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, pueden ser llevados a cabo, previo permiso, por los sectores social y privado.
- ▲ Construcción de plantas o complejos para llevar a cabo la elaboración de productos petroquímicos no básicos.
- ▲ Rehabilitación, modernización y/o transformación de plantas industriales.
- ▲ Tratamiento y conducción de agua (Plantas de tratamiento de aguas negras o residuales y acueductos).

Como parte de la legislación secundaria publicada el 11 de agosto de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*, se reformó el Artículo 10 de la Ley de Asociaciones Público Privadas para suprimir la restricción en el sentido de que los esquemas de asociación público privada en ningún caso podrían referirse a las actividades sustantivas de carácter productivo que se preveían en los artículos 3 y 4 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.

Dada la congruencia entre los principios de los artículos 25 y 134 constitucionales y el nuevo régimen aplicable a Petróleos Mexicanos, lo cual, a su vez, resulta concordante con la reforma al Artículo 10 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, esta última Ley sí podría ser aplicable a dicha Empresa Productiva del Estado. Por lo que respecta a la definición de “Entidades” establecida en su Artículo 12, la previsión de “personas de derecho público federal con autonomía derivada de la Constitución” permitiría interpretar que, por mayoría de razón, sus esquemas también podrían ser implementados por las Empresas Productivas del Estado; en el entendido de que dichos esquemas son opcionales y de que el régimen especial de contratación de Petróleos Mexicanos pudiera resultar más adecuado para la consecución de su objeto.

No obstante, la Ley de Hidrocarburos<sup>55</sup> estableció en su Artículo 14 que, si bien Petróleos Mexicanos, en términos de su Ley, podrá celebrar alianzas y asociaciones para participar en los procesos de licitación de contratos para la exploración y extracción, las cuales se regirán por el derecho común; también dispuso que no podrá celebrar con particulares contratos de asociación público privada en términos de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Por su parte, la Ley de Petróleos Mexicanos establece en su Artículo 59 que para la realización de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos Petróleos Mexicanos “actuará a través de empresas productivas subsidiarias” y que las demás actividades “podrá realizarlas directamente, a través de empresas filiales, empresas en las que participe de manera minoritaria, directa o indirectamente, o mediante cualquier figura de asociación o alianza que no sea contraria a la ley”.

Adicionalmente, el Artículo 63 del propio ordenamiento dispone que si las actividades de exploración y extracción se realizan al amparo de una asignación,<sup>56</sup> Petróleos Mexicanos “deberá actuar a través de una o más empresas

<sup>55</sup> Publicada en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

<sup>56</sup> “Asignación: El acto jurídico administrativo mediante el cual el Ejecutivo Federal otorga exclusivamente a un Asignatario el derecho para realizar actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos en el Área de Asignación, por una duración específica”. “Asignatario: Petróleos Mexicanos o cualquier otra empresa productiva del Estado que sea titular de una Asignación y operador de un Área de Asignación”. Artículo 4, fracciones V y VI, de la Ley de Hidrocarburos.

productivas subsidiarias”. Si se llevan a cabo por virtud de un contrato para la exploración y extracción de hidrocarburos, cuando la empresa realice la actividad de manera exclusiva, sin que para tales efectos celebre una asociación o alianza con terceros, “deberá hacerlo a través de una o más empresas productivas subsidiarias”. Si pretende realizar la actividad en asociación o alianza con terceros, “podrá hacerlo mediante la creación o participación en empresas filiales, la participación minoritaria en otras sociedades o las demás formas de asociación permitidas conforme a la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y demás disposiciones aplicables”.

Si bien no es clara la motivación que tuvo el legislador para prohibir a Petróleos Mexicanos la posibilidad de celebrar contratos de asociaciones público privadas como una modalidad de asociación o alianza para realizar actividades de exploración y extracción,<sup>57</sup> no sucede lo mismo en el caso de las demás actividades que puede llevar a cabo esta Empresa Productiva del Estado.

### Ley de Concursos Mercantiles

El Artículo 5 establece que “Las empresas de participación estatal constituidas como sociedades mercantiles podrán ser declaradas en concurso mercantil”. Esta disposición permite interpretar que en el ámbito de la Administración Pública sólo dichas empresas se encuentran sujetas a la Ley de Concursos Mercantiles.

Adicionalmente, el Transitorio Cuarto establece que “Las entidades de la administración pública paraestatal que no estén constituidas como sociedades mercantiles no serán declaradas en concurso mercantil”.

Esta disposición transitoria resulta concordante con la previamente citada; sin embargo, podría generar dudas sobre la aplicabilidad de la Ley de Concursos Mercantiles a Petróleos Mexicanos como Empresa Productiva del Estado, ya que, como se ha señalado, si bien forma parte de la Administración Pública Federal, no tiene el carácter entidad paraestatal, por ello, en términos de lo dispuesto por el Artículo 3 de la Ley de Petróleos Mexicanos, resulta necesario analizar si la Ley Concursal se opone al régimen especial de Petróleos Mexicanos.

<sup>57</sup> Máxime si se considera que el propio artículo 14 de la Ley de Hidrocarburos prevé que tales alianzas y asociaciones podrán realizarse bajo esquemas que permitan la mayor productividad y rentabilidad, incluyendo modalidades en las que se podrán compartir costos, gastos, inversiones, riesgos, así como utilidades, producción y demás aspectos de la exploración y extracción.

En términos del Artículo 9 de la Ley de Concursos Mercantiles, es susceptible de ser declarado en concurso mercantil el “Comerciante” que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones; mientras que, de acuerdo con el Artículo 4 de la propia Ley, se entenderá por “Comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio”.

Conforme al Artículo 3 del Código de Comercio, se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Si bien Petróleos Mexicanos como Empresa Productiva del Estado tiene capacidad para ejercer el comercio y se encuentra facultada para realizar, entre otras actividades, las de carácter comercial, no puede considerarse que por ello haga del comercio su ocupación ordinaria, ya que tales actividades no constituyen un fin en sí mismo, sino que son un medio para la consecución del fin que le ha sido encomendado; esto es, la generación de valor económico y rentabilidad para el Estado Mexicano como su propietario, así como procurar el mejoramiento de la productividad para maximizar la renta petrolera del Estado y contribuir con ello al desarrollo nacional.

Conforme al Artículo 3 de la Ley de Petróleos Mexicanos, el régimen especial tiene preeminencia y el derecho mercantil es de carácter supletorio, en el entendido de que su aplicabilidad sólo será procedente en cuanto no se oponga al propio régimen especial. Así, la Ley de Concursos Mercantiles no es aplicable a las Empresas Productivas del Estado, ya que la situación jurídica del concurso mercantil se opone a su régimen especial. Un ejemplo de ello es que dentro de dicho régimen especial se establece que los bienes inmuebles de Petróleos Mexicanos se consideran bienes del dominio público de la Federación, por lo que son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.

### Ley de Planeación

El Artículo 9 establece que “Las dependencias de la administración pública centralizada deberán planear y conducir sus actividades con perspectiva de género y con sujeción a los objetivos y prioridades de la planeación nacional de desarrollo, a fin de cumplir con la obligación del Estado de garantizar que éste sea equitativo, integral y sustentable”, así como que tal previsión “será aplicable a las entidades de la administración pública paraestatal. A este efecto, los titulares de las Secretarías de Estado proveerán lo conducente en el ejercicio de las atribuciones que como coordinadores de sector les confiere la ley”.

Las previsiones de la Ley de Planeación claramente se encuentran dirigidas tanto a las dependencias como a las entidades paraestatales que tradicionalmente han integrado la Administración Pública Federal. En el caso de Petróleos Mexicanos, como parte de su régimen especial, el legislador determinó no sujetarla al modelo de coordinación sectorial, sino a un modelo de colaboración institucional, lo cual se desprende de lo dispuesto por el Artículo 116 de la Ley de Petróleos Mexicanos. En tal virtud, la Ley de Planeación no es aplicable a Petróleos Mexicanos.

### Ley Federal de Competencia Económica

El Artículo 3 establece que para los efectos de esta Ley se entiende por “Agente Económico: Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”.

Asumiendo que la mención “entidades de la administración pública federal” refiere a aquéllas consideradas paraestatales, Petróleos Mexicanos no actualizaría tal supuesto; sin embargo, si se ubica en la hipótesis de una persona moral con participación en la actividad económica, lo cual puede colegirse del Artículo 3 de la Ley de Petróleos Mexicanos, conforme al cual, en caso de duda, se deberá favorecer la interpretación que privilegie la mejor realización de sus fines y objeto conforme a su naturaleza jurídica con régimen especial, de forma que pueda competir con eficacia en la industria energética, dicho ordenamiento sí es aplicable a Petróleos Mexicanos.

### Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado

El Artículo 2 establece que son sujetos de esta Ley los entes públicos federales, entendiéndose por tales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.

Asumiendo que la mención “entidades de la Administración Pública Federal” refiere a aquéllas consideradas paraestatales, Petróleos Mexicanos no actualizaría tal supuesto; sin embargo, sí se ubica en el supuesto de ente público de carácter federal, por lo que dicho ordenamiento sí es aplicable a Petróleos Mexicanos.

### Ley General de Contabilidad Gubernamental

El Artículo 1 establece que esta Ley “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”.

Asimismo, establece que “es de observancia obligatoria para los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Federación, los estados y el Distrito Federal; los ayuntamientos de los municipios; los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; las entidades de la administración pública paraestatal, ya sean federales, estatales o municipales y los órganos autónomos federales y estatales”.

Por lo que respecta a los “entes públicos”, el Artículo 4 establece que por tales se entenderá:

los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Federación y de las entidades federativas; los entes autónomos de la Federación y de las entidades federativas; los ayuntamientos de los municipios; los órganos político—administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; y las entidades de la administración pública paraestatal, ya sean federales, estatales o municipales.

Al respecto, Petróleos Mexicanos no actualiza el supuesto de *entidades de la administración pública paraestatal* y, si se asume que las menciones a los “órganos autónomos federales” y a los “entes autónomos de la Federación”

refiere a las personas de derecho público con autonomía derivada de la Constitución, tampoco se ubicaría en tal supuesto.

Es relevante considerar que la Ley que nos ocupa tiene sustento constitucional en la facultad del Congreso de la Unión para *expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, a fin de garantizar su armonización a nivel nacional*; ello, aunado a que su observancia fuese obligatoria para los entes con autonomía derivada de la Constitución, podría llevar a interpretar que, por mayoría de razón, sí sería aplicable a Petróleos Mexicanos, ya que se trata de un empresa que indudablemente forma parte de la Federación.

No obstante, conforme a la normativa expedida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los *Lineamientos Generales para la integración de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal 2012*,<sup>58</sup> prevén que su observancia es obligatoria para los entes de la Federación que se enlistan, entre los que se encuentran la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el entonces Instituto Federal Electoral y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía; sin embargo, en tales Lineamientos no se contempló al Banco de México ni al actual Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos.

En tal virtud, considerando que la propia Ley General de Contabilidad Gubernamental dispone en su Artículo 5 que: i. a falta de disposición expresa en dicha Ley —la cual no contempla a las Empresas Productivas del Estado— se aplicará supletoriamente la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria —la cual no es aplicable a Petróleos Mexicanos en virtud de su régimen especial—, así como que “ii. “En todo caso, la interpretación privilegiará los principios constitucionales relativos a la transparencia y máxima publicidad de la información financiera”, se estima que la Ley General de Contabilidad Gubernamental no es aplicable a Petróleos Mexicanos, en virtud de que la Ley de Petróleos Mexicanos contiene las disposiciones que en materia contable y financiera son propias de su objeto y acordes con los principios constitucionales de transparencia y máxima publicidad de la información relativa.

<sup>58</sup> Emitidos por la Unidad de Contabilidad Gubernamental de la Subsecretaría de Egresos, mediante Oficio Circular No. 309-A.-0014/2013 de fecha 31 de enero de 2013. Consultado en: [http://www.hacienda.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/ContabilidadGubernamental/SCG\\_2013/2013/lineamientosgenerales\\_integraciondelacuenta\\_delahaciendapublicafederal2012.pdf](http://www.hacienda.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/ContabilidadGubernamental/SCG_2013/2013/lineamientosgenerales_integraciondelacuenta_delahaciendapublicafederal2012.pdf).

## IV. CONCLUSIÓN

La reforma constitucional fue consistente con el principio de propiedad originaria de la Nación; precisando que su dominio existe respecto de los hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo, por lo que las características inherentes a dichos bienes; a saber, inalienabilidad, imprescriptibilidad e impedimento de otorgar concesiones, subsisten en tanto no sean extraídos del subsuelo. También precisó que las actividades que se consideran estratégicas en relación con los hidrocarburos son las de exploración y extracción,<sup>59</sup> concepto este último que brinda mayor claridad que el de explotación,<sup>60</sup> el cual, si bien sinónimo, comprende otras acepciones de mayor amplitud. A partir de estas precisiones la Constitución establece que las actividades mencionadas se llevarán a cabo mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares.

Por otra parte, la reforma constitucional introdujo en nuestro sistema jurídico una nueva modalidad de persona moral pública, denominada Empresa Productiva del Estado, la cual es de propiedad exclusiva del Gobierno Federal y forma parte de la Administración Pública Federal, sin tener el carácter de entidad paraestatal, lo cual, en una clara tendencia evolutiva, supone una nueva conceptualización sobre la integración de la Administración Pública Federal, ahora compuesta tanto por los ámbitos centralizado y paraestatal, como por el de las nuevas empresas productivas del Estado.

La legislación aplicable a los organismos descentralizados no los distingue en función de sus objetivos particulares, de sus funciones principales o de la naturaleza de su actividad; por el contrario, da igual tratamiento a los que pudieran considerarse empresas públicas, respecto de aquéllos que realizan otro tipo de actividades, como la prestación de servicios públicos.<sup>61</sup> Por ello, la determinación del Constituyente de crear la Empresa Productiva del Estado representa un avance significativo a la luz de una teoría dinámica del derecho, reconociendo el nivel de especialidad inherente al sector hidrocarburos y la necesidad de que el órgano del Estado que desarrolle las actividades relativas cuente con una regulación específica que le brinde flexibilidad para

<sup>59</sup> Explotar: "Extraer de las minas la riqueza que contienen", "Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio", Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.

<sup>60</sup> Extraer: "Sacar (poner algo fuera de donde estaba)", Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.

<sup>61</sup> Véase VÁZQUEZ MAULÉN, Valeria María, *Análisis sobre el marco jurídico básico de los organismos descentralizados y la inclusión del concepto de Empresa Pública Productiva en el Derecho Positivo Mexicano*, Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 2004.

el cumplimiento de sus fines técnicos particulares, sin soslayar un adecuado control en cuanto a transparencia y fiscalización.

Los cambios constitucionales en materia energética pueden considerarse un primer paso para romper el círculo vicioso entre la creciente dependencia de recursos petroleros y la debilidad del Estado mexicano. El nuevo arreglo institucional del sector energético<sup>62</sup> puede propiciar que su desarrollo conlleve el fortalecimiento de la competitividad nacional, con un alto nivel tecnológico que se traduzca en impulsor de otros sectores económicos y en la generación de empleos, como ocurrió en el caso de Noruega.

<sup>62</sup> En el que se han definido con claridad los distintos roles que juega el Estado: como autoridad (a través de la Secretaría de Energía y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público); como regulador (a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, de la Comisión Reguladora de Energía y de la Agencia de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos) y como dueño de la empresa petrolera nacional (a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público).

## LA ARGUMENTACIÓN COMO CRITERIO DE LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA AGRARIA. EL CASO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS<sup>1</sup>

Eber Omar BETANZOS TORRES\*

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *La importancia de la argumentación jurídica.* III. *La argumentación y la justicia agraria.* IV. *Condiciones argumentativas de la justicia agraria.* V. *Comentario final.*

**Resumen:** La argumentación jurídica es relevante como medio indispensable para el ejercicio efectivo y la legitimidad de la justicia social en materia agraria. En su ejercicio se deben aplicar los usos y costumbres indígenas, acordes con la Constitución y el orden jurídico que en ella se sustenta. En forma particular, deberá también considerarse la situación de vulnerabilidad de los pueblos originarios, poniendo en marcha mecanismos normativos igualadores.

**Palabras clave:** *Argumentación jurídica, Justicia Agraria, Legitimidad, Derechos de los Pueblos Indígenas.*

### I. PRESENTACIÓN

En este artículo me enfoco en la relación existente entre la argumentación jurídica y la legitimidad de la justicia agraria, entendida ésta como el conjunto de medios institucionales-normativos que tienen por objeto sustanciar, dirimir y resolver, con fuerza vinculante para las partes, las controversias que se susciten con motivo de la aplicación o transgresión, de las hipótesis

\* Escuela Libre de Derecho.

<sup>1</sup> Agradezco al doctor Alejandro Nava Tovar las reflexiones y observaciones compartidas en el proceso de elaboración de este artículo.

normativas y los fines de las disposiciones contenidas en la legislación agraria mexicana —Constitución y leyes secundarias—, para mostrar así que la racionalidad de la justicia agraria es un garante de un Estado de Derecho.

## II. LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica ha tenido una importancia destacada en la cultura jurídica latinoamericana, a partir del conocimiento y difusión de obras de Robert Alexy,<sup>2</sup> Neil MacCormick<sup>3</sup> y, directamente en nuestra lengua, a través de los textos de Manuel Atienza.<sup>4</sup>

Esta importancia se explica por la pretensión de que los resultados de las decisiones jurídicas autoritativas no se basen en la discrecionalidad del juez, sino en los argumentos, fundándose éstos en términos racionales y jurídicos sustentados en un sistema jurídico. Ello, además, operará atendiendo las circunstancias del caso concreto, esto es, a las razones válidas expresadas hacia los otros como fundamentación de las decisiones jurídicas.

La argumentación como tal nos conduce a la lógica —del griego *logos*, “palabra”, “discurso”, “pensamiento”—, esto es, al estudio del *logos* en vistas de su dirección adecuada. De este modo, la lógica es la rama del conocimiento que estudia los actos del pensamiento enfocados al estudio de los conjuntos coherentes de enunciados, es decir, verosímiles.<sup>5</sup>

Como efecto, la lógica busca asegurar la rectitud del conocimiento humano, su mayor simplicidad, claridad y eficacia demostrativa. Además está enfocada a servir de instrumento para conocer rectamente, es decir, aplicando un modelo normativo —al desplegar un conjunto de pasos para un fin, es

<sup>2</sup> *¿Derechos Humanos sin metafísica? Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín; Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad; Derechos sociales y ponderación; El concepto y la naturaleza del derecho; Los principales elementos de mi filosofía del derecho; Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica; Teoría de la argumentación jurídica.* Nota: se citan sus principales obras traducidas al español. Sobre el trabajo del doctor Alexy se recomienda el texto *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Barcelona, Antropos-UAM, 2015, del doctor Alejandro Nava Tovar, su último discípulo mexicano antes de jubilarse como profesor de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel.

<sup>3</sup> *Derecho legal y social-democracia; Filosofía del Derecho; Instituciones del Derecho; Razonamiento legal y teoría legal; Retórica y Estado de Derecho; La argumentación silogística: una defensa matizada.* Nota: se citan sus principales obras traducidas al español.

<sup>4</sup> *A propósito de la Argumentación Jurídica; Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho; Analogía y Derecho Penal; Argumentación y Constitución; Decálogo del buen Argumentador; Para una teoría de la Argumentación Jurídica; Sobre principios y reglas; Tras la Justicia; Un absurdo legal.*

<sup>5</sup> Se reconoce expresamente la problemática del concepto verdad, por lo que se usará la verosimilitud, entendiendo por ella la condición de veracidad contenida en un enunciado.

decir un método de conocer—. Ello permite poner en marcha una metodología de razonamiento identificando/analizando los actos del pensamiento, en cuanto éste se ordena a aprehender/apreciar la realidad.

Cabe apuntar que el estudio de la lógica en Occidente, como razonamiento que aspira, con base en la fortaleza de su método, a alcanzar la verdad más universal —aunque se quede en la verosimilitud— se debe principalmente al pensamiento de Aristóteles (384-322 a. C.) y a la difusión y aplicación de él su lógica por antiguos y modernos: Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio (480-524), Pedro Abelardo (1079-1142), Ramón Lull (1232-1315) e, incluso, quien la ajustó dentro del mismo sistema, como Gottfried Wilhelm Leibnitz (1646-1716), constituyéndose en una escuela de pensamiento: la lógica clásica antigua. Esta tradición fue renovada por la denominada lógica clásica moderna o lógica matemática —que sustenta la suficiencia de los números para representar las preposiciones lógicas—, en donde han destacado pensadores como George Boole (1815-1864), Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848-1925), Jan Lukasiewicz (1878-1956), Bertrand Russell (1872-1970), Alfred North Whitehead (1861-1947)<sup>6</sup> y la versión singular de Ludwig Josef Johann Wittgenstein (1889-1951).

El ejercicio argumentativo (lógico) del derecho se distancia de la lógica natural (el sentido común —como orden que la razón humana sigue naturalmente en sus procesos de conocer las cosas—) con la que un agente jurídico discierne las situaciones de la vida cotidiana en condiciones de normalidad. Es el caso de quien observa las luces del semáforo y automáticamente dirige el auto conforme a las indicaciones tricolores, sin meditar las disposiciones previstas, por ejemplo, en un reglamento de tránsito o las situaciones derivadas del deber de cuidado al dirigir un cuerpo movable no autónomo potencialmente peligroso —como es un automóvil— en un cruce donde pueden haber personas u otros vehículos cruzando simultáneamente. En situaciones extraordinarias, se aplicará un proceso argumentativo de valoración del caso. Siguiendo el ejemplo planteado, ello ocurre cuando sucede un accidente de tránsito y deben determinarse responsabilidades civiles, penales y administrativas. En lo no ordinario operará la argumentación, como raciocinio orientado a los actos de pensamiento en las relaciones entre los conceptos objetivos en el juicio y en el razonamiento demostrativo.

La argumentación jurídica permitirá conocer detalladamente las diversas formas que pueden adoptar las operaciones lógicas jurídicas, en particular el raciocinio legislativo-judicial, aplicado dentro de un proceso con auxilio

<sup>6</sup> Sobre este tema ver: DE LA PEÑA, Elisa, *Lógica. Guía de estudio*, México, UP, 2007.

de los abogados en sus diferentes roles (litigante, juez, legislador, consejero). Ello con independencia de sus contenidos concretos de tipo normativo positivizado —atendiendo al clásico modelo kelseniano, *a grosso modo*, de hipótesis normativas y sanciones—.

Se trata de una ciencia particular o positiva que investiga los contenidos según su estructura interna y sus recíprocas y necesarias relaciones acotadas al plano normativo, mas no desvinculadas del sentido de justicia —rector de todo el fenómeno del Derecho—. En este sentido, la tónica también participa, en un escenario más complejo por la dificultad de acotar sus contenidos a razones axiológicamente naturalistas. La argumentación también emprende el estudio reflexivo de la correspondencia entre el orden lógico-normativo (traducido en normas de derecho contenidas en las leyes e interpretadas en los precedentes judiciales) y el orden real (de la justicia de los casos concretos, tamizada por la equidad). Se interpreta, finalmente, al hombre en su estado de naturaleza —que es predominantemente social—, esclareciendo la naturaleza de sus juicios, aproximándose y desmenuzando los razonamientos que justifican, motivan o explican sus actos, así como las diversas estructuras cognoscitivas, según su relación al objeto.

La concepción del giro argumentativo se ha propagado en todos los ámbitos del Derecho. En este sentido, desde el aspecto crítico y normativo de la argumentación jurídica, es posible abordar la importancia de la argumentación en materia agraria.

### 1. La justicia agraria

El ámbito de la justicia agraria es de gran importancia en México. El problema de la tenencia de la tierra es transversal, históricamente, en la vida de nuestra sociedad.

En el recuerdo del pasado indígena, el dominio de la tierra ocupa un capítulo relevante en la vida de las comunidades originales. Referencias, por ejemplo, al *calpulli*,<sup>7</sup> son parte fundamental de los valores sociales, políticos y jurídicos del pueblo mexica.

<sup>7</sup> Recuérdese que el *calpulli*, *a grosso modo*, es la base de la organización social de la vida del pueblo mexica —en todas sus facetas. Tratándose de la tenencia de la tierra, implica que el *calpulli* —desde el derecho occidental lo entendemos como una forma de dominio comunal— ejercía la posesión, uso, goce y disfrute de una extensión territorial destinada a la vida comunal (vivienda, actividades productivas —agricultura, ganadería, pesca—, religión, escuela, etcétera). Se dividía en parcelas de producción a cargo de los jefes de familia.

No es extraño entonces que el derecho a ser aplicado a partir de la conquista y pacificación de los territorios americanos debiera —necesariamente— dirigirse también a abordar las intrínsecas de la vigencia del derecho castellano y de sus instituciones con base en los reflejos de ellos observados en las propias circunstancias del mundo indígena. Ello permitió, en el marco del derecho indiano, que se reconocieran a los usos y cosumbres de los habitantes originarios, adoptándose medidas relativas a la composición y restitución.

Fue así como la idea del *calpulli* —que con otras denominaciones y variantes se extendía entre los pueblos americanos— se transformó en una propiedad comunal de tierras tuteladas por la Corona Española, tanto para confirmar los derechos comunales de sus históricos poseedores, así como para restituirlos de ellos cuando hubiesen sido despojados por europeos, otros grupos indígenas o “por encontrarse dispersos ... con motivo de las guerras de conquista”.<sup>8</sup>

Sobre el contexto histórico de la materia agraria,<sup>9</sup> ha indicado el Alto Tribunal<sup>10</sup> —exponiendo, por cierto, en relación con la temática de este artículo, argumentos históricos, exegéticos y sistemáticos—:

#### AGRARIO. COMUNIDADES DE HECHO Y DE DERECHO. PERSONALIDAD.

En relación con la distinción entre comunidades de hecho y de derecho, y comunidades, verdaderas copropiedades sujetas al derecho civil, cabe efectuar las siguientes consideraciones: la propiedad de los indios sufrió muchos ataques a partir de la conquista española, pero, al decir de algunos historiadores, la propiedad más respetada fue la que pertenecía a los barrios (*calpulli*), propiedad comunal de los pueblos. Sin embargo, cuando se empezó a legislar sobre la propiedad, se ordenó respetar la de los indios, y, por medio de varias disposiciones, se procuró organizarla sobre las mismas bases generales que la sustentaban antes de la conquista, a saber, en la forma de propiedad comunal. La mayor parte de la propiedad de los pueblos indígenas quedó, por tanto, como en la época pre colonial. Algunos de esos pueblos vieron confirmada su

<sup>8</sup> ESQUIVEL RAMÍREZ, Edilberto, “Génesis, evolución y perspectivas de los bienes comunales en México”, en: *Revista de los Tribunales Agrarios*, p. 100. (pp. 37 a 111).

<sup>9</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Justicia Agraria*, p. 88. El México independiente, como la Nueva España colonial se había caracterizado por ser profundamente desigual. Ya en los tiempos de libertad de nuestra nación se debió, además, sufrir el embate de la economía liberal, cuya propuesta económica: el capitalismo, llevó a privilegiar a la propiedad privada en contraposición a otras formas tradicionales de tenencia de la tierra, como lo es la propiedad comunal. Ello llevó a que durante la segunda mitad del siglo XIX —con un énfasis particular— los títulos de propiedad comunales, de época virreinal, fueran considerados nulos de pleno derecho, concediéndose sus tierras a productores que viraron en grandes latifundistas. Fue la primera Ley Agraria, de 6 de enero de 1915, —aún antes que la Constitución de 1917, y ante el clamor motivado por el ideario zapatista del Plan de Ayala (1911)— la que llevó a revertir esta situación generándose un amplio reparto agrario —restitutorio— que se prolongó hasta 1992. ESQUIVEL RAMÍREZ, Edilberto, *op.cit.*, p. 60.

<sup>10</sup> Séptima Época, Segunda Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 91-96, Tercera Parte, Materia Administrativa p. 109.

posesión inmemorial, anterior a la colonia, por los reyes de España, durante el virreinato; otros recibieron tierras por orden de dichos monarcas, durante el gran proceso de concentración de los indios dispersos, en pueblos, que se efectuó en cumplimiento, entre otras, de las cédulas de 21 de marzo de 1551 y 19 de febrero de 1560.

En la Ley de 6 de enero de 1915, promulgada por Venustiano Carranza, uno de los considerandos decía: "Que según se desprende de los litigios existentes, siempre han quedado burlados los derechos de los pueblos y comunidades, debido a que, careciendo ellos, conforme al artículo 27 de la Constitución Federal, de capacidad para adquirir y poseer bienes raíces, se les hacía carecer también de personalidad jurídica para defender sus derechos". En la 61a. sesión ordinaria del Congreso Constituyente de Querétaro, celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917, se presentó una iniciativa, suscrita por varios diputados, referente a la propiedad en la República. Entre los párrafos importantes de la exposición de motivos de la iniciativa, se encuentran los que a continuación se transcriben: "Los derechos de dominio concedidos a los indios, eran alguna vez individuales y semejantes a los de los españoles, pero generalmente eran dados a comunidades y revestían la forma de una propiedad privada restringida. Aparte de los derechos expresamente concedidos a los españoles y a los indígenas, los reyes, por el espíritu de una piadosa jurisprudencia, respetaban las diversas formas de posesión de hecho que mantenían muchos indios, incapaces, todavía, por falta de desarrollo evolutivo, de solicitar y de obtener concesiones expresas de derechos determinados. Por virtud de la Independencia se produjo en el país una reacción contra todo lo tradicional y por virtud de ella se adoptó una legislación civil incompleta, porque no se refería más que a la propiedad plena y perfecta, tal cual se encuentra en algunos pueblos de Europa. Esa legislación favorecía a las clases altas, descendientes de los españoles coloniales, pero dejaba sin amparo y sin protección a los indígenas. Aunque desconocidas por las leyes desde la Independencia, la propiedad reconocida y la posesión respetada de los indígenas, seguían, si no de derecho, sí de hecho, regidas por las leyes coloniales; pero los despojos sufridos eran tantos, que no pudiendo ser remedios por los medios de la justicia, daban lugar a depredaciones compensativas y represiones sangrientas. Ese mal se agravó de la Reforma en adelante, porque los fraccionamientos obligados de los terrenos comunales de los indígenas, sí favorecieron la formación de la escasa propiedad pequeña que tenemos, privó a los indígenas de nuevas tierras, puesto que a expensas de las que antes tenían, se formó la referida pequeña propiedad. Precisamente el conocimiento exacto de los hechos sucedidos, nos ha servido para comprender las necesidades indeclinables de reparar errores cometidos. Es absolutamente necesario que en lo sucesivo nuestras leyes no pasen por alto los hechos que palpitan en la realidad, como hasta ahora ha sucedido, y es más necesario aún que la ley constitucional, fuente y origen de todas las demás que habían de dictarse, no eluda, como lo hizo la de 1857, las cuestiones de propiedad, por miedo a las consecuencias. Así, pues, la nación ha vivido durante cien años con los trastornos producidos por el error de haber adoptado una legislación extraña e incompleta en materia de propiedad, preciso será reparar ese error para que aquellos trastornos tengan fin. Volviendo a la legislación civil, como ya dijimos, no conoce más que la propiedad privada perfecta; en los códigos civiles de la República apenas hay una que otra disposición para las corporaciones de plena propiedad privada permitidas por las leyes constitu-

cionales: en ninguna hay una sola disposición que pueda regir ni la existencia, ni el funcionamiento, ni el desarrollo de todo ese mundo de comunidades que se agita en el fondo de nuestra Constitución social: las leyes ignoran que hay condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus, etcétera; y es verdaderamente vergonzoso que, cuando se trata de algún asunto referente a las comunidades mencionadas, se tienen que buscar las leyes aplicables en las compilaciones de la época colonial, que no hay cinco abogados en toda la República que conozcan bien. En lo sucesivo, las cosas cambiarán. El proyecto que nosotros formulamos reconoce tres clases de derechos territoriales que real y verdaderamente existen en el país; la de la propiedad privada plena, que puede tener sus dos ramas, o sea la individual y la colectiva; la de la propiedad privada restringida de las corporaciones o comunidades de población y dueñas de tierras y aguas poseídas en comunidad; y la de posesiones de hecho, cualquiera que sea el motivo y condición. A establecer la primera clase van dirigidas las disposiciones de las fracciones I, II, III, V, VI y VII de la proposición que presentamos; a restablecer la segunda van dirigidas las disposiciones de las fracciones IV y VIII; a incorporar la tercera con las otras dos van encaminadas las disposiciones de la fracción XIII. La iniciativa anteriormente citada, previo dictamen y discusión, se aprobó con modificaciones y pasó a ser el artículo 27 de la nueva Constitución. La fracción IV de la iniciativa pasó a ser la fracción VI del texto, que fue aprobado en los siguientes términos: "VI. Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren, conforme a la ley de 6 de enero de 1915, entre tanto la ley determina la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras". Mediante reforma publicada en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1934, la fracción VI paso a ser fracción VII con la siguiente redacción: "VII. Los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren". En el dictamen emitido por las Comisiones Unidas, 1a. Agraria, 2a. De Puntos Constitucionales y 1a. de Gobernación y presidente de la Gran Comisión de la Cámara de Diputados, únicamente se dice que ya es tiempo de buscar una redacción definitiva del artículo 27 constitucional y que "el punto de categoría política, por ejemplo, ha quedado totalmente eliminado, y en el texto que hoy se propone se habla genéricamente de núcleos de población, en lugar de hacer la enumeración, posiblemente restrictiva, de pueblos, rancherías, etcétera". En la reforma publicada en el *Diario Oficial* del 6 de diciembre de 1937, la fracción VII del artículo 27 constitucional se adicionó y desde esa fecha ha tenido la misma redacción. Los breves datos históricos y jurídicos aquí expuestos, en punto a las comunidades indígenas, permite concluir que por comunidad de derecho el Constituyente quiso referirse a aquellos grupos de indígenas que vieron confirmada su posesión por los reyes de España durante la época colonial, o que recibieron tierras durante el proceso de concentración de los indios dispersos, en pueblos, durante dicha época, o que por cualquier otro título tuvieran reconocido su derecho a determinadas tierras, bosques y aguas; y atribuyó existencia jurídica a las comunidades de hecho, al reconocerles existencia jurídica constitucional a las posesiones respetadas por los monarcas españoles, aun

cuando no tuvieran título, o a aquellas posesiones que a partir de la conquista adquirieron algunos pueblos. Y por último, el aceptar la tesis de una tercera categoría de comunidades, sin personalidad para comparecer ante una autoridad judicial, es regresar al estado que guardaban las comunidades en el periodo comprendido entre la consumación de la Independencia y la Constitución de 1917 y que se agravó por la ley de 25 de junio de 1856. Finalmente, el artículo 27, fracción VII, constitucional, reconoce personalidad jurídica a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, sin hacer distinción entre los que tengan títulos coloniales o de la época independiente y los que no tengan título, y si la norma fundamental no distingue, el intérprete tampoco puede hacer distinción.

Si bien con la Constitución Política de 1917 comenzó el punto de partida formal de la justicia social en México, siendo la justicia agraria una de sus especies, su difusión, por mucho tiempo, se limitó a especialistas interesados en su materia, a pesar del amplio empuje desarrollado en los primeros años revolucionarios en función de la necesidad de conocer y desarrollar esta rama del Derecho, indispensable para abordar la tenencia de la tierra y las relaciones que sobre ella se tejen por parte de los sujetos participantes de sus normas.<sup>11</sup> Hoy es una disciplina de estudio opcional en planes y programas de estudio de las carreras jurídicas.<sup>12</sup>

No obstante ello, su relevancia se realza si consideramos que sus contenidos integran el distintivo de nuestro constitucionalismo revolucionario: los Derechos Sociales, así como también se engarzan con la Teoría de los Derechos Fundamentales, mismos que los abordan como un pilar básico —junto con los derechos individuales— para la realización de la dignidad humana en el binomio individualidad-colectividad.

Debe manifestarse que su existencia permite no sólo buscar promover la justicia entre los ejidatarios, comuneros y pequeños propietarios, sino que hace posible cubrir la deuda histórica del Estado de Derecho en México con la justicia que han demandado y siguen requiriendo sectores desprotegidos, como el agrario, en la búsqueda de condiciones de igualdad.

Ahora bien, el orden jurídico comprende razonamientos lógicos (hipótesis → sanciones) agrupados en normas de Derecho, las cuales regulan instituciones jurídicas y procedimientos para hacer justiciables los derechos y obligaciones construidas legalmente en torno a ellas ante situaciones de la realidad concreta del ser humano.

<sup>11</sup> Sobre la enseñanza de la materia agraria en las universidades mexicanas véase: MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen, "La enseñanza del derecho agrario en México", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. La enseñanza del derecho*, 2007.

<sup>12</sup> Ello ocurría, por ejemplo, en la Escuela Libre de Derecho, en donde se impartía como un seminario.

Poner en práctica las normas jurídicas requiere la realización de juicios<sup>13</sup> jurídicos por parte de sus operadores (justiciables, abogados, procuradores e impartidores de justicia). Ello lleva a la argumentación jurídica como escenario obligado de acción del engranaje jurídico de cualquier Estado de Derecho.

El Derecho Agrario —como conjunto de normas y principios que regulan los bienes, la explotación y las relaciones jurídicas atinentes a la agricultura en México— se inserta necesariamente en esta misma dinámica; por lo que un análisis de las bases de la justicia agraria, desde el enfoque argumentativo, se vuelve indispensable para que ésta opere con el interés dirigido por su fin: ser lo más justa posible.

### III. LA ARGUMENTACIÓN Y LA JUSTICIA AGRARIA

La relación entre la argumentación jurídica y la justicia agraria constituye uno de los pilares de la defensa y el desarrollo equitativo del sector rural, en beneficio del campo mexicano y de sus comunidades y pueblos originarios.

Ahora bien, para la justicia agraria es muy importante que sean observadas ciertas disposiciones tendientes a lograr la equidad de las partes en los juicios. A continuación describiré las disposiciones generales que deben observarse en las resoluciones de las controversias analizadas por la justicia agraria, partiendo de los contenidos normativos que les dan origen.

Estas disposiciones se encuentran expresamente en el Artículo 164 de la Ley Agraria,<sup>14</sup> indicándose que los Tribunales Agrarios deberán sujetar la reso-

<sup>13</sup> Consideremos que las operaciones del entendimiento —según se considera en una posición filosófica-lógica— corresponden al concepto, el juicio y el raciocinio. El concepto es una operación consistente en conocer lo que la cosa es en sí (su esencia: ¿qué es?). El juicio, en tanto, es la unión/separación de los elementos integrados en el concepto en orden a desvelar la verdad (como correspondencia entre el intelecto y la realidad) en ellos contenida. Finalmente, el raciocinio es la operación del entendimiento mediante la cual se arriba a nuevos conocimientos, estableciendo relaciones necesarias entre los juicios. Es en el raciocinio en donde operan los silogismos, como forma de razonamiento lógico que integra dos o más proposiciones relacionadas.

<sup>14</sup> Artículo 164. En la resolución de las controversias que sean puestas bajo su conocimiento, los tribunales se sujetarán siempre al procedimiento previsto por esta ley y quedará constancia de ella por escrito, además observarán lo siguiente:

- I. Los juicios en los que una o ambas partes sean indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos o comunidades indígenas a los que pertenezcan mientras no contravengan lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta ley;
- II. Las promociones que los pueblos o comunidades indígenas, o los indígenas en lo individual hicieren en su lengua, no necesitarán acompañarse de la traducción al español. El tribunal la hará de oficio por conducto de persona autorizada para ello;
- III. Los juicios en los que una o ambas partes sean indígenas y no supieran leer el idioma español, el tribunal realizará una versión sintetizada de los puntos esenciales de las actuaciones y de

lución de sus controversias al procedimiento legal correspondiente; sin embargo, considerando que:

- a) Si las partes son indígenas, deberán tomarse en cuenta sus usos y costumbres —debiendo ser estos acordes con la Constitución y la Ley Agraria—.
- b) Si las partes son indígenas, sus promociones, cuando estén formuladas en sus lenguas originarias, no necesitarán acompañarse de traducción al español —tarea que se hará por los tribunales agrarios, de oficio, a través de persona autorizada—.
- c) Si una o ambas partes son indígenas y no saben leer español se hará un extracto de las actuaciones y de la sentencia en su lengua original.
- d) Si las partes son indígenas, contarán con un defensor y un traductor que conozca su cultura, hable su lengua así como el español; quien lo asesorará sobre los alcances y las consecuencias del proceso de mérito.
- e) Cuando se trate de núcleos de población comunal o ejidal, ejidatarios o comuneros, operará la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho.

Como puede verse, el Artículo citado contiene disposiciones de especial importancia para que la argumentación jurídica se encuentre en condiciones equitativas para las partes del juicio en materia agraria. Analizaré estos argumentos con mayor detalle.

La lógica de los preceptos protectores señalados hace notar que el sentido social de los juicios agrarios se impone, al tratarse de un grupo de la comunidad considerado socialmente relevante en el contexto de la Constitución de 1917.

Ello obedece a una situación histórica que ve operar un cambio de paradigma en la impartición de justicia del siglo XX, a partir de la Revolución de 1910, motivante de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y la aparición de la justicia social, a través de la cual se estable-

la sentencia dictadas por él, en la lengua o variantes dialectales de la que se trate; debiendo agregarse en los autos constancia de que se cumplió con esta obligación.

En caso de existir contradicción entre la traducción y la resolución, se estará a lo dispuesto por ésta última;

IV. El tribunal asignará gratuitamente a los indígenas un defensor y un traductor que conozca su cultura, hable su lengua y el idioma español, para que se le explique, en su lengua, el alcance y consecuencias del proceso que se le sigue.

Los tribunales suplirán la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho cuando se trate de núcleos de población ejidales o comunales, así como ejidatarios y comuneros.

cen materias normadas por el impulso de quienes se encuentran en situación de desigualdad hacia condiciones de igualdad.

Es el caso del Derecho Social Agrario, a través del cual, se reconoció la personalidad plena de los núcleos de población ejidal y comunal para ejercer dominio social de sus tierras comunes —sin distinguir entre quienes tenían títulos coloniales o de los tiempos de la independencia, así como entre los que carecen de títulos—, poseyéndolas, aprovechándolas, solicitando su dotación, así como protegiéndolas de actos de despojo, o demandado su restitución.

En esta tesitura, en primer lugar, los juicios en materia agraria exigen que sean considerados los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, siempre que estos no contravengan lo dispuesto por la Norma Fundamental y la Ley Agraria que en ella encuentra sustento.

Esto quiere decir que el juez debe considerar la situación concreta del conflicto para apelar a los usos y costumbres, evitando así que los pueblos y comunidades indígenas piensen que están imponiéndose valores de la Tradición Jurídica Occidental<sup>15</sup> —de corte romano-canónico— de manera arbitraria en sus conflictos.

Este no es un punto fácil, puesto que, para llevar a cabo este ejercicio, se requiere el ponderar correctamente en qué caso deben atenderse los usos y costumbres y en qué otra situación debe prevalecer el derecho positivo establecido por la Constitución y la norma agraria.

En segundo lugar, las promociones que hagan los pueblos en sus lenguas no necesitarán estar acompañadas del texto en español. Esto le permite a los pueblos y a las comunidades organizar sus promociones en su propio idioma, sin la dificultad que entraña el tener que llevar a cabo un ejercicio de traducción, que no siempre puede serles accesible dadas sus circunstancias concretas, tanto en términos de acceso a traductores —que lógicamente debieran tener la mejor especialización, garantía no siempre al alcance de la mano—, condiciones económicas para llevarla a cabo, la celeridad del proceso y, sobre todo, de acceso integral a la justicia.

En tercer lugar, los tribunales agrarios deberán llevar a cabo una síntesis de sus actuaciones en caso de que una de las partes no sepa el idioma español; esto con el fin de informarle de su actuación, posibilitando así el cono-

<sup>15</sup> Las tradiciones o sistemas jurídicos mundiales, actualmente, se dividen, por lo común, en cuatro grandes grupos: a) el romanista, del cual el derecho latinoamericano es un subsistema, b) el anglosajón, con amplias bases romano-canónicas c) el socialista —prácticamente extinto— y d) el musulmán. BETANZOS TORRES, Eber, "La tradición jurídica de Occidente y América Latina", en *Derecho supranacional y comparado*, p. 128.

cimiento de las partes acerca de la resolución de su conflicto respectivo. De lo contrario, una parte podría estar en un serio y real estado de indefensión. Sobre el particular se desarrolla una directa tarea interpretativa en la exégesis del derecho a través de la resolución —en términos kelsenianos siendo ésta una norma individualizada— al encomendarse al juzgador que, en caso de existir alguna contradicción entre la traducción elaborada y la resolución, se esté invariablemente a lo dispuesto por ésta última.

En cuarto lugar, el hecho de que el tribunal le facilite a los indígenas un defensor y un traductor de su lengua, está asociado al principio de equidad de las partes en el conflicto, ya que de esta forma los pueblos no sólo tendrán acceso a mejores condiciones de defensa, sino también a una verdadera representación argumentativa en su propia lengua, lo cual además permite establecer condiciones de mayor confianza y certeza para las partes en la resolución del conflicto.

Estos puntos, en síntesis, apelan a que la equidad de las partes en el conflicto —normativamente— se encuentre verdaderamente cercana a hacerse realidad en la justicia agraria, faltando sólo que el proceso de argumentación jurídica sea idóneo para que las partes manifiesten del mejor modo posible lo que a su derecho conviene durante el procedimiento de justicia agraria.

En la reflexión del citado Artículo 164 de la Ley Agraria observamos el interés del legislador por buscar las mejores condiciones de justicia y equidad para un sector tradicionalmente sensible a injusticias de inequidad procesal: el agrario y, dentro de él, a un grupo social que ha vivido históricamente en condiciones de marginación: las comunidades y los pueblos originarios, quienes han integrado una sección excluida de la sociedad, en cuanto a condiciones de bienestar. Ante ello, la legislación agraria —con su base constitucional— contribuye sustancial y legalmente a reducir, en justicia, la brecha de desigualdad en beneficio de estos grupos.

#### IV. CONDICIONES ARGUMENTATIVAS DE LA JUSTICIA AGRARIA

La idea de una justicia agraria constituye un notable avance en la construcción y consolidación de la democracia mexicana. Un Estado, para ser tal, debe de brindar todas las condiciones necesarias para el desarrollo individual-colectivo de sus integrantes, tanto para que quienes viven en situación de desigualdad superen a la brevedad esta situación, como para que aquellos que se encuentran en la ideal igualdad no pierdan esta condición.

En suma, deberán brindarse todas las oportunidades que desde una colectividad —en términos de justicia<sup>16</sup> e igualdad— son requeridas para la realización de los seres humanos.

Atento a estos razonamientos, con el objetivo de proteger los derechos de los pueblos y de las comunidades indígenas, la justicia agraria procura resolver los conflictos surgidos en el sector rural, un área social que históricamente ha sido vulnerada en el respeto de sus derechos, así como de sus usos y costumbres —pues en el afán del liberalismo del siglo XIX los relegó a un segundo plano—.

Hay que considerar que cuando México se independizó, en 1821, una de sus banderas —téngase presente el Plan de Iguala, los Tratados de Córdoba y el Acta de Independencia del Imperio Mexicano— fue la garantía de igualdad. Mas precisamente dicha garantía, aplicada en forma literal, implicó dejar de lado los fueros de algunos grupos sociales, como fue el caso de los indígenas, quienes a partir de ese momento debieron afrontar a la justicia ordinaria sin los mecanismos protectores que habían alcanzado —a costa de ser considerados menores de edad, sujetos a una especie de tutela— en los tiempos medios de la Colonia (Procurador General de los Indios, Tribunal de Indios, etcétera).

Debieron pasar los años hasta recuperar los paliativos jurídicos de la desigualdad real en que viven, necesarios para la defensa de sus derechos y el ejercicio de sus obligaciones. Un paso importante en este camino se dio, en 1989, a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes —en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991—.

Este ánimo, secundado en México por una amplia reflexión sobre lo indígena, forzada en la agenda de gobierno por el levantamiento en contra del Estado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1994.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Tómese en cuenta la apreciación de la filosofía clásica en torno a la justicia conmutativa, dirigida al trato equivalente de contraprestaciones —esto es, es desarrollada en un proceso de intercambio—, y la justicia distributiva, enfocada a la distribución de derechos y cargas a partir de condiciones reales de necesidad —es decir, opera en términos de reparto—.

<sup>17</sup> Hubo un proceso político de pacificación y entendimiento entre las partes beligerantes, si bien incompleto y en desarrollo, que llevó a firmar en 1996 los Acuerdos de San Andrés Larráinzar sobre "Derechos y Cultura Indígena", encaminados a impulsar el reconocimiento en la Constitución de los derechos de los pueblos mexicanos originarios.

Ello condujo a la reforma del Artículo 2<sup>18</sup> de la Constitución, a través de la

<sup>18</sup> Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

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

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

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

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

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los Derechos Humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.
- III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.
- IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.
- V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.
- VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.
- VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.
- VIII. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.
- IX. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
- X. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

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

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y

cual se reconoció la composición pluricultural y pluriétnica de México,<sup>19</sup> así como al reconocimiento de los pueblos indígenas; la autoadscripción a ellos; el derecho a la preservación de su identidad cultural, la tierra, a la consulta y participación política; a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado; y a la aplicación de sus propios usos y costumbres, siempre y cuando fueran acordes con el Orden Jurídico nacional encabezado por la Constitución.

Esta reforma se complementó a través de la expedición de legislación secundaria, tal como la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de 2013 y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 2003,<sup>20</sup> y el ajuste del entramado institucional,<sup>20</sup> que atiende a este grupo poblacional.<sup>21</sup> La justicia agraria forma parte de este tinglado a través de las diversas normas en donde coincide el carácter indígena-campesino con el ejercicio de derechos sobre recursos naturales.<sup>22</sup>

Cabe comentar que el ejercicio de la facultad autoritativa de aplicar y extender la justicia social es de gran importancia para un ejercicio correcto de la democracia, así como para el mantenimiento del Estado de Derecho.

En este sentido, la argumentación de los jueces<sup>23</sup> en materia de justicia agraria debe contar con una fundamentación y motivación de especial importancia, ya que en el caso de la justicia agraria los destinatarios de la sentencia también tienen usos y costumbres que los jueces, en sus procesos de delibe-

procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

<sup>19</sup> Ya en 1992 se había introducido este reconocimiento mediante reforma constitucional al artículo 4.

<sup>20</sup> Este proceso de reformas en materia indígena fue complementado por modificaciones a las constituciones de las partes integrantes de la federación mexicana, así como a través de la expedición de leyes locales específicas de derechos y cultura indígenas.

<sup>21</sup> Esta tarea está encomendada, de manera focalizada a nivel federal —además de los otros vértices de los tres poderes que coinciden en la materia—, a través del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, ambas creadas en 2003. En las entidades federativas existen instituciones con funciones similares.

<sup>22</sup> Entre otras: la Ley Agraria; la Ley General de Desarrollo Social; la Ley de Desarrollo Rural Sustentable; Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; Ley de Desarrollo Forestal y Sustentable; Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables.

<sup>23</sup> No pasa de lado la cuestión de que, hasta 1992, cuando se modificó el artículo 27 Constitucional, llevando al fin el reparto agrario, y se derogó la Ley Federal de Reforma Agraria de 1971 —reemplazada por la Ley Agraria de 1992—, así como la legislación secundaria derivada del precepto constitucional, la última instancia de la justicia agraria correspondía al Presidente de la República. La razón de esta atribución obedecía a las dudas suscitadas por la actuación de los jueces ante los repartos agrarios previos a la Revolución Mexicana, en donde se fallaba recurrentemente a favor de los latifundistas, siendo que una vez conquistado el reparto agrario, sería —teleológicamente— el Jefe Supremo de la Revolución: el Presidente, quien tendría la última palabra en la materia, sin que procediera en contrario ningún recurso, ni siquiera el juicio de amparo. Para más información ver: ESQUIVEL RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 63-64.

ración, deben considerar y tomar en serio, ya que son parte de la forma de vivir de las comunidades y los pueblos originarios.

En el caso de la justicia agraria la equidad es un principio fundamental a considerar en los argumentos ofrecidos por todas las partes del proceso, ya que de su sentencia final dependerá la estabilidad social y la legitimidad del poder político en una determinada comunidad.

La justicia agraria ha mostrado dos rasgos distintivos de la argumentación jurídica: la pretensión de imparcialidad y la equidad de las partes. La pretensión de imparcialidad constituye un elemento básico de la dimensión ideal del Derecho, si bien ésta es difícil de alcanzar en el ámbito de la argumentación jurídica.

Esta pretensión de imparcialidad es posible siempre y cuando ésta sea lo más parecida a un diálogo entre tres partes (demandante, demandado y juzgador), ya que el discurso jurídico presupone un elemento esencial para erigirse como tal: la existencia de una tercera parte (el juez), quien debe ser neutral respecto a las pretensiones de las otras dos partes en conflicto.

Es tal postura imparcial la que le confiere el carácter autoritativo a sus decisiones y brinda la confianza indispensable en el sistema de justicia agraria, cuya resolución final, atendiendo a su sistema recursal, deberá ser acatada por las partes, tomando en consideración los usos y costumbres originarios de los pueblos indígenas, cuando ellos sean parte.

Por otro lado, el principio de equidad surge con una necesidad de reconocer la *igualdad en la diferencia*, esto es, de admitir que las comunidades y los pueblos indígenas tienen efectivamente condiciones de vida particulares —por su situación de desigualdad: al sufrir marginación, pobreza, analfabetismo, insalubridad, etcétera— a considerar por los jueces.

Estamos, evidentemente, ante un sector social que siempre ha estado sometido a intereses políticos y económicos que han relegado sus reivindicaciones, a tal grado que esto ha propiciado en múltiples ocasiones levantamientos y movimientos sociales en nombre de la justicia social que les ha sido negada de manera legal y extralegal.

La Ley Agraria, de este modo —atento a las circunstancias de los pueblos indígenas, históricas y presentes—, reconoce las circunstancias especiales de esta parte del pueblo mexicano y exige tratarlos de manera especial para lograr la igualdad de las partes en caso de que exista un conflicto. Esta previsión se inserta, como parte fundamental, en la justicia agraria y su sentido social.

La influencia de los movimientos sociales es determinante en la conformación de las sociedades modernas. Esta influencia puede llevar a desviar los resultados de la justicia agraria y a provocar un malestar en la forma de vida de las comunidades y de los pueblos originarios. Por ello, los jueces deben de dar razones suficientes a favor o en contra de una determinación, considerando los usos y costumbres, si ellos no contravienen a la Constitución —en el marco de seguimiento del Derecho internacional que indica su Artículo 1o.<sup>24</sup> y la interpretación del Alto Tribunal en el sentido de que las normas sobre Derechos Humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional—,<sup>25</sup> o las leyes que de ella se derivan. Se trata de un ejercicio argumentativo de especial importancia.

<sup>24</sup> Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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.

<sup>25</sup> DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de Derechos Humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de Derechos Humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los Derechos Humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de Derechos Humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los Derechos Humanos, en su conjunto, constituyen el

De esta manera, entramos a la dimensión de la representación argumentativa por parte de los jueces en materia agraria. Se aprecia así que los jueces en materia agraria bien pueden concebirse como una forma de representación argumentativa de los pueblos y comunidades indígenas, cuyas pretensiones no siempre han sido reivindicadas de manera justa.

Precisamente, en esta forma de representación argumentativa reside la legitimidad de la función de los jueces agrarios para sus destinatarios. De acuerdo con esta idea, la representación del pueblo es tanto volitiva como argumentativa. Así, mediante la inclusión de la argumentación, la justicia agraria puede mostrar la armonía existente entre los usos y costumbres indígenas y el contenido del derecho positivo.

El problema reside en que la justicia agraria puede idealizarse a niveles extremos. Un crítico puede objetar que un tribunal agrario no debe convertirse en un tribunal justiciero de las pretensiones de los pueblos indígenas o que tampoco será válido declarar cualquier argumento como si fuese en representación de los usos y costumbres de un pueblo determinado, equiparando así la dimensión ideal de la argumentación con la real.

Así, bajo esta óptica, la justicia agraria podría alejarse de lo que los pueblos realmente piensan y, no obstante, los jueces de esta materia podrían afirmar que los representan al declarar el derecho aplicable en una sentencia. La pretensión de corrección de los jueces en materia agraria, por tanto, podría no ser suficiente para defender a los pueblos y comunidades.

La salida a este problema —como vía de solución— es posible siempre y cuando pueda establecerse un vínculo entre lo que los tribunales llevan a cabo y lo que el pueblo piensa.

Para conseguir esto debe mostrarse primero que no cualquier respuesta puede darse en un procedimiento agrario. En segundo lugar, que no sólo es necesario que los argumentos de los tribunales agrarios tengan la pretensión de representar a comuneros o ejidatarios de un pueblo específico, sino que, además, un buen número de personas debe estar dispuesto a aceptar los argumentos emitidos por este tribunal, por la mera razón de que estos argumentos son correctos; esto es, que ha considerado también sus usos y costumbres indígenas, dentro de los límites de lo permitido por la Norma Fundamental, la ley agraria y —en su caso— las demás normas ordinarias aplicables.

De esta manera, es posible sostener dos criterios claves de la argumentación jurídica en materia agraria: 1. La existencia de argumentos correctos o

parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. P./J. 20/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Página: 202.

razonables ofrecidos en este ámbito y 2. La consideración de la equidad, en la forma de considerar los usos y costumbres indígenas, así como la equidad de las partes. Por tanto, la justicia agraria puede contribuir a resolver y prevenir diversos conflictos que pueden surgir en el campo.

Esto lleva a comprender las dos dimensiones de la justicia en el agro: por una parte, *la dimensión formal*, que debe ser capaz de imponer sus decisiones a la otra parte en favor de la certeza jurídica y, por otra parte, de *la dimensión sustancial* de la justicia agraria, representada por la pretensión de que es una justicia imparcial, independientemente de las concepciones de los jueces encargados de este tipo de justicia.

Aquí aparece con claridad el giro argumentativo del derecho, aplicado a la justicia agraria y a la defensa de los derechos de las comunidades indígenas.

Si todo esto es correcto, entonces, la justicia agraria —como un reclamo todavía pendiente de la justicia estatal en general— también depende de la racionalidad de los argumentos que intentan justificar una decisión jurídica en este terreno. Ante ello, la necesidad de una argumentación sólida se presenta así como una característica necesaria de la fundamentación de las decisiones judiciales en el ámbito de la justicia agraria.

#### V. COMENTARIO FINAL

Los conflictos en materia agraria son frecuentes. Además de la litigiosidad natural del ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, forma parte de la natural redistribución de la riqueza en deuda estatal, sobre todo en democracias en permanente construcción, como las latinoamericanas.

Por ello, los jueces en materia agraria deben estar preparados para enfrentarse a situaciones en las cuales los grupos vulnerables exigen el respeto de sus usos y costumbres.

Independientemente de sus concepciones occidentales, los jueces en materia agraria deben argumentar tomando en consideración el punto de vista de los usos y costumbres de los pueblos originarios en sus sentencias, para que así se imparta justicia, con el beneficio lógico de que las instituciones puedan ganarse la confianza de estos grupos vulnerados en aras de una vigencia real del Estado de Derecho.

Es por ello que la *pretensión* de concebir la argumentación en materia de justicia agraria como una forma de representación argumentativa de los pueblos y sus usos y costumbres siempre se nota fortalecida, pues la dimensión

racional de la argumentación jurídica se erige como la base y el fin de la legitimidad de la argumentación en materia de justicia agraria.

#### VI. BIBLIOGRAFÍA

- BETANZOS TORRES, Eber, “La tradición jurídica de Occidente y América Latina”, en *Derecho supranacional y comparado*, Eber Omar Betanzos Torres y Helena Posener (Coords.), México, Porrúa, 2014.
- DE LA PEÑA, Elisa, *Lógica. Guía de estudio*, México, UP, 2007.
- ESQUIVEL RAMÍREZ, Edilberto, “Génesis, evolución y perspectivas de los bienes comunales en México”, en *Revista de los Tribunales Agrarios*, No. 65, Enero-Marzo 2014, México, TSA.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Justicia Agraria*, México, TSA, 1995.
- MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen, “La enseñanza del derecho agrario en México”, en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. La enseñanza del derecho*, México, UNAM, 2007.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Barcelona, Antropos-UAM, 2015.

# CONSIDERACIONES SOBRE EL MANDAMIENTO ESCRITO AL QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PRIMER PÁRRAFO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Miguel BONILLA LÓPEZ

## I. UNA NORMA QUE CONFIERE PODER

El primer párrafo del Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene el siguiente enunciado:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

La estructura normativa a la que puede ser trasladado dicho texto es la siguiente: “Si se da el estado de cosas X, y el sujeto Y realiza la acción Z, se produce el resultado institucional R”. Esta es la sintaxis que distingue a las normas que confieren poder, es decir, aquellas que establecen potestades y cuyo ejercicio conlleva a la creación de nuevos estados de cosas. En el ámbito del Derecho Público son llamadas normas de *competencia*, mientras que en el del Derecho Privado, normas sobre *capacidad*. Su función es conferir la facultad o atribución de hacer algo, de modificar estados de cosas preexistentes.

Si bien se ve, no prohíben ni obligan, sólo son constitutivas, en el sentido de que crean la posibilidad de realizar cambios, de pasar de un estado de cosas previo a uno diferente, y esta posibilidad no existe sin ellas; el cambio

—resultado institucional o cambio normativo— está unido indisolublemente a la existencia conjunta de un estado de cosas (configurado por hechos o actos) y de la realización de una o varias acciones específicamente determinadas por parte de un sujeto calificado. En el caso de los órganos del Estado, de los funcionarios y empleados públicos y de algunos particulares a los que la ley comisiona para realizar tareas de orden público, el ejercicio de estas competencias da como resultado actos normativos o cambios institucionales: el permiso o su denegación, la autorización o la no autorización, el arresto o la libertad, la multa o la no afectación al patrimonio, la clausura o no, la sentencia de condena o la absolutoria y la expedición del reglamento que regula una actividad, de la ley que establece las hipótesis generales. El no ejercicio de estas competencias (omisión) impide que se produzcan cambios normativos o institucionales.<sup>1</sup>

La tipología del primer párrafo del Artículo 16 se entiende mejor al trasladar el contenido concreto al esquema sintáctico:

Si se da el estado de cosas X —esto es, que sea el caso de afectar a una persona en sus derechos—, y el sujeto Y —la autoridad a la que precisamente la ley faculta para producir el acto de molestia— realiza la acción Z —emite un mandamiento por escrito, en el que se funde y motive la causa del procedimiento—, se produce el resultado institucional R —un acto de molestia válido.

De este precepto, propiamente una norma que confiere poder, la jurisprudencia de los tribunales federales ha derivado un derecho de rango máximo —“garantía”, en la terminología del siglo XIX, donde encuentra su origen—, según el cual los individuos tienen la posibilidad, amparada por dicha disposición, de disfrutar de su libertad, domicilio, papeles, derechos y posesiones libres de interferencias arbitrarias —esto es, las que se producen por autoridades incompetentes, por mandatos no escritos, por mandatos mal motivados y fundados o por mandatos ayunos de fundamentación y motivación.

En segundo lugar, un derecho por cuya virtud los individuos pueden resistir el acto arbitrario, ejerciendo una acción para que un tercero imparcial declare su invalidez y ordene la restauración del estado de cosas anterior.

De forma generalizada, en la doctrina del siglo XX y en la actual, así como en el lenguaje de la quinta a la décima épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, a este derecho se le ha denominado garantía de legalidad, en tanto que constriñe a la autoridad a actuar conforme al tenor de los dictados

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel y MANERO RUIZ, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 69.

de la ley. Así, con base en este texto, nuestros tribunales han establecido que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite,<sup>2</sup> que no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley<sup>3</sup> y que los actos de autoridad que no estén autorizados por ley alguna importan violación de garantías.<sup>4</sup> En este sentido, en el precepto no se ha encontrado sólo un derecho, sino además el reflejo del principio de legalidad.

Ya en pleno siglo XXI, en el mismo precepto se ha encontrado la expresión de un derecho diverso: el del respeto a la vida privada, con un caudal enorme de implicaciones.<sup>5</sup> En efecto, la Suprema Corte ha sostenido que

El derecho fundamental consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; tal derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás [...] es muy amplio y se constituye con diversos derechos que tienen relación directa con la dignidad de la persona. Entre estos derechos se encuentran, entre otros, el del honor y el de la intimidad.<sup>6</sup>

Sobre el primero, la Primera Sala precisó:

El derecho al honor tiende a proteger no sólo el aspecto personal del individuo frente al ámbito social donde se desenvuelve, sino también a su ámbito privado, pues cualquier afectación al mismo es incuestionable que también afecta el ámbito reservado por él y del que quedan excluidos los demás.

Sobre el segundo, sostuvo que la vida privada:

La constituye el ámbito privado reservado a la propia persona y del que quedan excluidos los demás; la intimidad, se constituye con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar [...] El concepto de vida privada engloba todo aquello que no se requiere que sea de general conocimiento, dentro de ello existe un núcleo que se protege con más

<sup>2</sup> Tesis con registro 286300, 810781, 331097 y 336190. Para la cita a pie de página de tesis jurisprudenciales y aisladas, por razones de espacio, se identificarán únicamente con el número de registro individual que cada una tiene en el banco de datos en línea del *Semanario Judicial de la Federación*, antes conocido como *Ius*.

<sup>3</sup> Tesis con registro 299514, 818735, 238367 y 343429.

<sup>4</sup> Tesis con registro 237752, 385106 y 326411.

<sup>5</sup> En esto seguiré la espléndida exposición de GARCÍA RICCI, Diego, “Artículo 16 constitucional. Derecho a la privacidad”, en *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, T. I, 2013, pp. 1043-1079.

<sup>6</sup> Amparo directo en revisión 402/2007, fallado por la Primera Sala el 23 de mayo de 2007.

celo, con mayor fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona y es a lo que se denomina intimidad [...] dentro de la vida privada se encuentra inserta la intimidad, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad lo radicalmente velado, lo más personal.

Y más todavía, de este derecho derivan otros. Según la Suprema Corte:

El de poder disponer del propio plan de vida, de ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral, el del honor, el de la reputación, el de no ser presentado bajo una falsa apariencia, el de impedir la divulgación de ciertos hechos a la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, el de protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, y a la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.<sup>7</sup>

Esta visión es mucho más amplia en sus alcances que la que se tuvo del mismo enunciado en el siglo XIX.

## 2. ORÍGENES

Como se sabe, el germen del primer párrafo del Artículo 16 constitucional está en el Artículo 5º del proyecto de Constitución que sirvió de base para las discusiones en el Congreso Constituyente de 1856-1857. El numeral referido era de este tenor:

Todos los habitantes de la República, así en su persona y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con las indispensables condiciones de que se procederá racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada.

En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Amparo directo en revisión 2044/2008, resuelto por la Primera Sala el 17 de junio de 2009.

<sup>8</sup> *El debate de la Constitución de 1857*, México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, 1994, T. I, pp. 303-313. Véase también a LOZANO, José María, *Estudio de Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublín y Cía., 1876, pp. 267-269. CORDERO CORONA, Antonio, *Comentarios al Artículo 16*, San Luis Potosí, Ed. Ponciano Arriaga, 1997. A escasos veinte años de la promulgación de la Constitución, Lozano sugirió que el modelo que pudo haber inspirado a los constituyentes fue la IV enmienda de la carta estadounidense: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to*

A Ponciano Arriaga se debe la autoría de ese texto. Según puede verse en los debates, su intención fue establecer una norma de rango máximo que sirviera como valladar a los actos arbitrarios (detención, allanamiento, registro y confiscación contrarios a derecho), oponiendo la razón a la fuerza bruta; así lo expresó durante las discusiones: “la palabra *racionalmente* [...] como lo contrario a *brutalmente*”. Después dijo, en vía de ejemplo, que con su propuesta se “ha querido evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos. Desde los guardias diurnos hasta los gobernadores del distrito, todos se creen con derecho para vejar y golpear al que reconviene o aprehenden”.

La propuesta, sin embargo, no prosperó. En particular por las objeciones de Francisco Zarco, a quien la redacción no convenía. En cierto punto del debate, Arriaga solicitó a la asamblea permiso para retirar el Artículo, lo que ocurrió. Esto tuvo lugar durante las sesiones del 15 y 16 de julio de 1856.

Al día siguiente, otro diputado presentó una nueva versión del Artículo 5º, pero fue desestimada (Zarco, sin embargo, en sus crónicas, la calificó como de “redacción más clara”. Como sea, no se conoce el texto).

El 18 de noviembre del mismo año, la Comisión presentó la versión siguiente (de la que no se sabe quién fue el autor, aunque es posible que también fuera Arriaga):

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

No hubo discusión alguna. Este texto resultó aprobado por 78 votos contra uno; sólo fue recorrido, de modo que pasó de ser el Artículo 5º a ser el 16.

Es de señalar que durante el siglo XIX, al párrafo en cuestión se le atribuyó casi en exclusiva un ámbito penal (si acaso extensivo a la materia civil o a la fiscal en algunas cuantas hipótesis), y más que hablar de una garantía de

*be seized*”, esto es, “El derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros y secuestros irrazonables, no será violado, y no se emitirá ningún mandamiento, sino en virtud de causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y que describa con precisión el lugar que debe ser registrado y las personas o cosas que deben ser detenidas o aseguradas” (según la traducción que aparece en *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, T. I, p. 44).

legalidad, se habló de *garantía de seguridad personal y real*. Verbigracia, Mariano Coronado escribió en su tratado:

Este artículo garantiza a los individuos la seguridad personal y real; por tanto, las molestias de que habla pueden referirse a la persona, como en los casos de aprehensiones, cateos y visitas domiciliarias, o a las cosas que aquélla posee, como el allanamiento de morada, el registro de papeles o la privación de los bienes.<sup>9</sup>

Los actos de molestia, como se ve, eran identificados esencialmente con la detención, el allanamiento, el registro y la confiscación. Sobre este último aspecto, Coronado fue más explícito:

por lo mismo que el hombre es dueño de sus acciones, no quiere que se pongan obstáculos al ejercicio de su actividad; y la privación de su libertad, la violación de su hogar, el trastorno de los objetos que posee, vendrían a limitar ese natural y legítimo ejercicio. Mas tales molestias pueden causarse a las personas cuando así lo previenen las leyes, sujetándose a los principios que el presente artículo encierra; pues hay casos en que el derecho de tercero o el interés común exigen que se infiera alguna de esas molestias, y esto sucede generalmente cuando algún individuo pretende ensanchar la esfera de sus derechos hasta dañar los ajenos, ocasionándoles positivo agravio.<sup>10</sup>

José María Lozano, en su texto de 1876, ya había apuntado algo semejante:

En resumen, nuestro artículo protege la seguridad personal de los habitantes de la República: 1º contra órdenes de prisión o arresto, dictadas por autoridades incompetentes; 2º contra las mismas órdenes de autoridad que, aunque sea competente, no expida el mandamiento por escrito, fundando y motivando la causa legal del procedimiento; 3º en los mismos términos, contra las órdenes dictadas para el cateo del domicilio, registro de papeles, embargo o secuestro de éstos o de otras cosas que están en su posesión.<sup>11</sup>

Es importante recalcar el ámbito de protección del precepto: órdenes que incidían directamente en la libertad personal, la intromisión en la morada y el registro e incautación de bienes y documentos. Lo común de todos es, primero, que tienen lugar sin que el afectado tenga conocimiento previo de la orden que los autoriza; segundo, que propiamente se dan durante etapas de investigación; tercero, que las dicta un juez, pero las ejecuta la autoridad administrativa.

<sup>9</sup> CORONADO, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*, 3a. edición, México, Librería de Ch. Bouret, 1906, p. 63.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> LOZANO, José María, *op. cit.*, p. 270.

En otro aspecto que aquí interesa, y hasta donde es posible saber, este artículo no tiene parangón con ningún otro de las Constituciones vigentes en el mundo en aquella época. Aunque en todas se hacía referencia a la proscripción de actos arbitrarios por parte de la autoridad sobre la persona, morada, derechos y bienes de los individuos, en pocas se advierte la *tenaz insistencia* en que el acto de autoridad —arresto, cateo, registro, aseguramiento— dimanara de un *mandamiento escrito*, como una de las condiciones de su validez (con una única excepción, conforme al texto: la detención en flagrancia).<sup>12</sup>

A propósito de esta exigencia, Lozano escribió:

El mandamiento debe constar por escrito, porque solo de esa manera puede conocerse y juzgarse acerca de su naturaleza y extensión. Sin esta circunstancia, los habitantes de la República estarían expuestos a las arbitrariedades y desmanes de los agentes secundarios ejecutores de tales mandamientos.

Por otra parte, la autoridad que expide un mandamiento [...] queda responsable de este acto con arreglo a las leyes, responsabilidad que no podría apreciarse con cabal exactitud si la orden fuera verbal.<sup>13</sup>

El comentario de Coronado también sirve para ilustrar este punto:

Cuando la molestia se puede sufrir legalmente, se requiere, en primer lugar, orden escrita. Este requisito es necesario para que se conozca claramente la naturaleza y extensión del mandamiento, a fin de evitar equivocaciones y desmanes de los agentes ejecutores. Si se trata, por ejemplo, de aprehensiones, la orden debe contener el nombre de la persona o personas que han de ser aprehendidas, aunque podrían designarse genéricamente si los nombres se ignorasen. El mandamiento por escrito sirve también para fundar la responsabilidad del empleado que obró de una manera ilegal.<sup>14</sup>

Según se aprecia, la necesidad de que el acto de molestia —por ejemplo, el cateo— constara en una orden escrita se explicaba en función de limitar el radio de acción del ejecutor y de sujetarlo a responsabilidad. En esto, la doctrina fue enfática. Así, otro tratadista del XIX, Eduardo Ruiz, refirió:

De esta manera, la autoridad que expide el mandamiento facilita al interesado los medios de exigir la responsabilidad, si no se procede conforme a la ley. Y como en la orden debe expresarse el nombre de la persona comisionada para llevarla a cabo, el interesado está en aptitud de cerciorarse de si esa persona es en verdad un agente de la autoridad o un individuo privado, a fin de evitar que los particulares usurpen funciones

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 290-293. También véase MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1873, pp. 339-358.

<sup>13</sup> LOZANO, José María, *op. cit.*, pp. 272-273.

<sup>14</sup> CORONADO, Mariano, *op. cit.*, p. 64.

públicas o cometan el delito de allanamiento de morada, casos punibles conforme a nuestra legislación. El mandamiento escrito pone también en aptitud al interesado de conocer si la autoridad que lo libra es o no competente [...]»<sup>15</sup>

¿Por qué ese énfasis en que la orden fuese escrita, en que constase en un documento? José María del Castillo Velasco lo explicó de la mejor manera posible:

Los artículos de la Constitución en que se consigna la inviolabilidad de los derechos del hombre no son obra únicamente de la previsión del Congreso Constituyente, sino que pueden considerarse como datos históricos de México. Cada uno de esos artículos representa un mal que se ha corregido, es el remedio estudiado sobre la fotografía de la dictadura, es el recuerdo de un suceso doloroso que se tiene presente para evitar su repetición.<sup>16</sup>

Y agregó:

Perdido el respeto a la libertad del hombre, establecido el poder absoluto de la dictadura o de las facultades extraordinarias, conmovidos perpetuamente los gobiernos por el temor de los pronunciamientos y de las revoluciones, luchando siempre con las conspiraciones más o menos justas, los cateos, las prisiones, el registro de papeles y otras mil molestias se imponían a los habitantes de la República a fin de conservar los gobernantes su poder.

No era raro, sino antes muy común y frecuente, que simples agentes de la policía, oficiosos hasta un grado excesivo, practicasen sin autorización alguna todos esos atropellamientos, ya para complacer a sus jefes y superiores, ya para la simple satisfacción de sus odios y de sus malicias, cubriendo siempre tales atentados con asegurar que tenían órdenes verbales de las autoridades políticas o judiciales.<sup>17</sup>

La vía natural para impedir estos abusos era la orden escrita, emitida por autoridad competente, en la que se fundara y motivara la causa legal del procedimiento. Cítese de nuevo a del Castillo Velasco, con el peso que le da el haber sido diputado constituyente en 1856:

El mandamiento a que se refiere el artículo ha de tener tres requisitos: que sea escrito, para que determine qué es lo que ha de practicar el agente que lo ejecute, y fuera

<sup>15</sup> RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, 2a. edición, México, Tipografía de Aguilar e hijos, 1902, p. 88.

<sup>16</sup> CASTILLO VELASCO, José María del, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano por José María del Castillo Velasco, diputado del Congreso Constituyente de 1856. Facsimilar de la edición príncipe. México, 1871*, México, Miguel Ángel Porrúa-Senado de la República-CNDH, 2007, p. 47.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 57-58.

de lo cual comete abuso; que proceda de la autoridad competente, para que no toda persona que ejerza mando o autoridad pueda expedir el mandamiento, sino solamente la competente en cada caso, y que funde y motive la causa legal del procedimiento, exponiendo la facultad legal con que procede la autoridad y el hecho o causa que da origen al ejercicio de ella.<sup>18</sup>

Según puede verse, lo tutelado en el Artículo 16 era la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y la privacidad; y aquello que se entendía podía vulnerar tales bienes eran las detenciones, los cateos, los registros y los aseguramientos emitidos por autoridades incompetentes o competentes, sí, pero arbitrarias por actuar al margen del derecho. El acto de molestia, esto es, el arresto, el allanamiento o el registro, sólo podían reputarse válidos si eran ordenados no mediante órdenes verbales, sino por escrito, precisamente por la autoridad facultada por la ley para ordenarlos, siempre y cuando hubiese mérito para ello.

La exigencia de la orden o mandamiento escritos se entendió, por así decirlo, como una *garantía de la razonabilidad del acto de molestia*, pues permitía al afectado tomar conocimiento de sus fundamentos, con miras a que pudiera discernir si eran ciertos; tomar conocimiento de quién era el funcionario emisor, a efectos de que constataste si tenía competencia; tomar conocimiento de quiénes serían los que ejecutasen la orden, a fin de no verse sorprendido por terceros que usurparan funciones. La teleología del precepto es clara: satisfacer una necesidad de comunicación, de cognoscibilidad de dichos elementos, y esto era perfectamente comprensible en función de la clase de actos de molestia que se tenían en mente, en los que el afectado no se entera ni puede enterarse sino hasta que son ejecutados o están en vías de ejecución: la orden de arresto, por ejemplo, no se informa previamente al destinatario, y en la tramitación del procedimiento de donde emana, se guarda sigilo, como también se guarda en los cateos.

Un dato que no puede escapar: en verdad, la “autoridad competente” de la que habla el precepto, si se ve a la luz de las explicaciones de los tratadistas de la época, podía ser, sí, el Ministerio Público cuando ordenaba la detención por flagrancia o caso urgente, o la autoridad hacendaria cuando ejercía sus facultades de fiscalización, pero en verdad la que constituía el caso típico

<sup>18</sup> *Idem*. Con todo, estos juristas eran conscientes del trecho que había entre la realidad y lo establecido en la norma: “Por desgracia esta no es más que una teoría, porque ni los individuos cuidan de exigir el cumplimiento de esta garantía, ni la autoridad tiene miramiento bastante a su deber para no atropellar este derecho, y día a día vemos que se ejecutan aprehensiones y que se hacen citaciones las más vejatorias de orden verbal de cualquiera autoridad, aun las más incompetentes para el caso” (MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *op. cit.*, p. 332).

era la autoridad judicial y los actos de molestia eran propiamente órdenes judiciales ejecutadas por sus notificadores o ejecutores (en materia civil y mercantil) o por agentes ministeriales y la policía (en materia criminal). No se consideraba otra clase de resoluciones judiciales que no fueran la orden de aprehensión, la de cateo, la que autorizaba el embargo o la liquidación... Este aspecto debe ser contrastado con lo que ocurrió en el siglo XX.

En el caso de la Constitución de 1917, el proyecto original presentado por Venustiano Carranza no comprendía el actual primer párrafo. Su propuesta de Artículo 16 más bien desarrollaba las hipótesis válidas de privación de la libertad de las personas, de intromisión en su domicilio y de registro de papeles y cosas. Aunque no se expresó en forma abierta, parece legítimo concluir que ello obedeció a dos posibles razones: 1. Al quitar el párrafo se impedía que pudiera revivirse la desbordada interpretación de la expresión "autoridad competente" que produjo la teoría de la incompetencia de origen: si una autoridad había sido ilegítimamente electa, debía estimarse que carecía de competencia para emitir cualquier clase de acto y su legitimidad podía ser examinada vía el juicio de amparo;<sup>19</sup> 2. No se consideró necesaria una prevención genérica, si las prevenciones particulares quedaban fijadas desde ya en el texto constitucional, y nótese, prevenciones referidas a los actos de molestia que eran tenidos como tales conforme a la doctrina decimonónica: la detención de la persona, el allanamiento del domicilio, el registro de lugares y papeles y la confiscación de cosas y bienes.

No obstante, en el tercer dictamen que se sometió al Congreso ese primer párrafo sí fue incluido y así se aprobó, sin discusión. Las razones aducidas fueron que en el texto propuesto, por ejemplo, para regular el arresto, no se especificaba que la orden judicial debía constar por escrito:

Merece elogio la nueva forma, más liberal y más exacta con que aparece en el proyecto de Constitución el artículo 16 de la de 1857. Sin embargo, la comisión propone a la asamblea algunas variaciones. Creemos conveniente que toda orden de arresto se libre por escrito y que en ella se exprese el motivo por el que se ha dictado y el fundamento legal que la apoye, para que de esta suerte, el aprehendido pueda darse cuenta exacta, desde el principio, de la acusación que se hace.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> No es el caso de abundar en este tema, tan extensamente tratado, por todos, 2013, Véase CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 7a. edición, México, Porrúa, 1991, p. 240.

<sup>20</sup> Observación de los diputados Mugica, Recio, Coulunga, Román y Monzón, en PALAVICINI, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, México, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1980, T. I, p. 393. Véase también *Nueva Edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, SCJN, 2005, T. I, pp. 685-740.

Después de sendos debates y de numerosas propuestas, sobre todo referidos al arresto y detención en flagrancia, la Comisión decidió lo siguiente:

Los oradores sugirieron cada uno diversas adiciones, sin que se hayan detenido a comentarlas, confirmarlas o rebatirlas recíprocamente; de tal suerte que era imposible a la comisión interpretar cuáles, de las diversas modificaciones propuestas, merecían la aprobación de la Asamblea. En esta perplejidad, la comisión tuvo el propósito de adoptar textualmente el artículo del proyecto de Constitución; pero prescindió de este propósito por creer que las objeciones que se han hecho al proyecto motivarían nuevas discusiones, cuyo resultado sería probablemente que se rechazara aquél. En tal virtud, prefirió la comisión citar a todos los abogados que figuran en la Cámara, por tratarse de un punto técnico, para conocer sus opiniones, recoger las ideas generales en que todos coincidieran y darles forma en el nuevo artículo. Citó, pues, la Comisión a todos los referidos abogados; y aunque no logró la concurrencia de todos, asistió el número suficiente para que la comisión pudiera considerarse ya suficientemente orientada. *De la deliberación que se verificó entre los abogados concurrentes a la sesión privada a que convocó la comisión, resultó: que la mayoría insiste en que debe adoptarse como encabezado del artículo 16 la fórmula que figura en la Constitución de 1857...*<sup>21</sup>

En la sesión del 13 de enero de 1917, puesto a discusión el nuevo texto, no se pidió la palabra y se procedió a votarlo. Fue aprobado por 147 votos contra 12. ¿Cuál era el ámbito de aplicación de esta garantía en el pensamiento originario de los constituyentes? Cedo la palabra a Juventino Castro:

Fácilmente puede advertirse, por todos los antecedentes que brevemente hemos resumido, que el mandato escrito de autoridad competente y la fundamentación y motivación de una orden de autoridad, están en todo momento referidos a cuestiones del orden penal, y no de otra índole, lo cual se comprueba con toda sencillez si se lee el resto del artículo 16 que está apartado para cuestiones penales exclusivamente.<sup>22</sup>

Y cabe insistir: el ámbito penal, pero restringido a actos que sólo pueden tener lugar durante la etapa de investigación, en la que el afectado no pudo (ni debe) tener conocimiento previo, por tratarse de actuaciones llevadas en sigilo; y actos tales que casi en exclusiva sólo puede ordenar un juez.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 418. Énfasis añadido.

<sup>22</sup> CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, pp. 228-229

<sup>23</sup> Y acaso también el civil o el administrativo en contadísimas excepciones: arrestos civiles, embargos, visitas domiciliarias.

## 3. SIGNIFICADO ACTUAL

Tal y como lo refiere la doctrina contemporánea, el hecho de que en el Artículo 16 de la Constitución de 1917 las hipótesis de detención, allanamiento y registro de papeles se desarrollasen en los párrafos subsecuentes al primero, motivó que con el paso del tiempo se entendiera que en éste lo que había era “una disposición general aplicable a cualquier acto de autoridad que pueda afectar derechos de los particulares”, y no sólo a las órdenes judiciales cumplimentadas por agentes ministeriales y policías. Los párrafos restantes no serían otra cosa que la enunciación de casos específicos de actos de molestia, acaso los de mayor entidad.<sup>24</sup> Así, esta prevención genérica, entendida como predicable de *toda autoridad*, acabó como una garantía amplísima en la que hoy en día, incluso, se ha encontrado el fundamento del derecho a la vida privada y sus manifestaciones.

De un intento de condensar lo que la jurisprudencia ha dicho respecto de esta disposición, específicamente sobre el deber de la autoridad de fundamentar y motivar por escrito, y obviando ciertos matices, puede obtenerse lo siguiente: primero, que los actos de autoridad, en principio, se diferencian entre “aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado” y aquellos “que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos... pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos”.<sup>25</sup> Esta distinción permite exigir garantía de audiencia previa para los primeros y no para los segundos (y esto se comprende fácilmente: un acto de molestia de efectos provisionales por antonomasia, como el cateo, precisamente por su naturaleza, no podría tener como requisito de validez el que se escuche al posible afectado). No obstante, la distinción no funciona a la inversa, pues todos los actos de privación en verdad encierran molestias, de modo que respecto de ambos (los de privación y los de molestia) es exigible el deber de fundamentación y motivación, el mandamiento escrito, la causa legal del procedimiento, la autoridad competente.

Hecha esta precisión es dable diferenciar entre actos de molestia, en ese sentido lato, producidos por normas de carácter general,<sup>26</sup> y los que son pro-

<sup>24</sup> CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, p. 229 y OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 3a. edición, México, Oxford University Press, 2007, p. 84. También véase a ARTEAGA NAVA, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford University Press, 2012, pp. 169-196.

<sup>25</sup> Tesis con registro 200080.

<sup>26</sup> Tesis con registro 232351, 165745 y 1001303.

ducidos por órdenes o mandamientos concretos. En cuanto a los segundos, que son los que aquí interesan, para su validez formal, todos<sup>27</sup> (menos los de mero trámite que no produzcan por sí mismos molestias a los particulares),<sup>28</sup> han de tener su causa eficiente en un documento escrito —y esto porque es el texto la medida de la orden, lo que determina el alcance de las obligaciones o prohibiciones impuestas al destinatario; lo que permite fijar quién es éste, cuándo ha de comenzar su obligación, cuáles son las condiciones en que debe ejecutarse o acatarse lo ordenado en cuanto a modo, tiempo y lugar<sup>29</sup> y, en su caso, preparar su defensa—,<sup>30</sup> nunca una orden verbal,<sup>31</sup> y un documento escrito inclusive en un mismo formato y con un mismo tipo de letra, no en “machote”,<sup>32</sup> en lengua española y con el mayor apego posible a las reglas de la gramática, la ortografía y la sintaxis;<sup>33</sup> emitido precisamente por quien para ello esté facultado, expresando en el mismo el lugar y fecha de su emisión (para determinar si la autoridad actúa en el momento que la ley permite su actuación y dentro de la circunscripción sobre la que puede ejercer jurisdicción), el carácter con el que suscribe (para constatar que es él al que la norma otorga la competencia y no a diverso sujeto o funcionario) y el conjunto normativo que le otorga la atribución —especificando el apartado, fracción, inciso o subinciso, y si se trata de disposiciones complejas, transcribiendo el párrafo correspondiente—, bien sea por razón de materia, de grado, de territorio (para que el destinatario de la orden pueda corroborar si en efecto el orden jurídico otorga dicha competencia).<sup>34</sup> Amén de lo anterior, en el

<sup>27</sup> Tesis con registro 197923: “no alude únicamente a las resoluciones definitivas o que pongan fin a un procedimiento, sino que se refiere, en sentido amplio, a cualquier acto de autoridad en ejercicio de sus funciones, como sería, por ejemplo, la simple contestación recaída a cualquier solicitud del gobernado, a la cual la ley no exime de cumplir con los requisitos de fundamentación y motivación”.

<sup>28</sup> Tesis con registro 250573 (o los que en principio sean sólo comunicaciones o mandatos entre autoridades, según la tesis 1011565).

<sup>29</sup> Tesis con registro 2005777.

<sup>30</sup> Tesis con registro 254957, 199679, 210508 y en especial 175082.

<sup>31</sup> Tesis con registro 216272 y 394967.

<sup>32</sup> Tesis con registro 188560, 184620 y 182129: “resulta lógico que si la autoridad competente dicta una orden de visita, tanto sus elementos genéricos como los específicos deben estar señalados con el mismo tipo de letra (manuscrita, de máquina de escribir o de computadora) y, por otra, de que tratándose de una garantía individual para el gobernado y siendo perfectamente factible que se cumpla con esto último, debe exigirse su pleno acatamiento y la demostración idónea de ello, y no propiciar que se emitan órdenes de visita que por sus características pudieran proceder, en cuanto a los datos vinculados con el contribuyente y con la visita concreta que deba realizarse, no de la autoridad competente, sino del funcionario ejecutor de la orden pero incompetente para emitirla”.

<sup>33</sup> Tesis con registro 166948.

<sup>34</sup> Tesis con registro 188432, 216534 y 177347. Como excepción de esta minuciosidad en la fijación de la competencia, las resoluciones judiciales, según la tesis 169492.

mismo cuerpo del documento y no en uno diverso, como regla general,<sup>35</sup> no sólo ha de expresarse el mandamiento, la orden, sino que deberá constar la expresión precisa de los preceptos legales aplicables, las disposiciones de las que deriva el mandato<sup>36</sup> —fundamentación—<sup>37</sup> (y para el caso de que se citen criterios jurisprudenciales como fundamento, ha de referirse no sólo el texto de la tesis sino hasta sus datos de publicación, y demostrar su aplicación sin que baste la sola cita),<sup>38</sup> aunque con la excepción de las resoluciones jurisdiccionales, en las que no se exige el rigor del señalamiento de los fundamentos si “los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada”,<sup>39</sup> y si se trata de normas de fuente internacional o resoluciones de tribunales de igual índole, sólo “cuando resulte necesario e imprescindible”,<sup>40</sup> pero siempre, si es el caso, la jurisprudencia interamericana vinculatoria.<sup>41</sup> Además, el señalamiento preciso de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para su emisión —motivación—,<sup>42</sup> mismas que han de ser reales y ciertas, de modo que se advierta la “adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”<sup>43</sup> y siempre atendiendo a la causa de pedir si el acto está emitido en función de una pretensión<sup>44</sup> (y en el caso de los actos que dimanen de procedimientos en los que el afectado ofreció medios de prueba, todos y cada uno de éstos debe tener un examen separado).<sup>45</sup> En decisiones sobre valores relevantísimos como la libertad y en especial en el sistema acusatorio, verificando “la coherencia del

<sup>35</sup> Tesis con registro 237870, 194414 y 212133. Las excepciones son las siguientes: cuando “los documentos en que se apoye la fundamentación y motivación del acto o resolución, sean del pleno conocimiento del gobernado al que va dirigido”, según la tesis 228473; o cuando se trate de “actuaciones o resoluciones vinculadas”, conforme a la tesis 1007701.

<sup>36</sup> Tesis con registro 265182 y 248889.

<sup>37</sup> Tesis con registro 234576, 173565, 226998, 210507 y 209986.

<sup>38</sup> Tesis con registro 186529 y 191112. La tesis 164574 impone hasta un método: 1) para el caso de criterios firmes, determinar si es aplicable y si lo es, resolver conforme; 2) si es un criterio aislado determinar por qué ha de seguirlo o por qué se separa del mismo.

<sup>39</sup> Tesis con registro 191358 y 252570.

<sup>40</sup> Tesis con registro 164051.

<sup>41</sup> Tesis con registro 2006225, 2000206.

<sup>42</sup> Tesis con registro 234576, 173565, 226998, 266987, 210507 y 209986.

<sup>43</sup> Tesis con registro 176546, 194798 y 222934. Véase además la de registro 2000787, sobre los elementos normativos de las descripciones típicas de los delitos: a) identificar si existe el elemento; b) fijar justificadamente el parámetro jurídico o ético-social, y c) hacer la valoración “dotando de contenido a los conceptos”, y la de registro 172068, sobre los conceptos jurídicos indeterminados previstos en las normas, los que deben ser dotados de sentido y demostrarse su aplicación mediante “procedimiento argumentativo”.

<sup>44</sup> Tesis con registro 2007671.

<sup>45</sup> Tesis con registro 213778 y 1012280.

orden constitucional y armonizar la protección de los Derechos Humanos”;<sup>46</sup> aunque la debida motivación no deba ser mayor de lo “estrictamente necesario para que se comprenda el razonamiento expresado”,<sup>47</sup> pero sin que la concisión signifique ausencia;<sup>48</sup> y sin que sea exigible, en las resoluciones judiciales, transcribir los argumentos de las partes,<sup>49</sup> ni refutar las teorías jurídicas expresadas por las partes,<sup>50</sup> ni que todas y cada una de sus afirmaciones individuales tengan que ser fundadas y motivadas una por una, sino que esto puede ser hecho en forma global,<sup>51</sup> aunque cuidando siempre el cumplimiento del principio de exhaustividad (en especial en las sentencias).<sup>52</sup> Aunque no sea necesario, es dable citar, hasta textualmente, doctrina (más en asuntos vinculados con Derechos Humanos) y legislación o precedentes judiciales extranjeros, pero no de manera dogmática, sino haciendo un análisis de lo expresado por los autores en forma objetiva y racional, asumiendo personalmente las consideraciones que le resulten convincentes;<sup>53</sup> y al final, para hacer constar su autenticidad, ha de obrar la inscripción de la firma autógrafa del emisor<sup>54</sup> y la del fedatario si la ley lo exige así (como los secretarios judiciales), aun y cuando no se exprese su nombre si es que éste es asequible de

<sup>46</sup> Tesis con registro 2006475.

<sup>47</sup> Tesis con registro 182181.

<sup>48</sup> Tesis con registro 187531 y 226999.

<sup>49</sup> Tesis con registro 164618.

<sup>50</sup> Tesis con registro 224977 y 228352.

<sup>51</sup> Tesis con registro 217682. Otra tesis refiere: “sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado”, según la de registro 391564.

<sup>52</sup> Tesis con registro 176546, que habla de “análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis”. Sobre esto, algunos tribunales son más o menos exigentes: en la tesis con registro 162786 se permite, en aras de la concisión, que el tribunal haga referencias a cuestiones previamente dilucidadas. En contrapartida, la de registro 2005968 es radical, por así decirlo: es menester que el juez “no sólo se ocupe de cada cuestión planteada en el litigio, de una manera o forma cualquiera, sino que lo haga a profundidad, explore y enfrente todas las cuestiones atinentes a cada tópico, despeje cualquier incógnita que pueda generar inconsistencias en su discurso, enfrente las diversas posibilidades advertibles de cada punto de los temas sujetos a su decisión, exponga todas las razones que tenga en la asunción de un criterio, sin reservarse ninguna, y en general, que diga todo lo que le sirvió para adoptar una interpretación jurídica, integrar una ley, valorar el material probatorio, acoger o desestimar un argumento de las partes o una consideración de las autoridades que se ocuparon antes del asunto”. El yerro de la tesis es claro: confunde lo que constituye el proceso interno de razonamiento con la exposición del argumento en el papel. Toda la meticulosidad que apunta es predicable del acto mismo de enjuiciar, como operación mental (y constituye hasta una obligación ética), pero no puede ser predicable de la exposición escrita u oral del juez.

<sup>53</sup> Tesis con registro 183293, 189723, 355690, 816680, 216047, 224977, 2005760 y 173314.

<sup>54</sup> Tesis con registro 188221 y 254101.

autos.<sup>55</sup> Este documento, esta orden o mandamiento escritos, además, deben estar dirigidos y darse a conocer al destinatario no a través de terceros.<sup>56</sup>

Hago notar que en el compendio anterior se entremezclan tesis referidas a actos de fuente netamente administrativa con otras en las que se examinaron resoluciones judiciales; no obstante, esta forma de presentarlas reunidas resulta, creo, una buena muestra de lo laborioso que puede llegar a ser la emisión del mandamiento escrito fundado y motivado (y explica en mucho el altísimo número de amparos concedidos en esta materia).

#### 4. *PATHOS* DEL JUEZ

La siguiente no es una buena jurisprudencia, si se entiende por tal la fijación de un criterio sobre cómo debe ser interpretada una ley. De su lectura no se advierte qué norma fue interpretada ni ninguna regla general de interpretación del derecho. Sin embargo, conocerla es oportuno, porque muestra la angustia, los temores, la frustración —en suma, la psicología— de muchos juzgadores al momento de enfrentarse al expediente:

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA CORRELATIVOS A ESE DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La administración de justicia que como derecho público subjetivo establece el artículo 17 constitucional, se ve cada vez más distante por los siguientes motivos: A. El gran cúmulo de asuntos que día con día ingresan para su resolución a los tribunales del Poder Judicial de la Federación; B. Los extensos planteamientos que formulan las partes, apoyadas por la modernidad de las computadoras, que si bien han venido a representar herramientas valiosas de trabajo, generan el inconveniente de que esa facilidad se utilice para prolongar textos que abultan tales planteamientos, y que deben atenderse ya sin facilidad, pues con las transcripciones que el estilo de las sentencias exige, y con la dificultad que implica dar respuesta a esa extensa diversidad de alegaciones, se provoca que también los fallos se tornen extensos; C. La tendencia a convertir las resoluciones judiciales en tratados teóricos de derecho, olvidando que la academia (la teoría) corresponde a las universidades, mientras que la función propia de los órganos del Estado encargados de la administración de justicia es precisamente esa, la de administrar justicia, donde la técnica debe estar al servicio de ésta; D. La exigencia de que se trate de manera expresa absolutamente todos los tópicos plasmados por las partes, renglón a renglón, punto a punto, a pesar de que muchos de ellos no revelen una seria intención de defensa, sino abrir un abanico de posibilidades para ver cuál prospera, con el grave riesgo para el

<sup>55</sup> Tesis con registro 2008788.

<sup>56</sup> Tesis con registro 252437.

juzgador de incurrir en alguna omisión que potencialmente puede generar la promoción de queja administrativa ante el Consejo de la Judicatura Federal, cuya rendición de informe y atención genera a su vez más carga de trabajo y consumo de tiempo, factor fatal que se vuelve en contra. Por lo tanto, las partes en sus planteamientos y los tribunales en sus sentencias deben dar las pautas para buscar el valor justicia, es decir, no debe caerse en el extremo de que absolutamente todo quede escrito, sin mayor esfuerzo del intelecto para llegar al punto final, pues como lo apuntó el ilustre Barón de Montesquieu, no se trata de hacer leer sino de hacer pensar [recurrir a la “retórica” en su sentido fino (argumentar para justificar y convencer) y no peyorativo (hablar por hablar o escribir por escribir)], lo que implica entonces, que los fallos deben dictarse para resolver litigios, hacer justicia, atender los planteamientos serios de las partes, razonar para justificar y convencer, y para hacer pensar, no para hacer leer, de manera que agotando esos extremos, pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a la satisfacción del servicio público de administración de justicia.<sup>57</sup>

¿Qué hacer frente a demandas inmensurables; extraordinariamente largas yazonadas de incoherencias y de afirmaciones dogmáticas; repetitivas y mal redactadas? ¿Debe darse respuesta puntual a cada manifestación del accionante, aun si en cada capítulo de su demanda reitera lo expuesto en los demás, si sus afirmaciones carecen de razones que las apoyen, si la redacción es motivo de oscuridad? ¿Hay que fundar y motivar bajo la idea de que tal es lo que ha construido la jurisprudencia con tanto rigor? ¿Qué hacer si, frente al intento de dar a una demanda de ese talante una respuesta razonada y razonable, no acuciosa, pero tampoco vaga, al juzgador espera la presentación de una queja administrativa, en la que se aducirá falta de exhaustividad en la sentencia?<sup>58</sup> Y ¿qué hacer si no es una, sino que son la mayoría de las demandas las que presentan esa característica? ¿Así de extenso y de prolijo hay que actuar en cada proveído, en cada resolución, en cada sentencia?

Quizás uno también se curaría en salud. Quizás uno también haría público su método y lo intentaría justificar así: la misión de los tribunales es resolver litigios sobre la base de lo pretendido por las partes, pero lo pretendido con basamento, con “seriedad procesal”, de manera que, como lo dice la tesis transcrita, “agotando esos extremos, pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia”, aun y cuando no se diera puntual y precisa contestación a cada afirmación de los accionantes. El problema de actuar así, evidentemente, es que no hay un límite muy nítido entre ser vago y ser preciso. Como quiera que sea, si para los procedimientos

<sup>57</sup> Tesis con registro 178560.

<sup>58</sup> Hay criterios, aunque pocos, en el sentido de que la queja administrativa es improcedente en temas como el que nos ocupa. Por ejemplo, tesis con registro 180867.

judiciales escritos resulta cuestionable el puntillismo jurisprudencial a que nos hemos referido en las páginas precedentes, en el sistema oral no sólo es cuestionable, sino exorbitante.

##### 5. FUNDAR Y MOTIVAR EN LOS TIEMPOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

En un mundo en el que, tecnológicamente, el registro fehaciente de las órdenes sólo puede pensarse en papel —por su versatilidad: la permanencia de la escritura, la invariabilidad de lo estipulado y la posibilidad de comunicar esto a su destinatario o a terceros en el momento o en tiempo posterior— es claro que el documento escrito no sólo es el medio de expresión de la orden en sí misma, del acto de molestia, sino, además, es medio de prueba de su existencia; en especial ante la autoridad a la que corresponde revisarla y, en su caso, anularla, enmendarla o rectificarla. Esto da cuenta, al menos en parte, del por qué han acabado siendo tan proliferas muchas resoluciones judiciales.

Pero ese mundo era el de los siglos XIX y XX; en el actual existen tecnologías diferentes que permitirían cumplir esa misma función documental con igual (y hasta mayor) grado de certeza. Un ejemplo es el de los registros en audio o video de las audiencias en los juicios orales. El Artículo 61 del Código Nacional de Procedimientos Penales previene:

Artículo 61. *Registro de las audiencias.* Todas las audiencias previstas en este Código serán registradas por cualquier medio tecnológico que tenga a su disposición el órgano jurisdiccional.

La grabación o reproducción de imágenes o sonidos se considerará como parte de las actuaciones y registros y se conservarán en resguardo del Poder Judicial para efectos de conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento y de las partes, garantizando siempre su conservación.

En este aspecto cabe señalar lo obvio: el desarrollo jurisprudencial del Artículo 16 de la Constitución, primer párrafo, deriva del examen de casos en los que la ley aplicable regula procedimientos exclusivamente escritos, en los que la comunicación de las resoluciones, por ejemplo las judiciales, solo se da *ex post facto*, habiendo pasado los tiempos para acordar promociones o actos. Me explico: en las leyes procesales “tradicionales”, por así llamarlas, se establecen disposiciones que permiten a los tribunales emitir acuerdo por escrito a las promociones que lo reciben con desfase respecto al tiempo en que las mismas son presentadas. Así, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su Artículo 21, refiere que el secretario debe dar cuenta con la

promoción escrita dentro de las 24 horas que sigan a su presentación, y el tribunal tiene hasta 72 horas para emitir el acuerdo escrito, fundado y motivado, que deba recaerles. En hipótesis como ésta, si en el proveído se contuviere un acto de molestia (por ejemplo, una citación), su fundamentación y motivación tienen necesariamente que hacerse constar en el cuerpo del mismo, con miras a que se pueda comunicar al interesado mediante un diverso y posterior acto, la notificación. Por ello, este deber de fundar y motivar debe satisfacerse en forma especialmente escrupulosa, con la minuciosidad a la que ya se ha hecho mención. Este modo de ser prolijo encuentra explicación en que los actos que entraña la orden se conocerán en un momento posterior respecto del tiempo en que el interesado acudió al órgano.

En los sistemas escritos,<sup>59</sup> como regla general, para producir plenamente efectos en relación con quienes son sus destinatarios, las resoluciones judiciales (la decisión, pero también su fundamentación y motivación) han de ser puestas en conocimiento de estos *ex post facto*. Para lograr este cometido, la ley procesal establece, primero, medios directos de comunicación con las partes o los terceros a quienes están dirigidos sus mandamientos; cuando dicha comunicación es materialmente imposible, prevé mecanismos para lograr, al menos, una presunción de conocimiento.

En relación con las partes, la comunicación procesal es necesaria para cumplir con el contradictorio, que no podría verse satisfecho sin el conocimiento de las providencias judiciales; en relación con terceros —individuos u órganos estatales— es necesaria para obtener su cooperación en la realización de actos que incidirán en el proceso y que afectarán a las partes. Por esto mismo, todo sistema de comunicación procesal está revestido de formas que tienden a servir de garantía del conocimiento de la resolución; el desapego a estas formalidades produce, por regla general, su nulidad (y a veces castigo para el responsable).

Establecido el acto de conocimiento o la presunción, comienzan para sus destinatarios los plazos y términos en que deben ser acatadas. Esta regla general conoce dos excepciones: 1. Las providencias de mero trámite de las que la ley dispone que no sean notificadas, sino tan sólo cumplidas (y esto explica por qué en ellas en vez de ordenar “Notifíquese” se dispone “Cúmplase”); y 2. Las que decretan medidas cautelares, cuya vocación es la de cumplirse antes de ser notificadas al afectado.

<sup>59</sup> En los párrafos subsecuentes me baso en las notas que compendío en “Notificaciones en el juicio de amparo antes y después de la reforma”, en BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Sobre la Judicatura, Colección de ensayos*, México, Impretei, 2015, pp. 323-324.

Salvo en esos dos casos, sin la comunicación, las decisiones judiciales serían o fuente de abusos o por completo impracticables. En ambos, la seguridad jurídica que debe acompañar a los actos de autoridad se vería seriamente trasgredida. Las partes no podrían impugnarlas antes de sufrir la lesión. Resentirían resignadamente sus efectos sin defensa o se rebelarían abiertamente a someterse a los designios judiciales. Ninguna de las dos es buena circunstancia. Así, como regla general, resulta que las providencias no pueden cumplirse ni quedar firmes o ser declaradas ejecutoriadas si no han sido notificadas antes a quienes se dirigen. Como el acto de comunicación es autónomo respecto de la resolución que se notifica, si la notificación está mal hecha ello no afecta la validez de la providencia ni, su contenido. No obstante, una vez notificada, la resolución no puede ser modificada por el tribunal que la dictó. Lo que se comunica, lo que se notifica es la resolución con todos sus elementos: decisión, fundamentación y motivación.

En cambio, en el sistema de justicia oral, las decisiones judiciales, como regla, se dictan en el momento de la audiencia y las partes quedan notificadas en el acto:

Artículo 63. *Notificaciones en audiencia.* Las resoluciones del órgano jurisdiccional serán dictadas en forma oral, con expresión de sus fundamentos y motivaciones, quedando los intervinientes en ellas y quienes estaban obligados a asistir formalmente notificados de su emisión, lo que constará en el registro correspondiente en los términos previstos en este Código.

Sobre esta base, bien cabe preguntarse si en el nuevo sistema de justicia penal el deber de emitir mandamiento escrito en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento —que deriva del Artículo 16 constitucional en relación con los diversos 44, 52, 61, 63, 67, 68, 70, 397, 401 y 404 del Código Nacional de Procedimientos Penales— ha de participar de las notas de minuciosidad, detalle, prolijidad, pormenorización y amplitud que con tanto énfasis ha construido la jurisprudencia, o si es el caso de dar un giro nuevo en esta materia, más ágil, dinámico, a la interpretación del Artículo 16 constitucional, primer párrafo.

Para las resoluciones tomadas en audiencia —dejando de lado las referidas a actos de investigación, para las que siguen vigentes todas las razones que dieron los juristas del XIX—,<sup>60</sup> en relación con quienes a ella compa-

<sup>60</sup> Es interesante observar que el Código Nacional de Procedimientos Penales refiere que “Todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión” (Artículos 251, 252 y 266) y sobre esta base pasa a la regulación de los actos de investigación que no requieren autorización judicial y los que sí la requieren: inspección de lugares, objetos, instrumentos o productos del delito; inspección de personas; revisión corporal; toma de imágenes; reconocimiento de objetos, voces,

recen, el documento escrito ha perdido su razón de ser como fuente; ya que únicamente es medio de documentación, un registro más. La mayor de las resoluciones, verbigracia, la sentencia, es propiamente el *dictum* oral (el Artículo 404, párrafo segundo, del Código Nacional dispone que la sentencia producirá sus efectos desde el momento de su explicación verbal y no desde su formulación por escrito).

No obstante, existe una tendencia a seguir apegados al documento y sus formas. Se pierde de vista que la sentencia es, antes que todo, acto jurídico, y en el sistema oral ese acto se emite verbalmente, en audiencia, donde ya hay registro en audio o video. La sentencia-documento es un registro adicional, quizá más práctico para ciertos efectos. Por ello es verdadero el aserto de que en el sistema oral acusatorio

es necesario que ese documento público conste como expresión, título o prueba que dé certidumbre de la existencia misma del acto jurídico y perpetúe las manifestaciones en él asentadas, preservando así su contenido para el futuro y librando de posibles contradicciones o desconocimientos, a fin de brindar seguridad y confianza en cuanto a la valoración que la autoridad finalmente realizó respecto de los hechos y pruebas que conoció para resolver de determinada manera; tanto para la seguridad jurídica de los implicados, la potencial revisión de la forma de actuar de la autoridad y la posible ejecución misma del fallo.<sup>61</sup>

Esto, sin embargo, no debe obligarnos a trasladar toda la doctrina de la fundamentación y motivación del siglo XX a un sistema del siglo XXI. ¿Tendrá sentido que —salvo en la emisión de órdenes en materia de control de actos de investigación, a las que, según ya se hizo hincapié, siguen aplicables todas las consideraciones que nos vienen desde la Constitución de 1857— el juez o el tribunal acometan la empresa de ser prolijos, extensos, minuciosos, en sus versiones escritas; que empeñen el tiempo, valioso para las audiencias, en intentar acoplarse a los modos de una jurisprudencia diseñada para procedimientos escritos en los que las decisiones se toman desfasadas? La forma misma de las resoluciones tendría que ser replanteada: ¿habrá que expresar los fundamentos de la competencia —la cual se da por sentada—; referirse antecedentes para relatar el desarrollo del juicio —al cual han acudido

sonidos y en general realidades asequibles mediante percepción sensorial; localización geográfica en tiempo real; exhumación de cadáveres; reconocimiento o examen físico de personas; toma de muestras de fluidos corporales; cateo; intervención de correspondencia y comunicaciones privadas. Todos ellos, dice el Código, son *actos de molestia*.

<sup>61</sup> Tesis con registro 162465. Véase, además, la exposición brillante sobre la sentencia-documento de COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, México, Ed. Nacional, 1981, pp. 289-297; pero constátese que es una doctrina esencialmente referida a sistemas escritos.

los destinatarios de la resolución y que por ello conocen—; invocar normas convencionales, jurisprudencia nacional e interamericana para cada consideración —aun y cuando el punto fuese menor o de explorado derecho—; hacer juicios de constitucionalidad o convencionalidad de cuestiones que no fueron planteadas en audiencia —y que por ello quedan fuera del radio de acción—; reiterar pasajes académicos que ya están de por sí en los libros de doctrina —y que las partes no quieren recibir? De algún modo hay que construir nuevas pautas, basadas quizás en esta directiva: la resolución escrita ha de contener sí un razonamiento, pero “sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado”,<sup>62</sup> y en el que, en lugar del formalismo, se penetre en la médula, en la sustancia: *que el juez oral preserve derechos*.

En cuanto a lo primero, la idea que debe orientar a los jueces de oralidad (y, por supuesto, a los jueces de amparo, que eventualmente revisarán sus actos), cuando formulan las versiones escritas de sus sentencias y autos, es la que subyace en tesis como las siguientes, en las que subrayo la parte que estimo conducente:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS. La garantía de legalidad consagrada en el Artículo 16 de la Constitución Federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepciones del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, *aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente,*

<sup>62</sup> Tesis de registro 391564.

*si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa.*<sup>63</sup>

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE SU ALCANCE. *No es válido pretender que todas y cada una de las afirmaciones que hagan los juzgadores al decidir las cuestiones planteadas ante su potestad tengan que ser individual y específicamente motivadas y fundadas, ya que lo que exige el Artículo 16 constitucional es que para molestar a alguien en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones debe existir mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, debiéndose entender éste como un todo.*<sup>64</sup>

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, EXCEPCIÓN A LA REGLA DE QUE DEBE EXISTIR EN TODA RESOLUCIÓN. Si bien es cierto que de conformidad con la tesis de jurisprudencia número 153, visible en la página 248, Octava Parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de los años de 1917 a 1985, la fundamentación y motivación deben constar en la propia resolución que emita alguna autoridad, también es verdad que esa regla tiene como excepción la circunstancia de que los documentos en que se apoye la fundamentación y motivación del acto o resolución, sean del pleno conocimiento del gobernado al que va dirigido, hipótesis en la que no existe violación al Artículo 16 constitucional.<sup>65</sup>

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. VIOLACIÓN FORMAL Y MATERIAL. Cuando el Artículo 16 constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables, y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas. Pero para ello basta que quede claro el razonamiento substancial al respecto, *sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado*. Sólo la omisión total de motivación, o la que sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero satisfechos estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad, y para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse, o no, el amparo, por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Tesis con registro 191358.

<sup>64</sup> Tesis con registro 217682.

<sup>65</sup> Tesis con registro 228473.

<sup>66</sup> Tesis con registro 391564.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. CUÁNDO PUEDE CONSTAR EN RESOLUCIÓN DISTINTA A LA QUE CONTENGA LA SENTENCIA RECLAMADA. Una excepción a la regla de que la fundamentación y motivación debe constar en el cuerpo de la sentencia y no en documento distinto, se da cuando el tribunal de alzada, en materia penal, al cumplir con la obligación de suplir la deficiencia de la queja, hace suyas las consideraciones, razonamientos y fundamentos de la sentencia de primer grado y remite a éstas, ya que se trata de sentencias vinculadas, pues en ese supuesto no es requisito indispensable que el acto de molestia reproduzca literalmente los razonamientos que lo llevaron a las mismas conclusiones de la sentencia que se revisa, sino que basta con que se haga remisión a ella. Lo anterior no puede traer consigo un estado de indefensión al quejoso, ya que conoce, tanto la de primera como la de segunda instancia; por ende, si pretende impugnar esta última mediante el juicio constitucional, sus posibilidades de defensa son las mismas, pues no ignora las razones y fundamentos de ambas.<sup>67</sup>

COMPETENCIA. LA GARANTÍA FORMAL DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN NO ES EXTENSIVA A LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS PÚBLICOS. De una sana interpretación del Artículo 16 constitucional, se llega a la conclusión de que la garantía formal de fundamentación y motivación no es extensiva a la competencia de los órganos públicos, la que por sí misma constituye una garantía de seguridad jurídica distinta de aquélla, sino que tal garantía debe entenderse referida a la "causa legal del procedimiento", es decir, al contenido mismo del acto, a los hechos y preceptos determinantes de la decisión, y no en relación con el título de legitimación de la autoridad. De lo anterior se concluye que las exigencias consagradas por el Constituyente en el precepto de mérito deben tenerse por satisfechas si el acto de molestia y, por mayoría de razón, el de privación, está precedido de un mandamiento escrito de autoridad competente, siempre que dicha competencia se encuentre prevista de una norma jurídica idónea debidamente publicada en el Diario Oficial de la Federación o, en su caso, la Gaceta Oficial de difusión, en términos del principio de publicidad positivizado en el artículo tercero del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Estas reflexiones llevaron a este Tribunal Colegiado de Circuito a abandonar el criterio que se contiene en la tesis consultable en el Informe de Labores del año de 1983, Tercera Parte, página 94, con el rubro de "FUNDAMENTACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN", variación que desde luego no significa colocar al particular en una situación desventajosa frente a la que goza la autoridad pues basta que exprese su incertidumbre respecto de la competencia de ésta, para que el órgano jurisdiccional esté obligado a examinar escrupulosamente el título de actuación de la autoridad, de manera que un examen irregular por parte del juzgador siempre podrá ser motivo de revisión por el órgano de control constitucional.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Tesis con registro 194414.

<sup>68</sup> Tesis con registro 221571.

En estas pautas jurisprudenciales se opta por descartar formalismos y concentrar esfuerzos en aspectos más bien pragmáticos: la versión escrita de una resolución judicial no tiene por qué ser una pieza amplia y cargada; entre la levedad y el peso, eligen la liviandad.

En cuanto al segundo aspecto, el referido a la médula, al contenido de la decisión, el nuevo Artículo 1º constitucional, primer párrafo, impone un cambio a la forma ordinaria de entender las garantías individuales. En este caso en particular es evidente: si se tiene el deber de preservar derechos de rango máximo (de fuente constitucional y de fuente convencional), "es innegable que no sólo puede reconocerse una dimensión adjetiva o formal en el derecho a la debida fundamentación y en su caso también a la debida motivación, sino también una dimensión sustantiva que implica obligaciones adicionales más allá del mero cumplimiento de la formalidad".<sup>69</sup> Fundar y motivar ya no sólo puede verse en un sentido sólo instrumental.

Retomo aquí la clásica cita de Beccaria sobre el silogismo judicial: "Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena". Es útil para explicar la relación de la sentencia con lo sustantivo: el órgano jurisdiccional escoge la norma con la que construirá su solución; considera probados algunos hechos a los que debe dar tratamiento jurídico y emite un enunciado para adjudicar derechos y obligaciones. En cualquiera de estas fases existe el deber de preservar derechos de rango máximo. Llegó el momento de verlo parte por parte.

## 6. LA PREMISA MAYOR

El juez ha de cuestionarse si la premisa normativa se adecua a los cánones constitucional y convencional, esto es, si la norma que sirve de base para dar solución al caso no contraviene normas de ese rango. ¿Cómo distinguir si la premisa normativa es constitucional o convencional o, por el contrario, inconstitucional o inconvencional? Hay quienes se apresuran a decir que una ley es inconstitucional o inconvencional cuando contraviene a la Constitución o una Convención y con eso piensan haber zanjado la cuestión. La respuesta no convence: implica una regresión *ad infinitum*. Como si a la pregunta de

<sup>69</sup> PÉREZ JOHNSTON, Raúl, "Artículo 16. Actos de molestia", en *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, op. cit., p. 1546.

qué es el sol se contestara que es una estrella que brilla de día, sin percatarse de que lo que define al día es precisamente la presencia o ausencia del sol.

Permítanme sugerir esta idea, y ya dictaminarán ustedes, cuando la examinen con holgura de tiempo, si posee alguna virtud: la inconstitucionalidad o la inconventionalidad de las leyes es la situación en que se halla una norma vigente en un lugar y momento determinados, contenida —explícita o implícitamente— en uno o más artículos de cualquier ordenamiento formal y materialmente tenido como ley en relación con cualesquier otra norma vigente para el mismo lugar y momento contenida —explícita o implícitamente— en uno o más artículos de la Constitución o de una convención—, y una situación tal en la que, superados posibles problemas de interpretación y ciertos ya del significado de cada una, la primera resulta incompatible con la segunda, en el sentido de que, para el operador jurídico, satisfacer el contenido de aquella implica no satisfacer el de ésta. Una norma es inconstitucional si por satisfacerla, la constitucional se ve insatisfecha. Una norma es inconventional si al satisfacer su contenido se deja de satisfacer el contenido de la norma internacional.<sup>70</sup>

Ejemplifiquémoslo (el caso que expondré versa sobre un juez del sistema tradicional; ello no importa para efectos de mi propósito, que es ilustrar el método que permitirá discernir si una norma es inconstitucional o inconventional, pues lo mismo deberá pensar un juez de uno u otro sistema). La Suprema Corte ha sentado jurisprudencia firme en cuanto a la inconstitucionalidad de las leyes penales que establecen tipos en blanco, cuando para la integración de la figura delictiva hay que acudir a normas que no tienen el rango y fuerza de ley. La tesis dice así:

NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. Los denominados “tipos penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las “normas penales en blanco” no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter —como

<sup>70</sup> *Mutatis mutandis*, BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Tribunales, normas y derechos. Los derechos de rango máximo y la inconstitucionalidad de la ley en la jurisprudencia mexicana*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 260-262.

los reglamentos—, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.<sup>71</sup>

Como se aprecia, para la Corte la inconstitucionalidad de las leyes federales que establecen tipos penales en blanco deviene de su falta de apego al mandato constitucional de que los delitos deben estar previstos precisamente en leyes emitidas por el Congreso, al tenor de los Artículos 14, tercer párrafo, y 73, fracción XXI, inciso b), de la Constitución. Sobre esta noción de la jurisprudencia se han resuelto casos concretos. En los mismos precedentes donde se sostuvo lo anterior, por ejemplo, se determinó la inconstitucionalidad del Artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal, en tanto que establece como delito manejar vehículos de motor en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes si es que, a la vez, se infringe el reglamento de tránsito (que emite no una asamblea legislativa, sino el Poder Ejecutivo). La remisión a esta clase de ordenamientos que carecen del rango y fuerza de ley es contraria al principio de que la ley penal debe ser obra exclusiva de la autoridad legislativa:

ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL. A la luz de los principios de exacta aplicación y reserva de ley en materia penal contenidos, respectivamente, en los Artículos 14, tercer párrafo, y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se requiere que las leyes penales provengan del órgano legislativo y describan con claridad y precisión la conducta delictiva y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en sentido formal y material, con lo cual se proscriben las denominadas “normas penales en blanco” o “de reenvío”, que remiten a un reglamento emitido por el Poder Ejecutivo para conocer el núcleo esencial de la prohibición. Por tanto, el Artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal, al prever una conducta delictiva compuesta de dos condiciones: manejar en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes vehículos de motor e infringir reglamentos de tránsito y circulación, viola los mencionados principios constitucionales en tanto que remite a la mera infracción de dichos reglamentos para conocer e integrar uno de los elementos esenciales del tipo, lo cual

<sup>71</sup> Tesis con registro 170250. Algún matiz se ha querido imprimir en materia de delitos ambientales. Hay tesis aisladas de la Primera Sala que sostienen que es permisible cierto grado de remisión de la ley a la norma administrativa y, en particular, a las declaratorias de veda. Véanse las tesis con registro 159911 y 159909. En contrapartida, hay criterio del Pleno, contemporáneo de los de la Primera Sala, en donde se sostiene algo diametralmente opuesto en relación con delitos ambientales y las normas oficiales mexicanas (véase la discusión relativa a la acción de inconstitucionalidad 6/2010, fallada por mayoría de 8 votos el 5 de junio de 2012).

tiene como efecto que el contenido de la ley penal pueda variar por la sola voluntad del Ejecutivo Federal, modificándola de facto a través de normativas administrativas y sin necesidad de acudir a los procesos legislativos ordinarios, lo que trastoca el ejercicio de la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia de delitos y faltas federales.<sup>72</sup>

Según puede verse, conforme al argumento de la Corte, el Artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal es inconstitucional, puesto que de satisfacer su contenido, se dejaría de satisfacer el contenido de los Artículos 14, tercer párrafo y 73, fracción XXI, inciso b), de la Constitución.

Ahora pensemos que a un juez le es consignada una averiguación previa a fin de que decida si al inculpado debe sujetársele a proceso por la comisión del ilícito previsto en el 171, fracción II... Los hechos están probados, de eso no hay duda: policías de caminos detuvieron a una persona en estado de ebriedad que conducía un vehículo automotor en una carretera federal, excediendo la velocidad permitida en el reglamento. Si el precepto ha sido calificado de inconstitucional en jurisprudencia firme por la Suprema Corte, ¿el juez podría decidir afirmativamente la cuestión con base en él? Parece que no, pues de hacerlo así desconocería que su premisa mayor vulnera uno de los principios fundamentales de la justicia penal: *nullum crimen sine lege*, previsto como derecho fundamental en el Artículo 14 de la Constitución.<sup>73</sup>

Respecto del ejemplo que he explorado con ustedes, podría objetarse que la razón que explica el proceder del juez es la existencia de una jurisprudencia obligatoria, y que ello no podría ocurrir si ésta no existiera. La objeción, al menos ahora, no puede prosperar. Recordemos que a raíz de la resolución del Pleno de la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010 se ha vuelto un tópico firme la posibilidad (y más aún, la necesidad) del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas que ha de aplicar el juez al resolver el litigio que le ocupa. En el caso que propongo, aun sin jurisprudencia firme, sería inviable dar cauce a un juicio por causa de delito que en verdad resulta contrario a la Constitución.

La doctrina de la Corte puede resumirse así: en el orden jurídico mexicano coexisten dos modelos de control de constitucionalidad, predicables *exclusivamente* en favor de los órganos jurisdiccionales (las demás autoridades del país, dice la Corte, tienen la obligación ineludible de aplicar las normas correspondientes, en su ámbito competencial, sin cuestionar de ningún modo

<sup>72</sup> Tesis con registro 170393.

<sup>73</sup> BONILLA LÓPEZ, Miguel, "Los jueces y los fiscales ante las leyes penales en blanco", en *Sobre la judicatura...*, op. cit., pp. 211-230.

su validez. Su único deber es el de interpretarlas del modo más favorable a la persona).

Al primero se le conoce como *control concentrado*. Esto porque parte de un sistema de reglas expresas que confieren sólo a los órganos del Poder Judicial de la Federación la facultad de decidir si una norma de rango secundario es o no compatible con las de rango máximo. Si consideran que no, la excluyen del orden jurídico. Este sistema se ejerce a través de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y el amparo en sus vías directa e indirecta. En verdad, lo que en esta clase de procedimientos se juzga es una ley que alguien sostiene que contraviene la Constitución.

El segundo sistema, llamado *control difuso*, es muchísimo más reciente. Podría decirse que entre nosotros su acta de nacimiento es el expediente Varios 912/2010. Conforme a este sistema, el resto de los jueces del país, en los procesos que de ordinario resuelven y sin necesidad de abrir artículo por separado, tienen la potestad de examinar la adecuación de la norma que en principio tendrán que aplicar a normas de orden superior. No juzgan una ley que alguien combate; dilucidan si la ley con la que deben resolver el caso es conforme con la Constitución o con los Derechos Humanos que de ella derivan o de instrumentos internacionales.<sup>74</sup>

El control difuso parte de la premisa de que la ley aplicable aparece al juez como "sospechosa", y por ello, "de cara a los parámetros de control de los Derechos Humanos", tiene el deber de sujetarla a escrutinio; en contrapartida, "cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de Derechos Humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad".<sup>75</sup>

La categoría de "sospechosa" parte de su contraste con a) los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal y la jurisprudencia relativa del Poder Judicial de la Federación; b) los Derechos Humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte; y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.<sup>76</sup>

Si de ese contraste los jueces concluyen que la ley que regula el caso es contraria a dichos parámetros, están obligados a inaplicarla. Pero para que esto pueda ocurrir, los jueces tienen que seguir este itinerario: primero, efec-

<sup>74</sup> Tesis con registro 160480.

<sup>75</sup> Tesis con registro 2005622.

<sup>76</sup> Tesis con registro 160526.

tuar lo que la Corte llama “interpretación conforme en sentido amplio”, es decir, “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”; después, realizar la interpretación conforme al sentido estricto, esto es, que si “hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, 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”. Si pese a estos dos ejercicios no puede, por así decirlo, “rescatar” la ley en cuestión, tienen el deber de inaplicarla.<sup>77</sup> Esto no significa “que les esté atribuido hacer 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”.<sup>78</sup>

Hasta donde entiendo, “inaplicar” una ley significa que a quien corresponde realizar su contenido se abstiene de obrar como ésta indica, sobre la base de un juicio de contraste del que resulta que la acción ordenada por la norma o los efectos producidos por su ejecución devienen contrarios en sí mismos a normas sustantivas de rango superior pertenecientes a la Constitución o a algún tratado de Derechos Humanos vigente para nuestro país (esto es, se dejaría de satisfacer lo previsto en éstos). El juez actúa, entonces, como si la norma cuestionada no existiera. Lo que le sirve para decidir el caso es el contenido normativo de la Constitución y de los tratados internacionales y, en específico, sus normas de Derechos Humanos, de modo que, a partir de principios generales, construye una solución particular.

Se trata de un poder inmenso.

#### 7. LA PREMISA MENOR

Conforme a la teoría del silogismo judicial, la premisa menor está constituida por los hechos probados y relevantes, de los que cabe verificar si se adecuan o no al supuesto fáctico de la norma. También aquí el juez tiene el deber de preservar esos estados de cosas a los que acostumbramos llamar derechos, ello en beneficio de quienes litigan ante él (mejor todavía: en beneficio de la finalidad del proceso). El juez puede mal actuar en este ámbito y la doctrina

<sup>77</sup> Tesis con registro 160525.

<sup>78</sup> Tesis con registro 160589.

resume las hipótesis: que al resolver prescindida de la prueba decisiva, invoque pruebas inexistentes, relacione hechos que contradigan abiertamente los hechos que sí es factible desprender de autos o que produzca afirmaciones dogmáticas que no se sustenten en probanza alguna.<sup>79</sup> En cualquiera de estos casos se vulnerarían derechos adjetivos de rango superior (los de debido proceso).

Una hipótesis particularmente relevante es la que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en fecha reciente, ha empezado a construir en el ámbito penal (en el sistema tradicional, pero igualmente válida para el acusatorio). Puede denominarse como teoría de la prueba ilícita: el proceso no debe ser contaminado con probanzas espurias. Sus rasgos fundamentales son los siguientes: es válido proclamar la existencia de un principio constitucional de prohibición o exclusión de la prueba ilícita que dicta que ningún individuo puede ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentre al margen de las exigencias constitucionales y legales.<sup>80</sup> Su función es “eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales; esto, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento procesal o en una futura reposición del procedimiento”.<sup>81</sup> Este derecho permite exigir la nulidad de la prueba ilícita durante todo el proceso.<sup>82</sup>

El efecto de esa “nulidad” es que esta clase de pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos fundamentales, no puedan surtir efecto procesal alguno. La Corte dice: “Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales”.<sup>83</sup>

Un ejemplo: con base en una escucha telefónica no autorizada judicialmente (recordemos que en nuestro derecho positivo esto se limita taxativamente: investigaciones en materia de delincuencia organizada, de delitos graves y de salvaguarda de la seguridad nacional), se pretende obtener condena.

<sup>79</sup> CARRIÓ, Genaro R., “Sentencia arbitraria”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, pp. 281-299.

<sup>80</sup> Tesis con registro 2003885.

<sup>81</sup> Tesis con registro 2003554.

<sup>82</sup> Tesis con registro 160509.

<sup>83</sup> Tesis con registro 161221.

El audio interceptado, que el actor ofrece como prueba, en efecto contiene una narración de la que perfectamente se desprende la responsabilidad del demandado. No obstante, el registro de la conversación no fue obtenido ni es aportado por ninguno de los participantes de la misma. Esa prueba no puede tener valor y no ha de ser considerada al momento de resolver. Darle peso probatorio implicaría desconocer derechos, no sólo los adjetivos que regulan la prueba, sino los sustantivos que hubiesen sido violados al obtenerla:

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO. En los párrafos noveno y décimo del citado precepto constitucional se establece el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que únicamente la autoridad judicial federal podrá autorizar su intervención, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, en la inteligencia de que esas autorizaciones no podrán otorgarse cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor y que los resultados de cualquier intervención autorizada que no cumpla con los requisitos legales aplicables carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que el Poder Reformador de la Constitución consignó la prevalencia, en todo caso, del referido derecho fundamental sobre el derecho de defensa y de prueba garantizados en los Artículos 14 y 17 de la propia Constitución, prerrogativas que se encuentran sujetas a limitaciones establecidas para sujetar al principio de legalidad la disciplina probatoria y para garantizar que la actividad jurisdiccional se lleve a cabo en estricto cumplimiento al marco constitucional y legal aplicable, por lo que cualquier grabación derivada de la intervención de una comunicación privada que no se haya autorizado en términos de lo establecido en el Artículo 16 constitucional constituye una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio.<sup>84</sup>

#### 8. LA CEREZA DEL SILOGISMO

En un tercer momento es pertinente para el juez determinar si vulnera derechos. La solución de un caso significa, al final, enunciar si una conducta está ordenada o prohibida o si un cierto estado de cosas es posible o no. En esta parte del trabajo judicial también es palmario que cabe hacer un juicio de valor sobre si la solución, en sí misma considerada, es compatible con normas de rango máximo de las que derivan Derechos Humanos.

Permítanme retomar aquí lo que establecí páginas atrás: Derechos Humanos son los estados de cosas que derivan de las normas constitucionales

<sup>84</sup> Tesis con registro 169859.

o convencionales aplicables dentro del territorio nacional, creadas para la protección de intereses especialmente relevantes de los individuos o de las colectividades que éstos conforman (relevantes por su conexión con valores tales como: dignidad individual, libertad personal, igualdad interpersonal, solidaridad social, ciudadanía política y justa administración de justicia de acuerdo al Derecho).

Dentro de estos estados de cosas que devienen de tales entramados normativos, los seres humanos somos capaces de producir acciones (disfrutar, crear cambios institucionales, exigir prestaciones debidas, impugnar los actos que interfieren con el disfrute) o de vernos favorecidos por las de otros (como la protección debida a cargo de terceros) —acciones conceptualmente unidas a aquellos intereses—; todo lo cual constituye límites tales para el Estado que los actos que éste cometa trastocándolos (al imponernos indebidamente cargas, bien sea obstaculizando o impidiendo que produzcamos dichas acciones o que nos veamos favorecidos por las de otros) se reputan inválidos y dan lugar a la restitución de su goce.

La solución que ofrezcan los tribunales a los casos que son sometidos a su conocimiento ha de ser compatible con los Derechos Humanos. Si la solución dada a un caso por parte de un juez local impone una carga (y siempre lo hace, porque es propio de las resoluciones judiciales imponer una conducta o la sujeción a un estado de cosas), esta carga debe ser conforme a derecho y no ha de impedir ni obstaculizar que esos estados de cosas benéficos se realicen en las partes.

Robert Alexy<sup>85</sup> sostiene que lo primero ocurre cuando el Estado, *contra Derecho*, crea circunstancias que hacen fácticamente imposible al derecho-habiente realizar la acción que constituye la esencia del derecho (o, agrego, ser recipiendario de la acción de otro); lo segundo, cuando el Estado crea circunstancias que *dificultan* al derecho-habiente realizar o recibir dicha acción, incluso al grado de impedirselo *jurídicamente* (a mi modo de ver, estas circunstancias pueden perfectamente ser llamadas “cargas”: carga como la obligación de asumir una determinada conducta impuesta por una autoridad que actúa, al menos *prima facie*, amparada por una potestad pública, que el individuo puede repudiar al considerarla contraria a Derecho, esto es, que lo agravia).<sup>86</sup> Impide la realización del derecho de libertad, el agente del Ministerio Público que detiene a una persona sin que medie flagrancia ni se

<sup>85</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 166 -168.

<sup>86</sup> BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Tribunales...*, op. cit., pp. 15-35.

actualicen las condiciones del caso urgente; obstaculiza el derecho de defensa si, además, no le da a conocer las causas de la detención.

Quiero ejemplificar lo anterior con un caso concreto, actual y real. No con una sentencia y ni siquiera con un auto interlocutorio. Haré uso de un acuerdo de trámite: el que ordena el archivo del expediente (esto muestra, además, que la satisfacción de los derechos que devienen de los ordenamientos supremos puede darse en todos los productos de la actividad judicial).

En la clase de juzgado a la que estoy adscrito (uno especializado en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones), cuando se libra una orden de allanamiento y ha sido ya ejecutada por el Ministerio Público, lo que se espera es que éste remita el acta con todas las formalidades, el material fotográfico del que se desprenda el desarrollo de la diligencia y las certificaciones correspondientes. Con esta información, el Juzgado no tiene ya más actuaciones para desahogar y se ordena el archivo. Cesa su actividad jurisdiccional y lo que sigue es del ámbito netamente administrativo. El cuaderno se deposita en unas bodegas que sirven como archivo dentro del inmueble donde se ubica el órgano. Pasados tres años, el expediente se transfiere a un diverso archivo de concentración general para todos los tribunales y juzgados federales, en donde el cuaderno ya no está sujeto a la guarda y custodia del órgano que lo remite. Lo mismo ocurre con las intervenciones de comunicaciones que concluyen. En la generalidad de los casos esto no significa ningún problema y no hay reparo que hacer: ¿qué puede haber más monótono, rutinario y simple que mandar al archivo un expediente?

Al poco tiempo de haber tomado posesión del Juzgado, sin embargo, se presentaron varias solicitudes de cateo y de intervención de comunicaciones vinculadas con la creación, almacenamiento y distribución de imágenes y videos de pornografía infantil a través de redes informáticas. En estas peticiones, entre el material probatorio exhibido por el Ministerio Público, necesariamente, se encontraban las fotografías o videograbaciones interceptadas, en las que, por supuesto, aparecían las víctimas.

Una vez desahogado el cateo o concluida la intervención, sin más trámite pendiente, ¿era conducente enviar al archivo los cuadernos, en los que, entre sus fojas, obraban las imágenes de menores de dieciocho años sufriendo actos de pornografía? Consideré que sí, *pero sin constancia de las imágenes*. Concluí que de remitir los cuadernos con las fotografías se podía poner en riesgo un derecho de fuente internacional fundamental de los menores de edad, esto es, que podía ser trastocado en su perjuicio uno de esos valiosos estados de cosas que llamamos "Derechos Humanos". La solución que adopté es esta: una vez resuelto el asunto y ejecutada la orden de cateo por la autoridad mi-

nisterial, las imágenes dejan de tener utilidad procesal. Sobre esta base y en apego al deber de atender al interés superior del niño (que no significa sino realizar en los casos concretos los derechos que para las personas menores de dieciocho años prevén la Convención de los Derechos del Niño y los ordenamientos del derecho interno de cada Estado o del Derecho Internacional aplicable en dicho Estado), a efecto de no vulnerar derechos fundamentales, antes del envío del cuaderno al archivo, deben desglosarse las fojas donde obran las imágenes mencionadas y ser destruidas ante la presencia del Secretario, previa foja de sustitución y certificación que se deje en autos.

La base normativa de esto es el conjunto conformado por los Artículos 1º, párrafos primero, segundo y tercero; 4º, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2.1, 3.1 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 8.1 inciso e), y 8.3 del Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (instrumentos internacionales de aplicación plena y obligatoria para todas las autoridades del país), de los que se desprende el deber jurídico para cualquier órgano del Estado de proteger la intimidad o identidad de los niños víctimas de pornografía infantil y de tomar medidas que tiendan a evitar la divulgación de información que pudiera llevar a su identificación.

Alguien podría objetar que este proceder contravendría los Artículos 18, primer párrafo, y 19 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo tenor es el siguiente:

*Artículo 18.* Inmediatamente después de que se hayan asentado las actuaciones del día o agregado los documentos recibidos, el secretario foliará y rubricará las hojas respectivas y pondrá el sello del tribunal en el fondo del cuaderno de manera que abrace las dos caras.

*Artículo 19.* Las actuaciones se asentarán en los expedientes en forma continua, sin dejar hojas ni espacios en blanco; y cuando haya que agregar documentos, se hará constar cuáles son las fojas que les corresponden.

Si, en efecto, estas dos disposiciones contravinieran las normas de fuente internacional, habría que preferir éstas: dejar de satisfacer el contenido de normas de rango máximo por dejar satisfecho el contenido de normas secundarias no es proceder adecuadamente. A quienes actuaran así se les tildaría, con justa razón, de "formalistas". Sin embargo, creo que no estamos frente a un caso de ver cuál es el contenido normativo que debe prevalecer y ni siquiera ante uno de ponderación.

La *ratio legis* que anima las dos disposiciones adjetivas es la de evitar que los expedientes sean alterados, sustrayendo o adicionando actuaciones que no hayan sido previamente puestas a disposición del juez para su acuerdo y conservar en forma indubitable el desarrollo del procedimiento a través de los documentos sobre los que se desenvuelve. Estas finalidades, empero, se han visto colmadas en los asuntos que refiero, desde su inicio y hasta su culminación, y como ya no subsiste la necesidad de tener a la vista dentro del procedimiento las imágenes mencionadas, al haberse agotado en definitiva su objeto, conservarlas en un expediente que será remitido al archivo deja de tener sentido y más si hacerlo podría poner en riesgo los derechos de los menores que derivan de las normas transcritas.

Así decidí. Atendí a preceptos de fuente internacional de los que derivan derechos a favor de los niños. Di solución a un caso: ofrecí un enunciado que estimo compatible con esos estados benéficos a los que se llama derechos fundamentales.

## 9. CONCLUSIONES

Para quienes tienen en la judicatura su oficio es pacífico considerar que el juez, por definición, es un tercero imparcial cuya única misión (y satisfacción) es salvaguardar el proceso y dirimir litigios con arreglo a Derecho.

Tiene como debido preservar, mantener vigentes, evitar trastocar los derechos de quienes participan en el proceso (partes y terceros), y es durante su desarrollo, sobre todo, en la acción de decidir las disputas, que ese deber adquiere toda su fuerza. En sus decisiones, el juez escoge la norma con la que construirá su solución, considera probados ciertos hechos a los que debe dar tratamiento jurídico y emite un enunciado adjudicando derechos y obligaciones. En cualquiera de estas tres faenas existe para él el deber de preservar derechos de rango máximo: mantenerlos vigentes para las partes a quienes correspondan, evitar trastocarlos.

Estos deberes devienen del nuevo Artículo 1º, primer párrafo, en relación con el primer párrafo del 16, ambos de la Constitución, que imponen un tratamiento sustantivo antes que sólo formal; no obstante, el deber de fundar y motivar, y de emitir precisamente mandamiento escrito adquiere (debe adquirir) nueva fisonomía en el ámbito del sistema de enjuiciamiento oral: agilidad, liviandad, sutileza en oposición a lo lento, lo pesado, lo abigarrado. No puede darse el trato jurisprudencial del siglo XX a las formas del sistema acusatorio.

## EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Leopoldo BURRUEL HUERTA

El concepto de conflicto de intereses es una figura jurídica creada para proteger al Estado en la expresión de su voluntad. Si bien, el conflicto de intereses propiamente, es regulado en la fracción XII del Artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, existen otras fracciones que regulan el comportamiento del servidor público en relación con diversas personas que pueden alterar su desempeño.

Sin embargo, focalizaremos nuestro análisis en el conflicto de intereses definido como tal en la Ley y luego haremos la mención al resto de las conductas relacionadas.

Así, el conflicto de intereses es la previsión legal que existe para sancionar aquellas decisiones que tome una autoridad, viciadas por su propio interés. El conflicto de intereses ocurre entre el interés del Estado y el interés personal del servidor público.

La definición la da la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en el catálogo de obligaciones del servidor público contenido en el Artículo 8 en el segundo párrafo de su Fracción XII:

Habrán intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

Esa imparcialidad en el desempeño es la exigencia fundamental. Pero al hablar del desempeño, deja en claro que el conflicto de intereses es una figura que solo acontece cuando se ejerce el cargo y, como veremos, continúa en el

tiempo. La autoridad, como Titular de un Órgano del Estado debe tomar todas sus decisiones para la protección de los intereses del Estado, no en razón de sus propios intereses. De esta manera, cuando el Agente del Estado decida para su propio beneficio deberá ser sancionado.

Es una conducta que no es de consumación inmediata, sino que ocurre a través de un tiempo, muchas veces indeterminado, puesto que normalmente transcurre tiempo entre la decisión para beneficio propio y la obtención de dicho beneficio. De obtenerse el beneficio primero, estamos hablando de otra conducta de la definida en esta fracción XII del artículo arriba citado.

Si el beneficio es inmediato o aquél ocurre primero y luego toma la decisión, estamos hablando de otro tipo de infracción, como por ejemplo el cohecho o el tráfico de influencia o cualesquier incumplimiento de las demás obligaciones del servidor público. Al final analizaremos conductas que tienen similitud.

En el conflicto de interés existen dos beneficiarios: el propio servidor público por el beneficio que recibirá y la persona que se beneficia directamente por la decisión tomada por dicha autoridad en forma parcial, en contraposición a imparcial.

De esta manera, podemos afirmar que, por regla general, el beneficio para el servidor público será obtenido con posterioridad, pero el beneficio para quien es favorecido por la decisión de autoridad es inmediato o casi inmediato. Es claro que la decisión de la autoridad puede ser activa o pasiva. Ejecutando un acto de autoridad o absteniéndose de hacerlo (como sería en un acto de sanción). En acción u omisión, pues.

Veamos la redacción completa de la obligación del servidor público para discernir todos sus elementos:

Artículo 8. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

Fracción XII. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

Habrán intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

La obligación tiene como verbo rector "abstener", en su conjugación 'abstenerse'. El Titular del Órgano del Estado como sujeto actuante de dicha abstención, debe omitir solicitar, aceptar o recibir un beneficio a cambio de tomar una decisión que favorezca a las personas listadas en dicha fracción.

El aceptar, solicitar o recibir un beneficio presupone, en la más clara lógica, un pacto. Un acuerdo para que a cambio de una conducta parcial en el desempeño del cargo (como se define adelante) el servidor público reciba un beneficio. El beneficio acordado entre ambas partes involucradas en el conflicto de intereses debe ser real. No cualquier tipo de decisión o acto jurídico trae un beneficio.

También debe ser el beneficio mayor a la contraprestación esperada o debida. No puede ser un beneficio algo obtenido en la normalidad del desarrollo del servicio público, o revestido de generalidad. No puede considerarse un beneficio aquello que cualquiera en ese caso hubiere obtenido.

El beneficio recibido por el destinatario de la decisión del titular del órgano, debe estar revestida al menos de una duda de procedencia, de algo que estuvo en una alternativa de obtenerlo o no obtenerlo. El desempeño imparcial debe haberse perdido, el acto debe ser parcial.

El acto de decisión tendrá que estar revestido de ilegalidad evidente o aunque sea en sospecha, para poder vincularlo al beneficio posterior que obtendrá el servidor público, ya que el beneficio que reciba este último, proviene de un acuerdo previo.

Aquí encontramos la primera pista en un conflicto de intereses, pues el acuerdo que celebraron el servidor público y el que se beneficia por la decisión de dicha autoridad, tiene que tener un motivo. Esto solamente es entendido cuando se trata de una concesión de un derecho otorgada indebidamente.

El beneficio no es una esperanza, ni una suposición, sino que ocurren en concierto. Es el resultado de un acuerdo entre el beneficiario de la decisión y el servidor público.

Es por ello que, el conflicto de intereses, al involucrar la voluntad y la intención, se vuelve muy difícil de probar.

Por eso la legislación habla de actos concretos que le están prohibidos a un servidor público. Incluso dicha prohibición se prolonga hasta determinado tiempo después de dejar el cargo (por regla general, un año). Puesto que en el acuerdo es muy fácil convenir en recibir el beneficio una vez dejado el cargo, para evitar la sospecha. Es por tanto, una falta cometida en el ejercicio del servicio público y no una mera desatención a una prohibición expresa.

Los casos concretos están visibles en la imposibilidad de solicitar, aceptar o recibir de las personas cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión. Es claro que la actividad profesional, comercial o industrial debe estar regulada o supervisada por el servidor público en el ejercicio del cargo y no se refiere a las actividades profesionales, comerciales o industriales particulares del servidor público. Esto aunque parezca una obviedad, las autoridades sancionadoras no siempre lo han distinguido.

He podido presenciar como han sancionado a servidores públicos que autorizaron las vacaciones de un subalterno, dado que sus actividades profesionales estaban vinculadas en una relación de subordinación. Este razonamiento, es un decir, no ha sido excepcional.

Las personas antes mencionadas son las aportadoras del beneficio al servidor público porque al estar vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, están en la posibilidad de recibir una decisión parcial, a su favor claro. Pero dicha fracción que define la conducta, introduce y une simbióticamente el concepto de que tal desempeño del cargo 'implique intereses en conflicto'.

El problema es la "Y", puesto que además de que el beneficiario entregará una cosa al servidor público, esto se hará por una decisión parcial, tal y como lo define el propio artículo. De tal manera que para considerar que existe una infracción sancionable, no solamente debe probarse que se recibió un beneficio, sino que éste debe estar unido a la relación previa del servidor público cuando resolvió a favor del proveedor algún en el desempeño del cargo, en forma parcial. El vehículo para obtener el beneficio posterior es la posición parcial entre ambos. Ya que el ámbito de influencia que la autoridad tiene, en el ejercicio de su encargo, favorece al particular para beneficiarlo y con posterioridad beneficiarse él mismo, generando un perjuicio al Estado.

El interés en conflicto se convierte entonces en la clave de la conducta. No usa el legislador la expresión verbal 'pueda implicar intereses en conflicto' sino que para que exista responsabilidad, tal conflicto debe existir realmente, como sería tener en su competencia efectiva un asunto a su cargo que pudiese solucionarse tanto de una forma como de otra.

Tal conflicto de intereses no funciona cuando la decisión no sea discrecional para el servidor público, pues entonces no existiría conflicto pues no podría haber parcialidad benéfica. Si el servidor público no interviene con la creación de dichos actos de imperio o de autoridad, tampoco implica interés

en conflicto. Si se pide un beneficio por algo que es el deber del servidor público hacer, estamos ante una extorsión, pero no un conflicto de intereses propiamente.

Es así que la decisión del servidor público hace que la balanza se incline en favor del particular que va a obtener un beneficio y en contra del Estado.

Es decir, se vincula el verbo "abstener" con el desempeño imparcial. Si el servidor público tiene un interés personal, debe abstenerse, en el ejercicio de su función pública, de solicitar, aceptar o recibir un beneficio. Pues si tiene el interés personal y cumple con la abstención, no habrá infracción.

La redacción no incluye el beneficio del beneficiado con la decisión del agente del Estado, pero es obvio que está concatenado a la solicitud, aceptación o recepción del beneficio por éste último, ya que se trata de un intercambio.

Sin el acuerdo, sin el concierto, no habrá conflicto de intereses. Y el beneficio que se pudiera recibir sería por el correspondiente ejercicio indebido de las facultades y no por otro motivo.

De esta manera, para analizar el conflicto de intereses durante el ejercicio del cargo de una persona, deben analizarse todas las decisiones que el titular del órgano del Estado tomó, en relación con determinada persona de la que obtuvo un beneficio en tiempo posterior.

La decisión no necesariamente es ejecutada directamente, sino que puede serlo a través de un subordinado, aunque esto impone un obstáculo que no siempre es salvable en la prueba. Si se esta en el caso de que el beneficio obtenido lo es en virtud de que un servidor público le solicitó la intervención a otro servidor público de diferentes facultades; es decir, de otra área; se estaría en presencia de un tráfico de influencias, pero no de un conflicto de intereses.

Sin embargo, si se trata de un subordinado si se puede estar en la definición del conflicto de intereses. Bastará saber que se realizó un acto parcial a favor de alguna de las personas reguladas o supervisadas, para constituir conflicto de intereses junto con el pacto del beneficio futuro. El acto parcial se aprecia debido a no estar dentro de un rango de una normalidad en su otorgamiento, como asentamos. Por tanto, debe estar revestido de ilegalidad y esta ilegalidad no exime al recipiente de la instrucción subordinado, de su propia responsabilidad. Aunque no tenga conflicto de intereses, el acto en si mismo podría ser ilegal y por tanto será sancionado el ejecutor y a la autoridad ordenadora. Ante una ilegalidad evidente, no es sencillo que el ejecutor alegue que se recibieron instrucciones.

Ahora bien, como en todo caso de responsabilidad, tiene que existir un daño a un bien jurídicamente protegido, ya que el objetivo de la responsabilidad es restaurar el bien jurídicamente alterado.

El daño no se comete si la decisión que beneficia al particular, también beneficia al Estado.

La decisión en conflicto de intereses debe perjudicar al Estado directa o indirectamente, pero en forma real. De otra manera, estaríamos en la paradoja de que un servidor público deba realizar conductas que perjudiquen al Estado con tal de no otorgarle algún beneficio legal a determinada persona. No otorgar un beneficio a alguna persona es algo reprobable si es que perjudica al Estado. Una clara ejemplificación radica en el pago. No existe deber de pagar anticipadamente, pero si se realiza el pago anticipado a cambio de que la cosa esté terminada o entregada con anticipación y eso es benéfico, debe hacerse. Sin embargo, si esto no está documentado, siempre será objeto de sospecha.

El problema del conflicto de intereses radica en el propósito de otorgar un beneficio con el fin de obtener otro beneficio a cambio. Y probar los propósitos no es sencillo, como dijimos. El beneficio es fácil probar, pues normalmente se tratará de bienes o derechos que no tengan clara su procedencia. Que no haya precio pagado, será lo más común. Como veremos enseguida, por eso la Ley incluye hasta facilidades en los pagos o precios cuando sean notoriamente inferiores, como parte de la definición del beneficio.

En conclusión, el conflicto de intereses, con todos sus elementos debe ser real. Debe haber un beneficio indebido y real otorgado por una decisión de un Titular de un Órgano de Gobierno, que además perjudica al Estado, por un acuerdo de otorgar un beneficio al servidor público. Muchas decisiones del servidor público pueden ser puestas en análisis y en juicio. Pero si éstas tienen una explicación concreta y verdadera, no existe un conflicto de intereses.

Ahora veamos la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos:

Dentro de la redacción notamos que dice lo siguiente:

Solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí.

La orden de abstenerse de recibir o aceptar, no incluye descuentos en bienes o preferencias especiales, pues contrariamente a algunas legislaciones extranjeras, la infracción solamente se comete si es que el precio es 'notoriamente inferior' al que tenga en el mercado ordinario. Como no se ha re-

glamentado el artículo, lo notoriamente inferior será materia de peritaje por parte de un corredor público o un valuador. Pero un descuento adecuado es perfectamente legal. Aceptarlo o no, quedará al pudor del servidor público.

Debemos analizar que no existe una clara referencia al perjuicio del Estado, sin embargo existe un beneficio que obtiene el servidor público que no debió ser de él, sino del propio Estado.

El artículo extiende la obligación de no aceptar o recibir de las personas ningún beneficio hasta por un año después de dejar el cargo. Sin embargo, esto crea un problema para la actividad particular del servidor público. Por eso, la redacción de vincular el beneficio del servidor público a un conflicto de intereses real, constituye una salvaguarda, con la cual el servidor público sí podrá tomar empleo o algún otro beneficio de aquéllos ligados a su anterior función, si no tuvo el conflicto de intereses. Esto derivado de una cuestión de lógica de vida. Una persona que se ha dedicado durante mucho tiempo a una actividad puede decirse que desarrolló una pericia, una especialidad. Muy difícilmente puede considerarse que pueda obtener de inmediato otra al dejar el servicio público para poder sostenerse mediante un trabajo remunerador.

Es decir, que al dejar el cargo, si puede aceptar el beneficio si sus decisiones como Agente del Estado no fueron condicionadas. Así dice la Ley, eliminando definiciones en forma libre:

Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, ...(beneficio), que procedan de cualquier persona... cuyas actividades ... se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público ... en el desempeño de ... su cargo ... y que implique intereses en conflicto.

Es decir que las decisiones del servidor público respecto de la persona debieron haber sido realizadas en forma parcial, como dice la definición. De ser así, no habrá intereses en conflicto si acepta algo de esas personas. Aunque claro esto generará suspicacias.

Para mayor comprensión distinguiremos el conflicto de intereses, de otras obligaciones cuyo incumplimiento acarreará responsabilidad del servidor público.

Así, la fracción XI del mismo Artículo 8 señala como obligación:

XI.- Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes

civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.

El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

El verbo es diferente a aquel que es rector del conflicto de intereses. Aquel es "abstenerse" y aquí es "excusarse". La diferencia es clara, pues al excusarse exige un acto positivo y eficiente. El servidor público debe pronunciarse y expresar que no tratará un asunto.

El interés del servidor público no resulta de un beneficio futuro que obtendría a cambio de solicitar o aceptar. En este caso, el interés no es creado por un acuerdo. En el caso el interés ya existe y deriva de lo "personal, familiar o de negocios". Podría decirse que en forma coloquial también tiene un conflicto de interés, pues en relación con tal persona la Ley señala la excusa, en virtud de ese conflicto ya creado, real y activo.

No existe el requerimiento de que el servidor público necesite actuar en forma parcial para que se constituya la infracción. Su actuar no debe existir simplemente. Si existe, hay infracción.

Y muy ligada a la fracción anterior está la siguiente:

XIV.- Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

Aunque aquí el verbo rector no es excusarse sino abstenerse, la redacción deja clara una mezcla del legislador. Esto puesto que toda conducta que es prevista en esta fracción está claramente incluida en la fracción XI.

Recordemos la fracción XI que dice que deberá excusarse el servidor público cuando: "tenga interés personal, familiar o de negocios" que es el mismo caso de esta fracción XIV. Abstenerse es una conducta muy diferente a excusarse. De tal manera que en conclusión el servidor público, no solo deberá abstenerse, sino también excusarse cuando el asunto que deba atender tenga relación con la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de

cualquier servidor público", con los que tenga una relación personal, familiar o de negocios.

No obstante, surge un problema en las dos fracciones y es la definición de una "relación personal". Pues las personas solo tienen relaciones personales, es decir con una presencia individual. Toda relación entre personas es personal. Pero la referencia debe entenderse a lo coloquial. A aquella relación en la cual se realizó un lazo afectivo, positivo o negativo y que permanece en el tiempo y en el momento del acto. Definir esto es muy complejo. Una persona no puede dejar de ser hermano de alguien. Pero definir si un amigo del pasado o un ex novio o novia persiste como una relación personal; será muy difícil. Lo mismo pasa con las relaciones religiosas como el padrino o el compadre. Habrá que conocer si se trata de relaciones activas, reales o no.

Existen interpretaciones sobre los parientes por afinidad. En un ridículo acuerdo de la década de los 80's, pero aun vigente, se sostiene que la relación por afinidad termina con el divorcio. Ese acuerdo tuvo el propósito de permitir que diversos funcionarios vinculados por matrimonios pasados, pudiesen ser nombrados en cargos de suma importancia, pero la interpretación es incorrecta. La primera y principal consecuencia del parentesco por afinidad es que el sujeto luego del divorcio no puede contraer matrimonio con quien tuvo relación hasta el segundo grado con el ex cónyuge. Es decir, el parentesco por afinidad impide que se contraiga matrimonio con los hijos del ex cónyuge o sus ascendientes. De no subsistir el parentesco, no existiría la prohibición. La prohibición tiene raíces de sentido común.

Otra obligación relacionada con el conflicto de intereses, es la siguiente del mismo artículo 8:

XIII.- Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

Aquí es claro. No hace falta ningún análisis. Obtener o pretender obtener, ya crea la infracción. No es necesario que la decisión sea benéfica para el usuario del servicio público. No es necesario que se trate de un acto debido o indebido. Obtener o pretender obtener es suficiente. Aun si el motivo es totalmente gratuito, solamente por el gusto, una propina o lo que sea, es indebido y digno de ser sancionado. Aunque si tiene un vínculo insalvable y es que el motivo del beneficio esté ligado al desempeño del servicio público y lo será en consideración del tiempo, lugar y circunstancia, claro está.

## REFLEXIÓN

Toda esta discusión deriva de un análisis de la interpretación estrictamente jurídico. Pero tiene su utilidad. De esta manera, podemos analizar cuál es la extensión de los posibles "conflictos de intereses" que pueden tener las personas como servidores públicos.

El conflicto de interés como tal, como está previsto en la fracción XII, puede estar vinculado con cualquier persona que haya tendido relación con el servidor público durante el desempeño del cargo, pues el conflicto surge de un acuerdo para realizar un acto parcial a cambio de un beneficio. De tal manera que en las facultades y los actos oficiales, se encontrará el posible conflicto de intereses.

Una cuestión novedosa en la Administración Pública Federal mexicana es la Declaración de posibles Conflictos de Intereses que se ha impuesto que presenten los servidores públicos. Para establecer lo que obliga la Ley hacemos un análisis de lo previsto por el artículo 8 fracción XI que contiene un resumen de lo que la Ley presupone un interés personal del servidor público:

En su redacción, arriba transcrita, deducimos que se refiere a lo siguiente como las personas con las que existen posibles conflictos de intereses:

- \* Cónyuge y ex cónyuges. Aunque la Ley no obliga a la manifestación específica de los ex cónyuges, debe entenderse que el parentesco por afinidad subsiste aún si el matrimonio es disuelto, como expresamos arriba. De tal manera que debe incluirse a tales personas para establecer con claridad los vínculos con los parientes por afinidad.
- \* Parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.
- \* Por afinidad hasta el cuarto grado. Por ello es que sostenemos que hay motivo para manifestarse e incluirse los ex cónyuges pues el parentesco no solamente existe entre los parientes por afinidad actuales, sino debe incluirse a los parientes de los anteriores cónyuges.
- \* Parientes civiles. Ya sea el adoptado o el adoptante.
- \* Terceros con los que tenga relaciones profesionales. La relación profesional se actualiza solamente por el contrato de servicios profesionales. No importando si el servidor público tenga o no título para el ejercicio profesional. La redacción de la expresión en la Ley es incorrecta, pues no solamente deben incluirse los terceros con los que "tenga" relaciones profesionales sino para establecer posibles conflictos de interés, debiera incluirse en la Ley, aquellos que hayan sido clientes; es decir,

con los que el servidor público "haya" tenido relaciones profesionales. Por lo pronto, la Ley solamente habla del tiempo presente. Es decir, aquellos con los que "tenga" esas relaciones.

- \* Terceros con los que tenga relaciones laborales. La relación laboral es derivada solamente del contrato de trabajo. No existe relación laboral con los subordinados en el servicio público, pues el patrón de todos es el Estado y no se establece relación alguna de carácter laboral entre sí. También debe aplicarse la misma crítica a la expresión anterior respecto de las relaciones profesionales, pues la posibilidad de la existencia de un posible interés particular que impida la imparcialidad de las decisiones de los servidores públicos debe incluir el tiempo pasado, los empleados que haya tenido en lo personal y especialmente sobre los empleos que haya tenido el servidor público en una relación laboral. Pero la Ley no lo incluye.
- \* Terceros con los que tenga relaciones de negocios. Esto no significa que deba darse noticia de toda compraventa mercantil que realice. Sería ridículo. Sin embargo existen negocios que tiene el carácter de permanecer en el tiempo, y este tipo de negocios puede establecer el perfil de relación de negocios. Sin embargo el nombre adecuado para este tipo de personas es el de "socio", pues se intuye que entre sí, aunque no exista una sociedad propiamente con personalidad jurídica, tienen un acuerdo para alguna actividad especulativa. Esta calidad de socio esta prevista enseguida.
- \* Socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte. Lo primero que hay que destacar es distinguir la calidad anterior de las personas con que se tengan relaciones de negocios, de las personas que sean socios de una sociedad. Ya sea en calidad de accionistas o de socios por partes sociales, es claro que debe incluirse la mención de tales personas, pues el interés que sea beneficiada una persona con la que se comparte una calidad mercantil es evidente. El conflicto radica en que la Ley no distingue la calidad de socio para como accionista de una empresa en la que no es posible determinar fácilmente quienes lo son o se trata de miles de personas, como una sociedad que participe en la bolsa de valores.
- \* Pero lo más criticable de la frase es cuando se refiere a las sociedades en las que el servidor público "forme o haya formado parte". Pues dicha expresión "formar parte" no tiene ningún significado jurídico. Una expresión coloquial como "forma parte de la sociedad" bien puede ser

una expresión de afecto, pero no define en que sentido forma un individuo parte de una sociedad. Acaso la Ley quiso referirse a la calidad de accionista. Acaso la Ley quiso referirse a la calidad de miembro del consejo de administración o del órgano de vigilancia. Pero a final de cuentas no lo dijo.

De lo anterior, debemos concluir que en efecto el conflicto de intereses debe ser definido con mayor estudio y legislar con puntualidad. No permitir que con lenguaje coloquial se vulnere la puntualidad que podría haber en una declaración de posible conflicto de intereses.

A final de cuentas, el conflicto de intereses, si bien debe ser regulado por la Ley, en la realidad queda siempre al pudor y al escrúpulo del servidor público y estos dependerán de la calidad de su formación y educación.

# LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO

Luis Norberto CACHO PÉREZ  
Patricia MORALES CANALES

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

*Aquel que permite la opresión comparte el crimen.*  
ERASMO DARWIN

## I. INTRODUCCIÓN

La Corte Penal Internacional,<sup>1</sup> con sede en La Haya, Holanda, es una institución permanente, vinculada con la Organización de las Naciones Unidas

<sup>1</sup> Para una bibliografía mínima sobre la Corte Penal Internacional *Vid.* ÁLVAREZ GARÍN, Raúl, *Teoría y práctica en juicios penales por genocidio y delitos de lesa humanidad en México y en el Mundo*. México, Senado de la República, 2003. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián (Comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 1a. reimpresión. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. CORCUERA CABEZUT, Santiago y GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (Comps.), *Justicia penal internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 3a. edición, México, Novum, INACIPE, 2012. GUEVARA B., José A. y DAL MASO, Tarciso J. (Comps.), *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2005. IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. MARTÍNEZ MEJÍA, Berenice, *La Corte Penal Internacional: un reto constitucional*, México, Escuela Libre de Derecho, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005. MÉNDEZ SILVA, Ricardo y LÓPEZ ORTIZ, Liliana (Comps.), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, Serie Doctrina Jurídica, Tomo I, No. 161 y Tomo II, No. 162, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003. MÉNDEZ ; SALAS, Gustavo, *Delitos contra la humanidad*, México, Porrúa, 2012. SÁNCHEZ LARIOS, Eligio, *El genocidio, crimen contra la humanidad*, México, Botas, 1966. SOTO CLIMENT, Gabriel, *La empresa criminal común en el Derecho Penal Internacional*. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, UNAM, Facultad de Derecho, México, 2012.

TRUJILLO SÁNCHEZ, Aníbal, *La Corte Penal Internacional: la cuestión humana versus razón soberana*, México, UNAM-INACIPE, 2011.

Hemerografía sobre la Corte Penal Internacional Cfr. ACOSTA, Mariclaire, "El rol y la agenda de la sociedad civil organizada en el proceso del establecimiento de la Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional*, Santiago Corcuera Cabezut y José Antonio Guevara Bermúdez (Comps.), México, Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 235-238; AMBOS, Kai, "Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre justicia y realpolitik", en *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Séptimas Jornadas Sobre Justicia Penal*, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, Sección Doctrina Jurídica, No. 393, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 371-390. AMBOS, Kai, "El proceso contra Slobodan Milosevic: un balance jurídico provisional", en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, INACIPE, No. 11, 4a. Época, Sep-Oct. 2009, pp. 11-19; AGUIRREZABAL QUIJERA, Irune, "La importancia de incorporar legislación interna relativa a la Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 189-200; AZZOLINI, Alicia, "Las bases de la responsabilidad penal en el ámbito internacional: la problemática de la autoría", *Panorama internacional sobre justicia penal*, Sección Doctrina Jurídica No. 394, *op. cit.*, pp. 531-559. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, "Crímenes de estado: la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparato de poder organizado", en *Criminogenesis. Revista especializada en Criminología y Derecho Penal*, México, año 2, No. 7, octubre de 2010, pp. 95-105; CANCHOLA, Ulises, "Análisis de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso mexicano y la experiencia comparada", *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 225-230; CANO LÓPEZ, Luis Miguel y RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, "Los problemas en México para la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 26, México, Escuela Libre de Derecho, México, 2002, pp. 71-98; CASTRO VILLALOBOS, José Humberto, "Análisis de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso mexicano y la experiencia comparada", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 213-218; DAVID, Pedro R., "El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: balance y perspectivas", *Panorama internacional sobre justicia penal*, Sección Doctrina Jurídica, No. 393, *op. cit.* FACIO, Alda, "El rol y la agenda de la sociedad civil organizada en el proceso del establecimiento de la Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 239-245; FRAIDENRAJ, Susana, "La Corte Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 85-96. GIL GIL, Alicia, "La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional", en *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, España, Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 121-150. GONZÁLEZ CASANOVA, Joaquín, "Análisis de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso mexicano y la experiencia comparada", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 219-224. GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo, "El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y algunas de sus consecuencias en el ámbito interno", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 179-187. GONZÁLEZ GALVEZ, Sergio, "La Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 9-33. GUEVARA BERMÚDEZ, José A., "La compatibilidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México, No. 30, 2000, pp. 195-209. GUEVARA B., José A., "La jurisdicción de la Corte Penal Internacional", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 31, 2000, pp. 59-74. GUEVARA B., José A., "La jurisdicción universal: una introducción", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, 2002, pp. 25-44. GUEVARA B., José A., "La complementariedad entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional: consecuencias para los ordenamientos jurídicos internos", en *Panorama internacional sobre justicia penal*, No. 393, *op. cit.*, pp. 507-529. GUEVARA, José Antonio, "La suplementariedad del Estatuto de Roma respecto de la protección de los Derechos Humanos y de la responsabilidad internacional de los Estados", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 129-160. HERNÁNDEZ OROZCO, Horacio Armando, "Breves consideraciones de la Corte Penal Internacional y su impacto en la jurisdicción penal mexicana", en *Primer monográfico de la Revista de Investigaciones Jurídicas. Trabajos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer cen-*

(ONU), y que tiene facultades para ejercer jurisdicción sobre los crímenes más graves de carácter internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y crimen de agresión).

Su creación y funcionamiento han sido trascendentales en la procuración e impartición de justicia internacional. Significa un gran avance en el sistema de justicia internacional y coadyuva, junto con las jurisdicciones nacionales, a que los criminales internacionales no queden impunes.

Sin embargo, el Estatuto de la Corte adolece de varias insuficiencias, que no le permiten cumplir plenamente con el papel para el que fue creada.

En este breve comentario nos proponemos analizar lo siguiente:

Las previsiones del Estatuto de Roma, que es el instrumento internacional en el cual la Corte basa su funcionamiento, que no están acordes con el espíritu con el cual fue creada y que le impiden cumplir verdaderamente sus funciones para perseguir crímenes internacionales.

tenario. México, Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 251-268; MANACORDA, Stefano, "Las fronteras de la responsabilidad individual en el Derecho Penal Internacional: una primera aproximación", en *Panorama internacional sobre justicia penal, op. cit.*, pp. 455-473. OLÁSULO ALONSO, Héctor, "De los riesgos y de las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad"; "Del estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional"; "Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional" y "La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional" en *Estudios de Derecho Penal Internacional*. México, INACIPE, 2010, pp. 19-58; pp. 61-112; pp. 159-194 y pp. 137-158. OROZCO TORRES, Luis Ernesto, "Delicta iuris gentium tipificados por México", en *Criminogenesis. Revista especializada en Criminología y Derecho Penal, op. cit.*, pp. 191-208; PACE, William R. "La campaña mundial por la Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 161-164. PERAZA PARGA, Luis, "Baluceos de la justicia penal internacional", en *Panorama internacional sobre justicia penal*, No. 394, *op. cit.*, pp. 597-630. REMIRO BROTONS, Antonio, "La revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el crimen de agresión", en *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional, op. cit.*, pp. 105-119. SUHR, Brigitte, "La compatibilidad del Estatuto de Roma con ciertas disposiciones constitucionales alrededor del mundo", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 201-211. SOBERON, Francisco, "El rol y la agenda de la sociedad civil organizada en el proceso del establecimiento de la Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 247-251. TINAJERO, Salvador, "Análisis de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso mexicano y la experiencia comparada", *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 231 a 233. YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio, "El papel del grupo de Estados afines en la elaboración y el desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Justicia penal internacional, op. cit.*, pp. 165-177. ZAFFARONI, Raúl, "El crimen de Estado como objeto de la Criminología", en *Panorama internacional sobre justicia penal*, No. 394, *op. cit.*, pp. 19-34.

Normatividad nacional en materia de la Corte Penal Internacional Vid. "Decreto mediante el cual se adiciona el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", en *Diario Oficial de la Federación*, 20 de junio del 2005. "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Diario Oficial de la Federación*, 7 de septiembre del 2005 (Decreto de aprobación del Senado) y el 31 de Diciembre del 2005 (Decreto de promulgación por el Ejecutivo Federal).

La Corte necesita, para cumplir con la función para la cual fue creada, modificar las previsiones contenidas en el Estatuto que señalamos más adelante.

*La justicia es reina y señora de todas las virtudes.*

Marco Tulio CICERÓN

## II. ANTECEDENTES

*La ley es la conciencia de la humanidad.*

Concepción ARENAL

El 17 de julio de 1988, 160 países se reunieron en Roma, Italia, con el objeto de establecer una Corte Penal Internacional, de naturaleza permanente, encargada de perseguir los crímenes más graves que afectan a la humanidad. El 7 de septiembre, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos firmó *ad referendum* el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma entró en vigor, después de la firma y ratificación del número de países pactado en el propio instrumento internacional, el 1º de julio del 2002.

El 20 de junio del 2005 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto mediante el cual se adiciona el siguiente párrafo al Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal internacional.

El 7 de septiembre del 2005 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto mediante el cual la Cámara de Senadores aprueba el Estatuto de Roma.

El Ejecutivo Federal firmó el instrumento de ratificación el 10 de octubre del 2005, el cual fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el 28 del mismo mes y año.

El 31 de diciembre del 2005 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el "Decreto de Promulgación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998".

La estructura y contenido del Estatuto es:

### Parte I. *Del establecimiento de la Corte.*

Artículo 1.- La Corte.

Artículo 2.- Relación de la Corte con las Naciones Unidas.

Artículo 3.- Sede de la Corte.

Artículo 4.- Condición jurídica y atribuciones de la Corte.

### Parte II. *De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable.*

Artículo 5.- Crímenes de la competencia de la Corte.

Artículo 6.- Genocidio.

Artículo 7.- Crímenes de lesa humanidad.

Artículo 8.- Crímenes de guerra.

Artículo 9.- Elementos de los crímenes.

Artículo 10.- (limitación de normas existentes o en desarrollo del derecho internacional).

Artículo 11.- Competencia temporal.

Artículo 12.- Condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

Artículo 13.- Ejercicio de la competencia.

Artículo 14.- Remisión de una situación por un Estado Parte.

Artículo 15.- El Fiscal.

Artículo 16.- Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento.

Artículo 17.- Cuestiones de admisibilidad.

Artículo 18.- Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad.

Artículo 19.- Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa.

Artículo 20.- Cosa juzgada.

Artículo 21.- Derecho Aplicable.

### Parte III. *De los principios generales de Derecho Penal.*

Artículo 22.- *Nullum crimen sine lege.*

Artículo 23.- *Nulla poena sine lege.*

Artículo 24.- Irretroactividad *ratione personae.*

Artículo 25.- Responsabilidad penal individual.

Artículo 26.- Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.

Artículo 27.- Improcedencia del cargo oficial.

Artículo 28.- Responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Artículo 29.- Imprescriptibilidad.

Artículo 30.- Elemento de intencionalidad.

Artículo 31.- Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Artículo 32.- Error de hecho o error de derecho.

Artículo 33.- Órdenes superiores y disposiciones legales.

Parte IV. *De la Composición y Administración de la Corte.*

- Artículo 34.- Órganos de la Corte.
- Artículo 35.- Desempeño del cargo de magistrado.
- Artículo 36.- Condiciones que han de reunir los magistrados, candidaturas y elección de los magistrados.
- Artículo 37.- Vacantes.
- Artículo 38.- Presidencia.
- Artículo 39.- Las Salas.
- Artículo 40.- Independencia de los magistrados.
- Artículo 41.- Dispensa y recusación de los magistrados.
- Artículo 42.- La Fiscalía.
- Artículo 43.- La Secretaría.
- Artículo 44.- El personal.
- Artículo 45.- Promesa solemne.
- Artículo 46.- Separación del cargo.
- Artículo 47.- Medidas disciplinarias.
- Artículo 48.- Privilegios e inmunidades.
- Artículo 49.- Sueldos, estipendios y dietas.
- Artículo 50.- Idiomas oficiales y de trabajo.
- Artículo 51.- Reglas de Procedimiento y Prueba.
- Artículo 52.- Reglamento de la Corte.

Parte V. *De la Investigación y el Enjuiciamiento.*

- Artículo 53.- Inicio de una investigación.
- Artículo 54.- Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones.
- Artículo 55.- Derechos de las personas durante la investigación.
- Artículo 56.- Disposiciones que podrá adoptar la Sala de Cuestiones Preliminares cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación.
- Artículo 57.- Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares.
- Artículo 58.- Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares.
- Artículo 59.- Procedimiento de detención en el Estado de detención.
- Artículo 60.- Primeras diligencias en la Corte.
- Artículo 61.- Confirmación de los cargos antes del juicio.

Parte VI. *Del Juicio.*

- Artículo 62.- Lugar del juicio.
- Artículo 63.- Presencia del acusado en el juicio.
- Artículo 64.- Funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia.
- Artículo 65.- Procedimiento en caso de declaración de culpabilidad.
- Artículo 66.- Presunción de inocencia.
- Artículo 67.- Derechos del acusado.
- Artículo 68.- Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones.
- Artículo 69.- Práctica de las pruebas.
- Artículo 70.- Delitos contra la administración de justicia.
- Artículo 71.- Sanciones por faltas de conducta en la Corte.
- Artículo 72.- Protección de información que afecte a la seguridad nacional.
- Artículo 73.- Información o documentos de terceros.
- Artículo 74.- Requisitos para el fallo.
- Artículo 75.- Reparación a las víctimas.
- Artículo 76.- Fallo condenatorio.

Parte VII. *De las Penas.*

- Artículo 77.- Penas aplicables.
- Artículo 78.- Imposición de la pena.
- Artículo 79.- Fondo fiduciario.
- Artículo 80.- El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.

Parte VIII. *De la Apelación y la Revisión.*

- Artículo 81.- Apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena.
- Artículo 82.- Apelación de otras decisiones.
- Artículo 83.- Procedimiento de apelación.
- Artículo 84.- Revisión del fallo condenatorio o de la pena.
- Artículo 85.- Indemnización del detenido o condenado.

Parte IX. *De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial.*

- Artículo 86.- Obligación general de cooperar.
- Artículo 87.- Solicitudes de cooperación: disposiciones generales.
- Artículo 88.- Procedimientos aplicables en el derecho interno.
- Artículo 89.- Entrega de personas a la Corte.

- Artículo 90.- Solicitudes concurrentes.  
 Artículo 91.- Contenido de la solicitud de detención y entrega.  
 Artículo 92.- Detención provisional.  
 Artículo 93.- Otras formas de cooperación.  
 Artículo 94.- Aplazamiento de la ejecución de una solicitud de asistencia con respecto a una investigación o un enjuiciamiento en curso.  
 Artículo 95.- Aplazamiento de la ejecución de una solicitud por haberse impugnado la admisibilidad de la causa.  
 Artículo 96.- Contenido de la solicitud relativa a otras formas de asistencia de conformidad con el artículo 93.  
 Artículo 97.- Consultas con la Corte.  
 Artículo 98.- Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega.  
 Artículo 99.- Cumplimiento de las solicitudes a que se hace referencia en los artículos 93 y 96.  
 Artículo 100.- Gastos.  
 Artículo 101.- Principio de la especialidad.  
 Artículo 102.- Términos empleados.

#### Parte X. *De la Ejecución de la Pena.*

- Artículo 103.- Función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad.  
 Artículo 104.- Cambio en la designación del Estado de ejecución.  
 Artículo 105.- Ejecución de la pena.  
 Artículo 106.- Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión.  
 Artículo 107.- Traslado una vez cumplida la pena.  
 Artículo 108.- Limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos.  
 Artículo 109.- Ejecución de multas y órdenes de decomiso.  
 Artículo 110.- Examen de una reducción de la pena.  
 Artículo 111.- Evasión.

#### Parte XI. *De la Asamblea de los Estados Partes.*

- Artículo 112.- Asamblea de los Estados Partes.

#### Parte XII. *De la Financiación.*

- Artículo 113.- Reglamento Financiero.  
 Artículo 114.- Pago de los gastos.  
 Artículo 115.- Fondos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes.  
 Artículo 116.- Contribuciones voluntarias.  
 Artículo 117.- Prorrateo de las cuotas.  
 Artículo 118.- Comprobación anual de cuentas.

#### Parte XIII. *Cláusulas Finales.*

- Artículo 119.- Solución de controversias.  
 Artículo 120.- Reservas.  
 Artículo 121.- Enmiendas.  
 Artículo 122.- Enmiendas a disposiciones de carácter institucional.  
 Artículo 123.- Revisión del Estatuto.  
 Artículo 124.- Disposición de transición.  
 Artículo 125.- Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.  
 Artículo 126.- Entrada en vigor.  
 Artículo 127.- Denuncia.  
 Artículo 128.- Textos auténticos.

Los antecedentes directos de la Corte son:

- a) El Tribunal Penal Internacional, en Nuremberg, Alemania, creado por los principales países aliados (Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas), al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en contra de los jerarcas nazis que sobrevivieron. Igualmente, en este proceso se declaró como criminales, con fundamento en los artículo 9 y 10 de los Estatutos del propio Tribunal, a las siguientes organizaciones: el Cuerpo de los Jefes Políticos del Partido Nacionalsocialista; Policía Secreta del Estado (Gestapo); Servicio de Seguridad del Reichsführer SS (SD); y las Secciones de Seguridad del Partido Nacionalsocialista de Trabajadores Alemanes (SS).

Es importe destacar que el Tribunal y el proceso de Nuremberg<sup>2</sup> que se instauró, fue resultado del “derecho de los vencedores”, toda vez que el Tribunal

<sup>2</sup> Cfr. BENTON, Wilbourn E. y GRIMM, Georg, *El juicio de Nuremberg desde el punto de vista Alemán* (Traducción de Juan M. Ochoa del original en inglés *Nuremberg. Germany Views of the War Trials*), 2a. edición, México, Constanca, 1961. FRANCO SODI, Carlos, *Racismo, antirracismo y justi-*

fue creado con posterioridad a los hechos que juzgó, ex profeso para el caso concreto y *ad hoc*. El argumento utilizado fue que Alemania y sus dirigentes, empezando por Adolfo Hitler,<sup>3</sup> habían faltado a compromisos internacionales y que no cumplieron las leyes y los usos de la guerra.

*cia penal. El tribunal de Nuremberg*, México, Botas, 1946. HEYDECKER, Joe. J. y LEEB, Johannes, *El proceso de Nuremberg* (Traducción de Victor Scholz del original en alemán *Der Nürnberger Prozess*, Colección Círculo Azul, Barcelona, Bruguera, 1962) y (Traducción Santiago Tamurejo de *Der Nürnberg Prozess*, 10a. edición, Barcelona, Bruguera, 1975). MATOS ESCOBEDO, Rafael, *La responsabilidad penal de las personas morales. Legislación mexicana y doctrina*. México, Botas, 1956. WHITLOCK PORTER, Carlos, *No culpable en el proceso de Nuremberg. Los argumentos de la defensa* (Traducción de *Not guilty at Nuremberg*). Barcelona, Asociación Cultural Ediciones Ojeda, 2002.

<sup>3</sup> Para un panorama general sobre Hitler y el nacional socialismo en Alemania, Vid. BERTHON, SIMON y POTTS, Joanna, *Amos de la guerra: 1939-1945. El corazón del conflicto* (Traducción de Víctor Aldea del original en inglés *Warlords. The Heart of conflict 1939-1945*), México, Destino, Diana, Colección Imago Mundi, Vol. 109, 2007. ; BURLEIGH, Michael, *El Tercer Reich. Una nueva historia* (Traducción de José Manuel Álvarez Flórez del original en inglés *The Third Reich: A New History*), México, Punto de lectura, 2007. FEST, Joachim C., *Hitler. juventud y conquista del poder*, Vol. 1 y *Hitler. el Führer*, Vol. 2, (Traducciones de Guillermo Raebel del original *Hitler: Eine Biographie*), Barcelona, Noguer, 1974. FRITZSCHE, Peter, *Vida y muerte en el Tercer Reich* (Traducción Luis Noriega del original en inglés *Life and Death in the Third Reich*), Barcelona, Crítica, 2011. GARRIGA, Ramón, *El ocaso de los dioses nazis*, Colección Documento, No. 23, Barcelona, Planeta, 2a. edición, 1982. GISEVIUS, Hans Bernd, *Adolf Hitler* (Traducción de Manuel Vázquez del original en alemán *Adolf Hitler*), Barcelona, Circulo de Lectores, 1966. GOLDHAGEN, Daniel Jonah, *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto* (Traducción de Jordi Fibla de original en inglés *Hitler's willing executioners*), México, Taurus, 2005. GRUNBERGER, Richard, *Historia social del Tercer Reich* (Traducción de Ester Donato del original en inglés *A Social History of the Third Reich*), Barcelona, Ariel, 2007. HEGNER, H. S., *El Tercer Reich* (Traducción de Antonio Tomás del original en alemán *Die Reichskanzlei von 1933 bis 1945*), Barcelona, Plaza y Janes, 1962. HEIBER, Helmut, VON KOTZE, H. y KRAUSNICK, H., *Hitler. habla el Führer* (Traducción de Antonio Tomas y Ángel Sabrido del original en alemán *Adolf Hitler. Es spricht der Führer*), El Arca de Papel, Barcelona, Plaza y Janes, 1973. HITLER, Adolf, *Mi lucha* (Traducción de C. E. Araluce del original en alemán *Mein Kampf*), México, Ed. México, 1971 y *Conversaciones sobre la guerra y la paz, 1942-1944* (Traducción de Alfredo Nieto), Barcelona, Luis de Caralt. KERSHAW, Ian, *Hitler, 1889-1936* (Traducción de José Manuel Álvarez Flórez del original en inglés *Hitler: 1889-1936. Hubris*), Barcelona, Península, Atalaya, 7a. edición, 2000; *Hitler, 1936-1945* (Traducción de José Manuel Álvarez Flórez del original en inglés *Hitler: 1889-1936. Némesis*), Barcelona, Península, Colfon, 7a. edición, 2000 y *El mito de hitler: imagen y realidad en el Tercer Reich* (Traducción de Tomás Fernández y Beatriz Eguibar del original en inglés *The Hitler Myth. Image and Reality in the Third Reich*), México, Paidós Mexicana, 2008. LEWIS KOEHL, Robert, *La SS. Su historia, 1919-1945* (Traducción de Gabriela Frisbie del original en inglés *The SS. A History, 1919-1945*), México, Grupo Editorial Tomo, 2006. LLORENS BORRÁS, José A., *Crímenes de guerra*. Barcelona, Acervo, 2a. edición, 1962. MCNAB, Chris, *Las SS, 1923-1945* (Traducción Ladislao Castellanos del original en inglés *The SS, 1923-1945*), Madrid, Libsa, 2010. NEITZEL, Sönke y WELZER, Harald, *Soldados del Tercer Reich. Testimonios de lucha, muerte y crimen* (Traducción de Gonzalo García del original en alemán *Soldaten. Protokolle vom Kämpfen, Töten und Sterben*), Barcelona, Crítica, 2012. PAYNE, Robert, *Vida y muerte de Adolf Hitler* (Traducción de Pilar Giralt Gorina del original en inglés *The life and death of Adolf Hitler*), Barcelona, Bruguera, 1974. READ, Anthony, *Los discípulos del diablo. el círculo íntimo de Hitler* (Traducción de Enrique Mercado del original en inglés *The devil's disciples: The lives and times of Hitler's inner circle*), México, Oceano, 2010. SANTORO, Cesare, *Socialismo Nacional contra Socialismo Internacional* (Traducción de José Hernández del original en alemán *Der Nationalsozialismus*), México, Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociales, 1972. SOLAR CUBILLAS, David, *Hitler y Alemania. El horror nazi (1933-1945)*, Biblioteca Básica de Historia, Madrid, Anaya, 2011. VITKINE, Antoine, *Mein Kampf. Historia de un libro* (Traducción Marco Aurelio Galmarini del original en francés *Mein Kampf. Histoire d'un livre*), Barcelona, Anagrama, 2011.

b) Los antecedentes más cercanos son el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia,<sup>4</sup> y el Tribunal Internacional para Rwanda.<sup>5</sup> Estos tribunales, al igual que el de Nuremberg, se crearon posteriormente a los hechos que juzgaron y exclusivamente para los casos específicos.

*Nadie incurre en delito empujado por el destino*

LUCIO ANNEO SENECA

### III. CONSIDERACIONES

*De nada sirven las leyes cuando se cela su observación  
y no se castiga a los delincuentes.*

Francisco Javier CLAVIERO

A continuación se señalan los artículos, en la parte conducente, que impiden a la Corte cumplir con la función, objetiva y real, de perseguir a los criminales internacionales. Igualmente, comentamos y proponemos lo que amerita reformarse para quitar esos obstáculos a la Corte.

#### Artículo 1. *La Corte.*

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

#### Comentario:

El carácter de la Corte es "complementario de las jurisdicciones penales internacionales", lo que implica que la Corte solo interviene cuando los tribunales nacionales no quieren o no pueden juzgar a un criminal internacional.

<sup>4</sup> Vid. Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991. Resolución 827 (1993), adoptada por el Consejo de Seguridad el 25 de mayo de 1993, modificada según resoluciones 1166 del 13 de mayo de 1998, 1329 del 30 de noviembre del 2000, y 1411 del 17 de mayo del 2002 del Consejo de Seguridad, en *Derecho de los conflictos armados. compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, Ricardo Méndez Silva y Liliana López Ortiz (Comps.), T. II., Serie Doctrina Jurídica, No. 162, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, pp. 1087 a 1101.

<sup>5</sup> Vid. Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda. Anexo a la Resolución 955 (1994), aprobada por el Consejo de Seguridad, en su 3453ª sesión, el 8 de noviembre de 1994, modificada según resoluciones 1165 del 30 de abril de 1998, 1329 (*sic*) del 5 de diciembre del 2000, y 1411 del 17 de mayo del 2002 del Consejo de Seguridad, en *Derecho de los conflictos armados... op. cit.*, pp. 1102 a 1114.

Es cierto que la Corte también tiene jurisdicción cuando un Estado juzga a un criminal internacional de manera que no resulte creíble y sea solo con la intención de sustraerlo a la competencia de la Corte, pero aun así, esto no le quita el carácter de tribunal subordinado a la actuación de los tribunales nacionales y, además, se entra en el terreno de las garantías procesales, como es el incumplimiento al principio penal universalmente aceptado de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Por lo tanto, para que la Corte alcance su verdadera función para la cual fue creada, se le debe dar una competencia independiente de los tribunales nacionales, de manera que pueda perseguir y juzgar criminales internacionales sin depender de lo que decidan las jurisdicciones de cada Estado.

*Artículo 5. Crímenes de la competencia de la Corte.*

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

*Comentario:*

La falta de definición de lo que es el tipo de "agresión", para efectos de la Corte, restringe su competencia, toda vez que mientras este crimen no sea descrito en la ley penal internacional, ninguna persona puede ser perseguida por dicha conducta. Lo anterior, en cumplimiento al principio, previsto en el Artículo 22 del propio Estatuto, de que "no hay crimen sin ley". Por lo tanto, deberá preverse exactamente como se comete el "crimen de agresión" y cuales son los elementos que lo integran.

*Artículo 16.- Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento.*

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

*Comentario:*

Esta es una de las deficiencias más graves de la Corte Penal Internacional y que la priva de independencia y autonomía. Al estar sujeta a las decisiones del Consejo de Seguridad para iniciar o suspender un procedimiento, la actuación de la Corte depende de las cuestiones políticas y diplomáticas que se dirimen en el Consejo de Seguridad, y de los intereses y factores de poder de los países más poderosos que integran el Consejo.

La Corte solo podrá cumplir verdaderamente su papel, cuando no se encuentre sujeta al Consejo de Seguridad, tenga autonomía y plena independencia para perseguir los crímenes internacionales.

*Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad.*

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su

administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

*Comentario:*

Este artículo sujeta a la Corte a las decisiones de los tribunales nacionales, aun cuando exista la excepción de que el Estado que sea competente, pretenda sustraer al probable criminal internacional de la jurisdicción de la Corte, caso en el cual la Corte podrá ejercer su competencia.

Para reforzar sus funciones debe establecerse que la Corte no estará sujeta a las decisiones de tribunales nacionales, sino que ejercerá su plena competencia sobre los criminales internacionales, sin importar su nacionalidad y sin importar el país en que se encuentren. Obviamente, esto implica una adecuación de fondo en el Derecho Internacional, pero sobre todo en la política internacional de muchos Estados, como Estados Unidos, que incluso se ha negado a firmar el Estatuto.

Artículo 18. *Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad.*

1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o el Fiscal inicie una investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, éste lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.
2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.
3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la inhibición o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.
4. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria.

5. Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas.
6. El Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia en virtud de este artículo, pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente.
7. El Estado que haya apelado una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en virtud del presente artículo podrá impugnar la admisibilidad de un asunto en virtud del artículo 19, haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias.

*Comentario:*

Aquí tenemos prevista, como en otros artículos del Estatuto, la subordinación de la Corte a los Estados, a las jurisdicciones nacionales. Es cierto que la Sala de Cuestiones Preliminares podrá autorizar la continuación de una investigación, a pesar que el Estado respectivo se niegue, pero abrir esta excepción no quita el carácter de subordinación con que actúa la Corte en gran parte de sus atribuciones.

Es necesario, para perseguir de manera eficaz a los criminales internacionales, que la Corte no dependa para iniciar una investigación de la decisión de Estado. Teniendo plena autonomía sus funciones serán ejercidas de manera independiente, sin que deba estar sujeta a los vaivenes de la política internacional.

Artículo 29. *Imprescriptibilidad.*

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

*Comentario:*

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales va en contra de la seguridad jurídica. En la dogmática penal moderna es impensable que se tenga la facultad permanente de perseguir a un delincuente, por graves que hubieren sido los delitos que cometió. Esta misma consideración debe aplicarse al Derecho Penal Internacional. Existen casos donde el delito no prescribe, pero no se debe a una decisión voluntarista del legislador, sino por razones técnicas jurídicas, y esas mismas son las que deben aplicarse en los crímenes internacionales competencia de la Corte, puesto que se debe orientar a ser un tribunal de derecho.

Los delitos pueden consumarse de manera instantánea, continuada y permanente o continua. En el delito instantáneo se consuma en un solo instante, integrándose todos los elementos del tipo, aun cuando pueda tener o no efectos permanentes. En el delito continuado existe unidad de intención y de bien jurídicamente tutelado, aun cuando la consumación se realice con intervalos de tiempo. Mientras que en el delito permanente o continuo, se consuma en un instante y su consumación se prolonga indefinidamente en el tiempo; es el caso del delito de secuestro o privación ilegal de la libertad, y llevado el ejemplo a los crímenes internacionales competencia de la Corte, es el crimen de desaparición forzada de personas. En este caso se justifica plenamente la imprescriptibilidad, toda vez que el delito nunca termina la fase de ejecución, hasta que aparezca el desaparecido.

Artículo 53.- *Inicio de una investigación.*

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;
- b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o
- c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3.

- a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder

a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

- b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.
4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.

*Comentario:*

El hecho de que el fiscal tenga facultades para decidir que una investigación no debe iniciarse o, una vez iniciada, que no debe enjuiciarse, porque “no redundaría en interés de la justicia”, implica una subjetividad que no debe existir en un tribunal y menos en un tribunal como la Corte, encargada de perseguir, juzgar y sancionar crímenes tan graves como los internacionales. El ejercicio de las facultades del Fiscal no debe hacerse dejando esos márgenes de maniobra, tan indefinidos que van en contra de la seguridad jurídica. El Fiscal no decide que puede hacer, sino que debe hacer lo que le ordena la Ley Penal Internacional.

En el nuevo sistema penal mexicano, el acusatorio oral, esta facultad del fiscal se denomina “principio de oportunidad”.

Se deberá suprimir esta facultad del Fiscal en la Corte Penal Internacional, para que en todos los casos donde exista fundamento suficiente para procesar, así se haga, sin hacer valoraciones subjetivas como que “no redundaría en interés de la justicia”.

Artículo 55.- *Derechos de las personas durante la investigación.*

1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto:

- a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
- b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;
- c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y
- d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con

lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio:

- a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;
- b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;
- c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y
- d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

#### *Comentario:*

El hecho de que el defensor de oficio solo se asigne “cuando fuere necesario en interés de la justicia” o que el acusado pueda renunciar a tener defensor, implica un incumplimiento de las normas más elementales en materia procesal penal internacional. En este caso, el acusado puede quedar sin ninguna defensa, lo cual además, va en contra de la presunción de inocencia.

Estas consideraciones del Estatuto están hechas de manera que podría pensarse en un “derecho penal del enemigo”. Sin embargo, para que lo anterior exista, no solo deben restringirse las garantías procesales, como parece ser el caso, sino que también deberán reunirse los siguientes requisitos:

- a) Aun los actos preparatorios, en la secuela delictiva, se sancionan.
- b) Se aplican penas desproporcionadas.
- c) Se plantea al procedimiento penal como una guerra contra el criminal.
- d) Aun cuando no se afecte el bien jurídicamente, se aplican sanciones.

Lo que deberá hacerse es modificar el Estatuto, para darle al acusado el derecho de defensa, irrenunciable y de la manera más extensa posible.

#### *Artículo 59.- Procedimiento de detención en el Estado de detención.*

1. El Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la Parte IX del presente Estatuto.
2. El detenido será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si, de conformidad con el derecho de ese Estado:
  - a) La orden le es aplicable;
  - b) La detención se llevó a cabo conforme a derecho; y
  - c) Se han respetado los derechos del detenido.

3. El detenido tendrá derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega.
4. Al decidir la solicitud, la autoridad competente del Estado de detención examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte. Esa autoridad no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 58.
5. La solicitud de libertad provisional será notificada a la Sala de Cuestiones Preliminares, que hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona.
6. De concederse la libertad provisional, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá solicitar informes periódicos al respecto.
7. Una vez que el Estado de detención haya ordenado la entrega, el detenido será puesto a disposición de la Corte tan pronto como sea posible.

#### *Comentario:*

Se reafirma con estas disposiciones, la subordinación de la Corte ante los tribunales y autoridades nacionales. Como le hemos dicho, todo esto menoscaba la independencia de la Corte y repercute en el adecuado cumplimiento de sus funciones.

#### *Artículo 75.- Reparación a las víctimas.*

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.
2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.
3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.
4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.
6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

*Comentario:*

La víctima no ejerce un derecho ante la Corte, su intervención es complementaria de hechos generales que son los que juzga la Corte. Puede o no haber participación de las víctimas, y el proceso ante la Corte sigue su desarrollo conforme a las Reglas de Procedimiento y Prueba que se señalen (artículo 51 del Estatuto de Roma).

La esencia de la Corte es sancionar los crímenes de su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, cuando se defina, el crimen de agresión), pero la participación de las víctimas no es esencial en el proceso. Incluso, puede emitirse una sentencia sin que se haga una condena específica a la reparación a las víctimas, aún cuando es obvio que en los hechos que se hubieren juzgado hubo víctimas, que pueden ser de cientos de miles.

La reparación a las víctimas (incluyendo restitución, indemnización y rehabilitación), podrá ser realmente efectiva cuando la esencia de un proceso ante la Corte o ante un órgano similar internacional, sea precisamente ese: procurar, en lo posible, hacer justicia a las víctimas.

Artículo 87. *Solicitudes de cooperación: disposiciones generales.*

1.
  - a) La Corte estará facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes. Éstas se transmitirán por vía diplomática o por cualquier otro conducto adecuado que haya designado cada Estado Parte a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.  
Cada Estado Parte podrá cambiar posteriormente esa designación de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.
  - b) Cuando proceda, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), las solicitudes podrán transmitirse también por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal o de cualquier organización regional competente.
2. Las solicitudes de cooperación y los documentos que las justifiquen estarán redactados en un idioma oficial del Estado requerido, o acompañados de una traducción a ese idioma, o a uno de los idiomas de trabajo de la Corte, según la elección que haya hecho el Estado a la fecha de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.  
El Estado Parte podrá cambiar posteriormente esa elección de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.
3. El Estado requerido preservará el carácter confidencial de toda solicitud de cooperación y de los documentos que las justifiquen, salvo en la medida en que su divulgación sea necesaria para tramitarla.

4. Con respecto a las solicitudes de asistencia presentadas de conformidad con la presente Parte, la Corte podrá adoptar todas las medidas, incluidas las relativas a la protección de la información, que sean necesarias para proteger la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares. La Corte podrá solicitar que toda información comunicada en virtud de la presente Parte sea transmitida y procesada de manera que se proteja la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares.

5.
  - a) La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente Parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.
  - b) Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.
6. La Corte podrá solicitar de cualquier organización intergubernamental que le proporcione información o documentos. Asimismo, la Corte podrá solicitar otras formas de cooperación y asistencia que se hayan acordado con cualquiera de esas organizaciones, de conformidad con su competencia o mandato.
7. Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

*Comentario:*

Conforme a lo previsto en el último párrafo de este artículo, la actuación de la Corte queda sujeta a la negativa de un Estado, lo que implica, como lo hemos mencionado, el menoscabo en las facultades de la Corte y su disminución como tribunal internacional.

La Corte deberá tener las facultades suficientes para iniciar una investigación, procesar y juzgar, sin necesidad del apoyo de los Estados. En caso de la negativa de alguno de ellos, para cumplir una resolución de la Corte podrá acudir a las acciones coactivas previstas en el Derecho Internacional.

*Saber lo que es justo y no hacerlo, es la peor de las cobardías.*

CONFUCIO

## V. CONCLUSIONES

*Es dado al hombre, señor, atacar los derechos ajenos, apoderarse de sus bienes, atentar contra la vida de los que defienden su nacionalidad, hacer de sus virtudes un crimen y de los vicios propios una virtud; pero hay una cosa que está fuera del alcance de la perversidad, y es el fallo tremendo de la Historia.*

Benito JUÁREZ

PRIMERA. La Corte Penal Internacional no tiene las facultades suficientes para cumplir su objeto, consistente en la persecución y castigo de criminales internacionales, toda vez que está sujeta a cuestionamientos políticos y al consejo de Seguridad de la ONU.

SEGUNDA. La Corte no le da un papel esencial a las víctimas de los crímenes internacionales, sino que son complementarias y subsidiarias a la persecución de los criminales internacionales, puesto que el procedimiento no está diseñado para proteger a las víctimas y reparar el daño causado, sino para sancionar a los criminales.

Consecuencia de lo anterior, se hacen las PROPUESTAS siguientes:

1. Deberá reformarse el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para darle independencia y autonomía como un verdadero tribunal de derecho.
2. Deberá establecerse un proceso que tengo como objeto proteger a las víctimas de crímenes internacionales y reparar el daño que se les hubiere causado.

*La única guía de un hombre es su conciencia; el único escudo frente a sus recuerdos es la rectitud y la sinceridad de sus acciones. Es muy imprudente caminar por la vida sin ese escudo, pues a menudo nos engañan la frustración de nuestras esperanzas y el fracaso de nuestros cálculos; pero con ese escudo, al margen de las jugarretas del destino, avanzamos siempre en las filas del honor.*

Winston CHURCHILL

# BIOTECNOLOGÍA Y PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN HUMANO: AVANCES EN EL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>

Ana M. CARMONA CONTRERAS\*

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-364/13, el 18 de diciembre de 2014,<sup>2</sup> que responde a la cuestión prejudicial planteada por la *High Court of Justice (England & Wales), Chancery Divison (Patent Court)*, en el curso del procedimiento incoado por la empresa *International Stem Cell Company* contra la decisión del *Comptroller General of Patens, Designs and Trade Marks* denegando el registro de determinadas patentes referidas a células embrionales humanas, marca un nuevo y sustancial hito en el ámbito de la regulación jurídica de las invenciones biotecnológicas y más concretamente en la siempre ardua tarea de determinar el concepto de “embrión humano” (objeto directo de la cuestión presentada). Tomando como referente inmediato el canon interpretativo establecido por el propio TJUE cuatro años atrás en el caso *Brüstle*,<sup>3</sup> hasta ahora *leading case*

\* Catedrática Acreditada de Derecho Constitucional Universidad de Sevilla, España.

<sup>1</sup> Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad “Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: De la Carta de DDFD a las Constituciones, pasando por el CEDH” (DER2013-41303-P).

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-364/13, *International Cell Stem Corporation* contra *Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/2010, *Oliver Brüstle* contra *Greenpeace eV*.

en la materia (dada su condición de única resolución en la que se abordaba tal cuestión conceptual), el actual fallo va a llevar a cabo un nuevo entendimiento en virtud del cual ya no se entienden incluidos en la noción de embrión humano a los partenotes, esto es, a los óvulos no fecundados estimulados mediante partogénesis para dividirse y desarrollarse. Los efectos anudados a tal consideración revisten una indudable relevancia, puesto que viene a excluir la obtención de patentes relativas a invenciones, en las que se hayan utilizado partenotes del radio de prohibición acotado en el Artículo 6 de la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en el que “las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales” (apartado 2.c) se presentan como caso específico de invención cuya explotación comercial resulta “contraria al orden público y la moral” (apartado 1).<sup>4</sup>

Teniendo presente la novedad conceptual referida, el presente trabajo se propone llevar a cabo una lectura en clave estrictamente jurídica<sup>5</sup> de la jurisprudencia emanada por el TJUE en la materia, procediendo a confrontar las diferentes visiones que de la misma se han sostenido en los dos casos en los que ha tenido que abordar la noción de embrión humano. Todo ello, movidos por un objetivo fundamental: poner de manifiesto la dimensión cualitativa inherente a la resolución de 2104, que permite abrir nuevas perspectivas a la explotación comercial (*sic.* patentabilidad) en el campo de las invenciones biotecnológicas relativas a las células madre embrionarias. A tal efecto, llevaremos a cabo un recorrido expositivo de los hechos de los que trae causa la actual sentencia, prestando un particular interés a aquellas circunstancias que van a resultar determinantes a la hora de impulsar el cambio del paradigma interpretativo aplicado por los jueces del Luxemburgo a raíz del caso Brüstle. ¿Qué ha cambiado desde entonces que justifique el abandono de la postura entonces asumida? ¿Cuáles y qué índole presentan los elementos novedosos que fundamentan dicho cambio? Y, sobre todo, ¿dichas novedades presentan la suficiente entidad para justificar el salto cualitativo producido en un terreno tan sensible como el aludido?

<sup>4</sup> El Considerando 37 de la Directiva se refiere expresamente a esta exigencia afirmando que: “se debe insistir sobre el principio que obliga a excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público y a la moral”.

<sup>5</sup> A este respecto, asumimos lo expuesto en las Conclusiones presentadas por el Abogado General Yves Bot, el 10 de marzo de 2011, en el Asunto C-34/10, en cuyo apartado 47 se manifestaba en los siguientes términos: “sólo los análisis jurídicos efectuados sobre la base de datos científicos objetivos y probados pueden fundamentar una solución que pueda ser admitida por el conjunto de los Estados Miembros”.

## II. EL CASO ISCO: ELEMENTOS PRINCIPALES DE LA CONTROVERSIA

Como ya se ha adelantado, la sentencia objeto de análisis trae causa de la cuestión prejudicial que presenta la *High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patent Court)* (High Court) al TJUE en el marco del procedimiento impugnatorio que presentó la empresa *Stem Cell Company* (ISCO) contra la decisión del *Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (Comptroller) que denegó las siguientes solicitudes de registro:

1. GB0621068.6, “Activación partenogenética de ovocitos para producir células madre embrionarias humanas”, que reivindica procedimientos de producción de líneas de células madre humanas pluripotentes a partir de ovocitos activados mediante partenogénesis y líneas de células madre producidas con arreglo a los procedimientos reivindicados.
2. GB0621069.2, “Córnea sintética de células madre de la retina”, reivindicando procedimientos de producción de córnea sintética o tejido de la córnea, consistentes en aislar células madre pluripotentes a partir de ovocitos activados mediante partenogénesis, así como la córnea sintética o tejido de la córnea producidos con arreglo a dichos procedimientos.

En ambos casos, el Comptroller consideró pertinente la aplicación de la doctrina Brüstle al caso, puesto que las dos solicitudes presentadas por ISCO incluyen el uso de ovocitos activados mediante partogénesis que, según dispuso el TJUE en dicho caso, se consideran incluidos en el concepto de embrión humano y, por lo tanto, excluidos de investigaciones destinadas a usos comerciales e industriales. No obstante, y a pesar de la denegación, el Comptroller no dejó de llamar la atención sobre un aspecto que también será aludido por otros sujetos participantes en el proceso incoado ante los jueces de Luxemburgo y que a la luz de la resolución final del caso se revelará como esencial: Con toda cautela, dicho órgano puso de manifiesto que la consideración de los partenotes como embriones humanos, por parte de la sentencia Brüstle, se basó en las observaciones escritas remitidas entonces, las cuales *pusieron de forma inexacta el marco científico y técnico relativo a la partogénesis*.<sup>6</sup> ISCO, por su parte, en el recurso presentado ante la High Court rechazando la denegación previa, sostuvo un razonamiento coincidente en cuanto a la sustancia de la duda manifestada por el Comptroller, alegan-

<sup>6</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-364/13, apartado 16.

do que los organismos excluidos de patentabilidad por la sentencia Brüstle únicamente son aquellos que denotan aptitud para iniciar el proceso de desarrollo que culmina en un ser humano, sin que quepa inferir tal cualidad de los partenotes.<sup>7</sup>

Planteadas la controversia, en estos términos ante la *High Court*, ésta soslayará la referencia explícita al posible error en la apreciación formulada por el TJUE en Brüstle, circunscribiendo sus consideraciones al terreno de la constatación científica. Así queda de manifiesto cuando al aproximarse a la cuestión nuclear suscitada en el recurso afirma a modo de premisa fundamental que:

A tenor de los conocimientos científicos actuales, los partenotes de mamíferos no pueden desarrollarse a término debido a que, a diferencia de un óvulo fecundado, carecen de ADN paterno, necesario para el desarrollo de tejido embrionario. En cuanto a los partenotes humanos... se ha demostrado que sólo pueden desarrollarse hasta el estadio de blastocito, al cabo de unos cinco días aproximadamente.<sup>8</sup>

El dato esencial que predetermina la cuestión abordada y que la *High Court* sitúa en primera línea es que, para que el proceso de desarrollo del óvulo culmine con su conversión final en un ser humano, se requieren células totipotentes y no sólo pluripotentes, algo que el Tribunal de Justicia Europeo no consideró expresamente en la resolución de Brüstle. Dado que los óvulos estimulados por partogénesis cuentan únicamente con éstas últimas y no con aquéllas, el desarrollo y la división celular que experimentan los partenotes no culminará con un ser humano. A la luz de tal constatación científica, el tribunal de apelación británico sostiene que excluir de patentabilidad a estos organismos, manteniendo inalterada la doctrina Brüstle, no se cohonestan con los objetivos que inspiran la Directiva 98/44, buscando garantizar el equilibrio entre el fomento de dicha investigación mediante el Derecho de Patentes y el respeto de la dignidad y la integridad de las personas humanas.<sup>9</sup>

Asistido por tan sólidas consideraciones de fondo, la cuestión prejudicial interpretativa presentada ante el TJUE, acota de forma clara y concisa los márgenes del debate planteado, formulándose en los siguientes términos:

¿Están comprendidos en la expresión "embriones humanos" contenida en el artículo 6.2.c de la Directiva 98/44... los óvulos humanos no fecundados que han sido estimulados mediante partogénesis para que se dividan y sigan desarrollándose y que,

<sup>7</sup> *Ibidem*, apartado 15.

<sup>8</sup> *Ibidem*, apartado 17.

<sup>9</sup> *Ibidem*, apartado 18.

a diferencia de los óvulos fecundados, sólo contienen células pluripotentes y no son aptos para convertirse en seres humanos?<sup>10</sup>

Los términos en los que se formula la duda apuntan ya de entrada hacia la necesidad de un cambio en la jurisprudencia del Tribunal que, sin embargo, aparecen revestidos de una sutil deferencia expositiva. Porque, si en la primera parte de la pregunta planteada, la *High Court* toma como punto de partida la concepción avalada en Brüstle con respecto a los partenotes, inmediatamente a continuación la cuestiona, haciendo hincapié en dos circunstancias directamente anudadas entre sí e imposibles de obviar: por un lado, la única presencia de células pluripotentes en dichos organismos y por otro, la consecuente ausencia de capacidad para convertirse en seres humanos, por parte de los mismos que de ello se deriva.

A continuación, nos dedicaremos a la exposición de los principales hitos argumentales esgrimidos en Brüstle, en tanto que paso previo necesario que nos permitirá pasar, seguidamente, contrastarlos con los utilizados en ISCO, valorando de forma adecuada sus consecuencias.

### III. DE BRÜSTLE A ISCO: DÓNDE DIJE "DIGO" AHORA DEBO DECIR "DIEGO"

#### 1. Consideraciones previas en torno al ámbito de aplicación de la Directiva 98/44

De entrada, debe tenerse muy presente que la normativa europea no tiene como finalidad inmediata la regulación del uso de embriones humanos, en la investigación biotecnológica en cuanto tal. Su objetivo, aún siendo ambicioso, se afirma más limitado, puesto que aparece orientado al establecimiento de un marco común, de protección jurídica de las invenciones, que afecten a la materia viva y que ha de ser aplicado por todos los Estados miembros (artículo 1.1 Directiva).<sup>11</sup> Dicha regulación se justifica por la necesidad de impulsar y mantener la inversión en el ámbito de la biotecnología y responder a las exigencias derivadas de la necesaria unidad del mercado interior,<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Cursiva nuestra.

<sup>11</sup> "Los Estados miembros protegerán las invenciones biotecnológicas mediante el Derecho nacional de patentes. Los Estados miembros adaptarán su Derecho nacional de patentes, si fuere necesario, para tener en cuenta lo dispuesto en la presente Directiva".

<sup>12</sup> El Considerando 5 de la Directiva se refiere expresamente a esta circunstancia, al constatar la existencia de "divergencias en el ámbito de la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas".

aunque sin perder de vista el necesario equilibrio entre la investigación y la dignidad e integridad de las personas.<sup>13</sup> A este respecto, no cabe perder de vista que, si bien, el necesario respeto que las invenciones biotecnológicas deben mantener con relación a tan esenciales derechos fundamentales, se perfila como una precondition inexcusable, tal necesidad no va a articularse expresamente como canon hermenéutico a la hora de regular la cuestión en sede normativa, ni tampoco en el discurso argumental utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión.<sup>14</sup> Lo cual, no puede interpretarse como ausencia de tal deber o desconocimiento de su dimensión inalienable. Antes bien, la presencia de tales derechos fundamentales, así como de la Carta de la Unión en la que éstos se recogen<sup>15</sup> resultan determinantes para la precomprensión del tema, impregnando de forma implícita, el planteamiento de fondo que subyace tanto a las disposiciones legislativas, como a la interpretación que de las mismas lleva a cabo el TJUE.<sup>16</sup>

Centrándose en la regulación del derecho de patentes, en el ámbito de la biotecnología y tomando dicha normativa como referente inmediato, el Tribunal de Justicia, ya desde la sentencia Países Bajos contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea,<sup>17</sup> vino a afirmar *taxativamente*

entre las legislaciones y prácticas de los Estados miembros” y estimando “que tales disparidades podrían ocasionar obstáculos a los intercambios y, por consiguiente, entorpecer el funcionamiento del mercado interior”.

<sup>13</sup> Así se manifiesta el Considerando 16 de la Directiva, afirmando que El Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas”.

<sup>14</sup> Únicamente la sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de octubre de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, apartado 70 va aludir explícitamente a la conexión existente entre la regulación de la Directiva 98/44 y el respeto de los derechos fundamentales a la dignidad y la integridad de las personas.

<sup>15</sup> El artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. Por su parte, en el artículo 3 de la Carta se aborda la integridad humana, quedando establecido lo siguientes: “1) Toda persona tiene derecho a la integridad física y psíquica; 2) En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas; c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

<sup>16</sup> M. CARTABIA, “La escritura de los derechos fundamentales en Europa y los poderes de los jueces”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Vol. 73 (I), 2005, p. 65, habla de “una presencia silenciosa y no explicitada”.

<sup>17</sup> En dicha resolución, el tribunal resolvió un recurso de anulación interpuesto por los Países Bajos contra la Directiva. Diversos fueron los motivos en los que los recurrentes basaron la pretensión de nulidad de un destacado número de preceptos contenidos en la misma: a) ausencia de competencia de la Unión para regular la materia; b) vulneración del principio de subsidiariedad; c) vulneración del principio de seguridad jurídica; d) Incompatibilidad de las obligaciones que impone la normativa europea a los Estados miembros con las obligaciones internacionales contraídas por éstos en la materia; e) violación de la dignidad humana derivada del supuesto de patentabilidad de elementos aislados del

que la aproximación de legislaciones entre los Estados miembros que la misma incorpora, no constituye “un objetivo incidental o complementario sino su propia esencia”.<sup>18</sup> Así se infiere directamente del tenor literal del artículo 1.1 de dicha normativa, en donde se contempla la exigencia de que el derecho nacional de patentes se adapte, cuando sea necesario, a lo previsto por la Directiva.<sup>19</sup>

Por otra parte, también ha de recordarse que el marco jurídico definido a nivel comunitario, se incardina de forma armónica y coexiste con el entramado de normas internacionales que, con carácter precedente, han procedido a establecer regulaciones específicas en esta materia. Así se contempla por la Directiva 98/44 cuando dispone que lo previsto en su texto “no afectará a las obligaciones de los Estados miembros que se derivan de las obligaciones internacionales y, en particular, del Acuerdo ADPIC y del convenio sobre la diversidad biológica” (Artículo 1.2). Estamos pues, ante un contexto regulador de carácter complejo, presidido por una decidida voluntad de integración, en el que las diversas piezas configuradoras se asientan sobre la base de un sustrato que es común.

Exigencia inmediata que se deriva del espíritu armonizador, que inspira la Directiva 98/44 es la necesidad de erigir una serie de barreras excluyentes en el terreno de lo patentable operativas en el espacio comunitario. En tal sentido, dos son los preceptos de la normativa europea, que merecen ser objeto de una atención preferente. Se trata precisamente aquellos en los que se establece una secuencia previsiones en donde, a modo de cara y cruz, encontramos exclusiones a la patentabilidad y, asimismo, excepciones a las mismas.

Procedemos a continuación a analizar dicha secuencia, empezando por la previsión de cabecera, en la que se aborda la definición del objeto no patentable y que, consecuentemente, condiciona con carácter general el restante discurso normativo. Se trata del artículo 5.1 en donde se dispone de forma taxativa que:

cuerpo humano, equivalente a una instrumentalización de la materia viva; f) vicios sustanciales de forma en la adopción de la propuesta de Directiva adoptada por la Comisión

<sup>18</sup> *Ibidem*, apartado 28.

<sup>19</sup> Es importante no perder de vista que la protección jurídica establecida por la Directiva 98/44 se basa en la voluntad de armonizar legislaciones nacionales y no en una intención de sustituir a las mismas. Tal actitud de respeto es objeto de un ulterior reforzamiento, afirmándose “que dicho Derecho nacional de patentes sigue siendo la referencia básica para la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, dando por sentado que ha de ser completado o adaptado en determinados aspectos específicos para tener en cuenta de forma adecuada la evolución de la tecnología que, aunque utiliza materia biológica, cumple, sin embargo, las condiciones de patentabilidad”.

El cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, *no podrán constituir invenciones patentables*.<sup>20</sup>

La lectura del precepto resulta esclarecedora en sí misma, puesto que denota la asunción de una visión omnicomprendiva del cuerpo humano, tomándolo en consideración, no sólo por que este independiente una vez nacido. Junto a tal supuesto (por lo demás, indiscutible), también resultan incluidos “los diferentes estadios de su constitución y desarrollo” que son previos al nacimiento. De esta forma, viene a erigirse un sólido dique de contención en materia de patentabilidad, si bien no perdiendo de vista que lo que prohíbe la normativa, no es la investigación en sí misma sino, antes bien, su reconocimiento jurídico por el Estado, a través del registro de una patente. La solidez de la cláusula excluyente, que entronca directamente con el respeto principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas, que están en base de la Directiva 98/44,<sup>21</sup> sin embargo, no es óbice para incorporar una referencia que sitúa extramuros del concepto de cuerpo humano, y por lo tanto, accesible a la consideración de patentabilidad, a sus elementos configuradores aisladamente considerados. Así se comprueba en el apartado 2 del artículo, al establecerse que:

Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

De esta forma, frente a la cláusula general del entendimiento integral del cuerpo, que impide ser patentado, se alza un enfoque específico que alberga una suerte de visión *deconstruida* del mismo, que no merece reprobación en términos jurídicos. La incógnita fundamental a despejar, será determinar cuándo estamos ante un elemento aislado, que no podrá dar lugar a un ser humano y cuándo ante un estadio de su desarrollo. Pero no nos adelantemos y sigamos adelante con el análisis normativo propuesto.

No terminan aquí las prevenciones del legislador comunitario e inmediatamente a continuación establecerá en el Artículo 6 un círculo adicional de cautelas normativas destinadas a aplicarse en el terreno de las invenciones patentables. Se trata, obviamente, de límites que éstas han de respetar en todo

<sup>20</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>21</sup> Así se recoge expresamente en el considerando 16 de la Directiva.

caso y que en modo alguno pueden ser desconocidos a la hora de obtener la patente requerida. En la regulación de tan sensible cuestión, el Artículo 6 adopta una perspectiva compleja que se desgrana a través de sus apartados 1 y 2. Mientras que el primero incorpora una previsión genérica que prohíbe patentar “las invenciones, cuya explotación comercial sea contraria al orden público y la moral”,<sup>22</sup> el segundo, adopta una perspectiva específica y casuística, ofreciendo una serie de supuestos concretos que no se considerarán susceptibles de ser patentados en todo caso por vulnerar dichos principios:

- a) los procedimientos de clonación de seres humanos; b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano; c) las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales; d) los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos.

Es importante hacer alusión al entendimiento que el TJUE mantiene en torno a la denominada cláusula de moralidad, así como la aproximación normativa que adopta el Artículo 6 de la Directiva, puesto que la misma resulta esencial a la hora de trazar la línea que separa lo patentable de lo que no lo es. A este respecto, la aportación fundamental al tema se encuentra recogida en la Sentencia Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo UE. En dicha resolución, se rechazó la consideración defendida por el recurrente, en cuya opinión los términos “generales y equívocos” utilizados por el Artículo 6.1 de la Directiva resultaban contrarios al principio de seguridad jurídica, confiando a las autoridades de los Estados miembros competencias discretivas en la tarea de concretarlos.<sup>23</sup> El Tribunal va a admitir la existencia de un “amplio margen de maniobra” a favor de las autoridades estatales, justificando que el mismo es

necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro, contexto para cuya comprensión las autoridades nacionales, legislativas, administrativas y judiciales, se encuentran mejor situadas que las autoridades comunitarias.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Las normas internacionales que regulan esta materia incorporan previsiones similares a la cláusula de orden público y moralidad recogida por la Directiva. Así, los Artículos 27.2 del Acuerdo ADPIC y el 53.a) del Convenio sobre concesión de patentes europeas de 1973, cuyo contenido fue modificado por el Acta de Revisión de 29 de noviembre de 2000.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea, de 9 de octubre de 2001, Asunto C-377/98, apartado 37.

<sup>24</sup> *Idem*, apartado 38.

Ahora bien, como contrapunto a tal facultad, el Tribunal hará referencia inmediatamente a continuación al carácter no discrecional de la misma. Para ello, no tiene más que tomar en consideración los límites expresamente previstos por el precepto impugnado.<sup>25</sup> Desde esta perspectiva, se trae a colación en primer término el inciso final del apartado 1 Artículo 6, en el que se precisa que “la explotación comercial de una invención no puede considerarse contraria al orden público o a la moralidad por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria”. A modo de sustancial reforzamiento, la ejemplificación de procedimientos y utilizaciones no patentables, que se contiene en el apartado segundo del mismo precepto, se perfila como una suerte de “guía”<sup>26</sup> o herramienta de carácter orientativo y no exhaustivo (según reza expresamente en el Considerando 38 de la Directiva),<sup>27</sup> que ha de ser tomado en consideración por los jueces y a las oficinas nacionales de patentes “para la aplicación de los conceptos de que se trata”.<sup>28</sup>

No estamos, pues, ante la afirmación de un concepto de orden público europeo de orden general, algo ciertamente difícil en el contexto de pluralidad que al respecto se constata en los Estados miembros,<sup>29</sup> sino ante la expresión de lo que el Abogado General Cruz Villalón ha denominado en las Conclusiones presentadas al caso ISCO, una “zona prohibida a la patentabilidad”

<sup>25</sup> En un sentido similar se pronunciará el TJUE en su sentencia de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/2010, Oliver Brüstle contra Greenpeace V, apartado 29, al afirmar que “contrariamente al Artículo 6, apartado 1 de la Directiva, que otorga a las autoridades administrativas y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un amplio margen de apreciación en la ejecución de la patentabilidad de las invenciones cuya explotación sea, en principio, contraria al orden público y la moralidad, el apartado 2 de dicho artículo no reserva a los Estados ningún margen de apreciación en lo que atañe a la no patentabilidad de los procedimientos y las utilizaciones que en él se mencionan”.

<sup>26</sup> Guía que como bien apunta el apartado 39 de la sentencia Países Bajos, Asunto C-377/98, resulta “desconocida en la regulación del derecho general de patentes”. Confirma tal consideración el hecho de que tras la modificación en el año 2000 del Convenio de Munich, la nueva redacción del Artículo 53.a) se vio acompañada por una importante reforma de su Reglamento de Ejecución (aprobada el 12 de diciembre de 2002 por el Consejo de Administración de la Oficina Europea de Patentes), como consecuencia de la cual, el contenido de la regla 23 d) (en la actualidad, regla 28), precisamente referida a las excepciones a la patentabilidad de invenciones biotecnológicas, vino a incorporar el contenido del Artículo 6.2 de la Directiva.

<sup>27</sup> La sentencia del Asunto C-377/98 no va más allá ni alude expresamente a dicho considerando, cuyo contenido no sólo afirma expresamente el carácter no exhaustivo de la lista de ejemplos contenida en el Artículo 6.2 sino que además incorpora una referencia expresa a que el límite último a la patentabilidad es la dignidad humana y aporta, asimismo, un ejemplo concreto en tal sentido, a saber, “los procedimientos para crear híbridos de seres vivos a base de mezclas de células germinales o totipotentes de personas y animales, deberá, evidentemente, también quedar excluidos de patentabilidad”.

<sup>28</sup> *Ibidem*, apartado 39.

<sup>29</sup> Sobre las dificultades inherentes a la conceptualización de un orden público europeo, vid. por todos, L. Escajedo San Epifanio, “El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones constitucionales de la Sentencia TJUE Brüstle v Greenpeace (Asunto C-34/10), en *Revista General de Derecho Europeo*, No. 17, 2012, pp. 697-703.

que viene a expresar la existencia de un “consenso mínimo en el ámbito de la Unión entre todos los Estados miembros, en términos jurídicos, sobre qué invenciones no pueden considerarse patentables basándose en el orden público y la moralidad”.<sup>30</sup>

Sentadas los cimientos que marcan los márgenes últimos de referencia en los que la patentabilidad de invenciones biotecnológicas queda circunscrita, la siguiente cuestión a dirimir nos conduce ya directamente al núcleo central, esto es, qué ha de entenderse por embrión humano.

## 2. El concepto de embrión humano definido en el caso Brüstle: Una primera aproximación

La incógnita relativa a qué ha de entenderse por embrión humano fue directamente formulada al TJUE por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), mediante una cuestión prejudicial de carácter interpretativo. No entraremos en la exposición pormenorizada de los hechos, limitándonos a señalar que dicho órgano debía resolver el recurso presentado por el señor Brüstle, contra la revocación de la patente registrada que siguió a la sentencia estimatoria dictada por el Tribunal Federal de Patentes (*Bundespatentgericht*), en la que se acogió parcialmente la impugnación presentada por la asociación Greenpeace vE, considerando que la referida invención<sup>31</sup> viola la Ley de Patentes alemanas, en su versión de 2005, al utilizar células progenitoras obtenidas a partir de células madre embrionarias humanas. Planteada así la cuestión, consideró el Alto Tribunal germano que la resolución del caso dependía de la interpretación que debiera darse a la Directiva 98/44, muy señaladamente en lo que se refiere al ámbito de prohibición definido por su Artículo 6.2 c) en torno al embrión humano. La magnitud de la controversia resultó determinante para que el *Bundesgerichtshof* presentara una rica batería de preguntas en torno al concepto de “embrión humano”, pretendiendo obtener de los jueces de Luxemburgo una completa visión al respecto.<sup>32</sup> Desde tal afán omnicompreensivo, las incógnitas a resolver serán las siguientes:

<sup>30</sup> Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 17 de julio de 2014, Asunto C-364/13, apartado 42.

<sup>31</sup> La patente en cuestión se refería a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias y a la utilización de las células progenitoras neuronales en la terapia de afecciones neurológicas.

<sup>32</sup> La cuestión prejudicial también va interpelar al TJUE sobre temas relacionados con el ya referido, pero que aluden a vertientes de índole diversa, a saber, (2) “¿Qué debe entenderse por “utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales?” ¿Entra en ese concepto toda explotación

- a) ¿Están comprendidos todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del ovulo o deben cumplirse requisitos adicionales, como alcanzar un determinado grado de desarrollo?
- b) ¿Están comprendidos también los siguientes organismos:  
Óvulos humanos no fecundados a los que ha sido trasplantado el núcleo de una célula humana madura;  
Óvulos humanos no fecundados que han sido estimulados mediante partenogénesis para que se dividan y sigan desarrollándose;
- c) ¿Están comprendidas células madre humanas obtenidas a partir de embriones humanos en el estadio de blastocito?"

Como primer estadio argumental de los razonamientos a desarrollar, emerge la cuestión relativa a determinar quién está llamado a definir el concepto de embrión: ¿Los ordenamientos nacionales o, por el contrario, compete al derecho de la Unión? A este respecto, el Tribunal va a recordar que, según su jurisprudencia, "una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una referencia expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme".<sup>33</sup> Dado que una referencia de tal índole no se contiene en el texto de la Directiva 98/44,<sup>34</sup> la competencia para la definición requerida recae en la esfera jurídica europea, debiendo forjarse un "concepto autónomo del Derecho de la Unión... que ha de interpretarse de manera uniforme en todo el territorio de ésta".<sup>35</sup> Tal consideración resulta, por lo demás, coherente con la finalidad armonizadora que preside la regulación comunitaria, ya que, muy difícilmente, podría lograrse el objetivo proclamado de "fomentar la investigación en el desarrollo de la ingeniería genética" si no se superasen "las disparidades legales y jurisprudenciales en-

comercial en el sentido del Artículo 6.1 de dicha Directiva, especialmente la utilización con fines de investigación científica?; (3) ¿Está excluida la patentabilidad, con arreglo a la Artículo 6, apartado 2, letra c) de la Directiva... una información técnica también cuando la utilización de embrión humanos no constituye en sí la información técnica reivindicada con la patente, sino un requisito necesario para la aplicación de esa información: —porque la patente se refiere a un producto cuya elaboración exige la destrucción previa de embriones humanos— o porque la patente se refiere a un procedimiento para el que es necesario dicho producto como materia prima?"

<sup>33</sup> Sentencia TJUE (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/2010, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, apartado 25.

<sup>34</sup> Omisión, por lo demás, justificada si se tiene presente lo inoperativo que resulta el criterio de exploración de los marcos nacionales, arrojando la inexistencia de un concepto unívoco. Así lo manifiesta expresamente el Abogado General Bot en sus conclusiones (apartado 67) indicando que "Dentro de los propios Estados miembros, observamos que las legislaciones y las prácticas jurisprudenciales divergen a este respecto".

<sup>35</sup> STJUE (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/2010, apartado 26.

tre Estados miembros".<sup>36</sup> El menoscabo que de ello se deduciría para el buen funcionamiento del mercado interior resulta indudable.

Sentada la propia competencia definidora, a continuación, lo que procede es ponerla en acción, dotando de contenido al concepto de embrión humano en el concreto ámbito de las patentes en materia de invenciones biotecnológicas. Lo delicado de la tarea pendiente, así como su carácter poliédrico, incumbiendo vertientes muy diversas, no pasará desapercibida al tribunal, razón por la cual dicha labor va a quedar circunscrita exclusivamente al terreno de la "interpretación jurídica", eludiéndose expresamente la toma en consideración de "cuestiones de naturaleza médica o ética".<sup>37</sup>

Precisamente desde una perspectiva jurídica, el primer criterio que sale a relucir en la argumentación del TJUE con relación a la explotación de la materia biológica de origen humano no será otro que el deber de respeto de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana que se contienen tanto en la Exposición de motivos de la Directiva 98/44 como en su Considerando 1638. Expresión directa de tal exigencia es la prohibición absoluta de patentabilidad del cuerpo humano que, como ya se ha indicado, incluye sus diferentes estadios de evolución (Artículo 5), así como la garantía adicional que supone la previsión de los supuestos enumerados en el Artículo 6.2, considerandos contrarios a la moralidad y el orden público. Este *modus operandi* legislativo sirve de base a la Corte de Luxemburgo para considerar que el concepto de embrión humano ajeno a la patentabilidad debe entenderse en "un sentido amplio".<sup>39</sup>

La referida amplitud conferida al concepto,<sup>40</sup> como resulta de los subsiguientes pasajes de la sentencia, viene a cifrarse en la constatación de la

<sup>36</sup> *Ibidem*, apartado 28.

<sup>37</sup> *Ibidem*, apartado 30.

<sup>38</sup> *Ibidem*, apartado 32.

<sup>39</sup> *Ibidem*, apartado 34.

<sup>40</sup> La interpretación llevada a cabo por el TJUE en el caso Brüstle encuentra su directa fuente de inspiración en la resolución G2/06 adoptada por la Gran Sala de Apelaciones de la Oficina Europea de Patentes en el caso WARF, adoptada el 25 de noviembre de 2008. En dicha resolución, la Gran Sala (un organismo de carácter técnico y no jurisdiccional perteneciente a la OEP) rechazó la solicitud de patente presentada por la *Wisconsin Alumni Research Association* estimándola contraria al Convenio de Munich, más concretamente a su Artículo 53.a) y la regla 28 que lo interpreta. El argumento principal utilizado para dirimir la controversia se centró en el hecho de que la patente solicitada procedía a la destrucción de embriones de primates (y humanos) para obtener las células madre embrionarias en cuestión. Dicho modo de proceder, en opinión de la Gran Sala, resulta contrario a las exigencias impuestas por la cláusula de moralidad y orden público. Sobre las implicaciones y consecuencias anudadas a esta decisión, vid. C. Germinario, "Brevettazione delle cellule staminali umane: divieto o legittimazione?", *Il Diritto industriale*, n. 2/2009, www.ipsoa.it (consultado el 8 de julio de 2015). Mostrando el diferente modo en que las regulaciones norteamericana y europea del derecho de patentes afrontan las cuestiones relativas a la moralidad en el ámbito de las células madre embrionarias, así

existencia de *aptitud para iniciar el proceso de desarrollo humano* que, en su punto final, concluirá con la existencia de un individuo. En virtud de tal parámetro analítico, el primer y obvio supuesto de embrión humano es el óvulo fecundado.<sup>41</sup> Por su parte, en relación con los óvulos no fecundados, dos son las posibilidades contempladas en la cuestión prejudicial planteada: En primer lugar, el óvulo humano en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura. También, aquél que sea objeto de estimulación para dividirse y desarrollarse mediante partogénesis. Ambos supuestos van a merecer la consideración de embriones por parte del TJUE.

Llegados a este punto, debemos llamar la atención sobre el hecho de que la atribución de la aptitud requerida para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano va a desprenderse directa y exclusivamente de “*las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia*”,<sup>42</sup> sin formular ninguna referencia específica a las mismas. Dada la relevancia posterior que este *modus operandi* va a adquirir en el caso ISCO, resulta ineludible llevar a cabo una detenida referencia al iter discursivo que desarrolla el Abogado General Bot en sus conclusiones y que le conducen a conferir el estatus de embrión humano a los óvulos fecundados mediante partogénesis. Razona el señor Bot que el primer estadio del cuerpo humano se halla directamente vinculado con existencia de células totipotenciales, dado que las mismas se caracterizan por la capacidad “para evolucionar hasta convertirse en un ser humano completo. Encierran dentro de sí toda capacidad ulterior de división, y a continuación de especialización, que a fin de cuentas va a culminar en el nacimiento de un ser humano”.<sup>43</sup> Al hilo de tal constatación inicial, a continuación, se afirma que no suscita dudas el hecho de que “cada vez que estemos en presencia de células totipotenciales” estaremos ante un organismo que ha de considerarse incardinado en la noción de embrión humano debiendo, por lo tanto, ser objeto de protección jurídica.<sup>44</sup> Teniendo en cuenta las premisas anteriores, la conclusión final que se alcanza es que los óvulos no fecundados estimulados para dividirse y desarrollarse mediante partogénesis merecen tal consideración “*en la medida en que según las observaciones escritas presentadas ante*

como los problemas que de tales divergencias se derivan, *cf.*: J. SHUM, “Moral Disharmony: Human Embryonic Stem Cell Patent Laws, Warf, and Public Policy”, en *Boston College International & Comparative Law Review*, No. 33, 153, 2010, disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol33/iss1/8> (consultado el 30 de junio de 2015).

<sup>41</sup> STJUE (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/2010, apartados 35 y 38.

<sup>42</sup> *Idem*, apartado 36, la cursiva es nuestra.

<sup>43</sup> Conclusiones Asunto C-34/10, apartado 84.

<sup>44</sup> *Ibidem*, apartado 91.

*el Tribunal de Justicia*, las células totipotenciales se obtienen por esta vía”.<sup>45</sup> Resulta, pues, obvio que las consideraciones que sirven de base al razonamiento expuesto hunden sus raíces en las referidas observaciones, cuya validez científica no fue objeto de discusión.

Finalmente, por lo que se refiere a la aptitud de las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estado de blastocito, para iniciar el referido proceso de desarrollo, la solución adoptada, en sede jurisdiccional europea, consiste en remitir tal determinación a los jueces nacionales, los cuales en el desempeño de su labor concretizadora “deberán tener presentes los avances de la ciencia”.<sup>46</sup>

### 3. El nuevo concepto de embrión alumbrado en el caso ISCO: segundo acto del procedimiento de decantación existencial

Transcurridos cuatro años, desde la sentencia Brüstle, en el caso presente, se va a cuestionar de forma generalizada que las observaciones escritas en las que el Tribunal de Justicia basó la consideración de los partenotes como embriones humanos resultaran —ya entonces y también ahora— acertadas en términos científicos. En función de tal constatación de partida, las alegaciones que las partes presentan ante los jueces de Luxemburgo con ocasión de la cuestión prejudicial incoada por la High Court británica, con la excepción de Polonia, coinciden<sup>47</sup> en afirmar que los partenotes no son organismos aptos para convertirse en un ser humano, ya que carecen de la capacidad para comenzar el proceso que culminará en el mismo: La ausencia de ADN paterno y la única presencia de células pluripotentes resultan determinantes en este sentido. Al carecer de las células totipotentes, imprescindibles para llevar a término el referido proceso, como también indica el Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones, “resulta claro actualmente que un partenote no tiene per se, capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano y por consiguiente, no constituye como tal un embrión humano”.<sup>48</sup>

Atendiendo a tales evidencias científicas, el cambio en la interpretación actual deviene inesquivable. Máxime teniendo en cuenta que, como el mismo Tribunal va a admitir expresante, en la interpretación que dio lugar a la

<sup>45</sup> *Ibidem*. La cursiva vuelve a ser nuestra.

<sup>46</sup> STJUE (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/2010, apartado 37.

<sup>47</sup> Junto con la empresa ISCO mantienen una postura excluyente el Reino Unido, Francia, Suecia y la Comisión.

<sup>48</sup> Conclusiones Asunto C-364/13, apartado 75.

sentencia Brüstle, las tantas veces referidas observaciones escritas presentadas, actuaron como criterio determinante a la hora de considerar embriones humanos a los partenotes.<sup>49</sup> Atendiendo al recorrido argumental expuesto, una vez que constatado de forma unánime que tales consideraciones resultan científicamente inexactas, el concepto de embrión humano contenido en el Artículo 6.2.c) de la Directiva 98/44 va a ser objeto de una nueva interpretación, considerándose que:

un óvulo humano no fecundado que ha sido estimulado mediante partogénesis para dividirse y desarrollarse no constituye un embrión humano, en el sentido de dicha disposición si, a la luz de los conocimientos científicos actuales no dispone, como tal, de la capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.<sup>50</sup>

Nótese que en la resolución de la incógnita planteada se recurre a una intencionada formulación condicional a la hora de despojar a los partenotes de la condición de embriones humanos, puesto que la misma se vincula directamente —y como no puede ser de otra forma— a “los conocimientos científicos actuales”. En este punto, el TJUE parece haber tenido muy presente la inesquivable contingencia que acompaña a la solución adoptada y que, como ya indicara el Abogado General Bot en las conclusiones del asunto Brüstle, lejos de ser definitiva “sólo será válida en el instante de ser formulada”: “Los avances del conocimiento podrán suscitar su modificación en el futuro”.<sup>51</sup>

Llegados a este punto, debe llamarse la atención sobre el modo en que se formula la apertura del Tribunal frente a posibles —e inevitables— cambios futuros, empleando unos términos eminentemente genéricos que eluden entrar a considerar un aspecto concreto de la cuestión dotado de especial relevancia y que sí fue objeto de especial consideración por parte del Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones. Nos referimos a los efectos que la manipulación genética de un partenote puede producir de cara a activar su desarrollo y división, posibilitando su transformación final en un embrión humano. El hecho es que, como se recoge expresamente en la sentencia, en el curso del proceso judicial sustanciado ante la jurisdicción británica, ISCO “modificó sus solicitudes de registro con el fin de excluir la posibilidad de utilización de cualquier método encaminado a subsanar, a través de manipulaciones genéticas adicionales, el hecho de que el partenote no pueda con-

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-364/13, apartados 31, 32 y 33.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-364/13, Apartado 38, reproducido literalmente en el fallo de la sentencia.

<sup>51</sup> Conclusiones Asunto C-34/10, apartado 78.

vertirse en un ser humano”.<sup>52</sup> Frente a tan reveladora modificación, la opción del TJUE va a ser la de asumir una postura directamente apegada al objeto concreto que se dirime en la cuestión prejudicial, esto es, determinar si un partenote en cuanto tal puede considerarse embrión y no si dicha cualidad puede o no atribuirse mediando hipotéticas “manipulaciones adicionales de ingeniería genética”.<sup>53</sup>

Al actuar de tal manera ciertamente se resuelve la duda actual. También se esquivo una potencial vertiente de conflicto que, sin embargo, con el paso del tiempo y los correspondientes avances científicos, volverá a plantearse en sede jurisdiccional. Porque como de forma certera razona el Abogado General, si bien es cierto que en la actualidad, la posibilidad de que un partenote genéticamente manipulado pueda llegar a término, sólo se ha constatado en relación con ratones, “no puede excluirse categóricamente que en el futuro sean posibles con partenotes humanos”.<sup>54</sup> Verificada tal hipótesis, la consecuencia entonces sería obvia, puesto que debería aplicarse al organismo resultante (sic., el partenote manipulado) la condición de embrión humano “y, por consiguiente, no podría ser patentado”.<sup>55</sup> Teniendo presente tal circunstancia, el Abogado General sugería al Tribunal la adopción de una postura más articulada (y de más amplio espectro) que condicionara la exclusión de los partenotes de ser considerados embriones humanos a la circunstancia de “que no hayan sido manipulados genéticamente para ser capaces de convertirse en seres humanos”.<sup>56</sup> Las ventajas derivadas de aplicar esta solución resultan innegables en un ámbito como el de la biotecnología sometido a constante evolución, proporcionando un criterio interpretativo dotado de una mayor y mejor capacidad para mantenerse operativo en el tiempo. No habiendo asumido tal propuesta hermenéutica la solución ofrecida por el TJUE está llamada a ser revisada en cuanto la hipótesis aludida por la manipulación genética se constate en la realidad.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-364/13, apartados 18 y 34.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-364/13, apartado 35.

<sup>54</sup> Conclusiones Asunto C-364/13, apartado 76.

<sup>55</sup> *Ibidem*, apartado 77.

<sup>56</sup> *Ibidem*, apartado 78. En un sentido condicional, pero partiendo de una premisa opuesta, se manifestó Portugal en las alegaciones presentadas al caso, solicitando que se mantuviera la condición de embrión humano a favor de los partenotes “a no ser que se demuestre por la solicitud de patente que no existe posibilidad de llegar a ser embrión mediante manipulaciones adicionales o se renuncia a las msas” (*vid.*, Conclusiones, Asunto C-364/13, apartado 60).

## IV. EPÍLOGO

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, con la resolución ofrecida en el caso ISCO, se ha producido un nuevo avance en el proceso de comunitarización del concepto de embrión humano, que se inició con la sentencia Brüstle. Lejos de merecer una valoración crítica,<sup>57</sup> considerándolo un exceso por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho proceso no puede ser considerado sino la consecuencia lógica de la exigencia de aquilatar una noción común, aplicable no con carácter general sino, antes bien, únicamente circunscrita al terreno específico de las invenciones biotecnológicas susceptibles de ser patentadas por los Estados miembros. Desde tal perspectiva, baste con recordar que la armonización legislativa de dichas cuestiones se afirma como objetivo inmediato de la Directiva 98/44.

A este respecto, no puede ignorarse que el principio de seguridad jurídica exige ofrecer pautas interpretativas claras en torno a los conceptos incluidos en la zona prohibida a la patentabilidad que acoge el contenido del Artículo 6.2.c) de dicha directiva. Dado que los Estados miembros carecen de margen de apreciación y discrecionalidad interpretativa con relación a los mismos, el nivel de exigencia, que se proyecta sobre el Tribunal de Justicia, viene a reforzarse ulteriormente. En este sentido, a la hora de determinar esa esfera común sobre la que se proyecta un consenso básico a nivel europeo, la utilización de evidencias científicas se muestra como la herramienta que denota una mayor aptitud en la tarea de interpretación jurídica, en un terreno como las invenciones biotecnológicas que, por su propia naturaleza, se sitúa en el centro de debates éticos, morales y religiosos.

Precisamente atendiendo a tales consideraciones, la decisión comentada debe ser valorada en términos eminentemente positivos, puesto que los conocimientos científicos actuales resultan unánimes a la hora de rechazar que los partenotes puedan considerarse embriones humanos, por carecer de la necesaria aptitud para convertirse *per se* en seres humanos. No obstante, en aras de dotar a tal consideración de una reforzada vocación de permanencia en el tiempo, consideramos que en la resolución de la duda planteada por la *High Court* británica, el Tribunal de Justicia debería haber adoptado una mayor amplitud de miras, haciéndose eco de la propuesta avanzada por el Abogado General Cruz Villalón que, como ya se ha expuesto, sugería condicionar la

<sup>57</sup> En este sentido, particularmente incisivo se muestra D. GARCÍA SAN JOSÉ, "Derecho de la Unión, investigación embrionaria humana y patentes biológicas", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 41, 2012, especialmente pp. 174-178.

exclusión de los partenotes de la condición de embriones humanos a la circunstancia de no haber sido manipulados genéticamente, para ser capaces de convertirse en seres humanos. El hecho de que en la actualidad no sea posible llevar a cabo con éxito dicha operación manipulativa, no es óbice para considerar que la misma podrá alcanzarse en el futuro. Llegado tal momento, el conflicto estará servido en términos jurídicos, por lo que nuevamente se llamará a las puertas del Tribunal de Luxemburgo para su resolución.

## RAÍCES ROMANAS DE LA QUIEBRA DE LOS EMPRESARIOS

Alessandro CASSARINO\*

SUMARIO: 1. *Mis objetivos.* 2. *La acción tributaria en las Instituciones de Gayo y de Justiniano.* 3. *Elementos de reflexión en el título del Digesto 14.4 sobre la acción tributaria.* 4. *Los datos procedentes de la Paráfrasis griega de Teófilo a las Instituciones de Justiniano.* Bibliografía.

### 1. MIS OBJETIVOS

La elección para la presente contribución de un título tan incisivo, para entender los orígenes de la quiebra, con referencia a los empresarios romanos, tiene como finalidad, aunque solo en línea general, la de suscitar en el lector una reflexión sobre lo que comúnmente se dice, hasta ahora en torno al nacimiento del procedimiento concursal. De hecho, no he escondido en otros escritos,<sup>1</sup> cómo la cuestión de sus orígenes es tratada por la mayoría de la doctrina moderna, sin tener en cuenta los datos incluidos en las fuentes jurídicas romanas y en particular sin considerar la esencia del procedimiento concursal, que reside en la igual condición de los acreedores (*par condicio creditorum*). A continuación, veremos que hay datos que exclusivamente se refieren a quienes tenían un papel activo en los sectores comerciales e indican que la satisfacción de sus acreedores ocurría no según el criterio de la precedencia temporal de los créditos (*prioritas tempore*) sino según el de la igualdad.

\* Doctor en Derecho romano y becario de investigación del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa.

<sup>1</sup> A. CASSARINO, "Riflessioni sulla nozione di 'Foro cedere' in riferimento all'esecutato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato", en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, pp. 1-ss.

Momento central de dicha reflexión es el estudio de la acción *tributoria*,<sup>2</sup> que con razón se incluye entre las seis acciones adiecticias (*actiones adiecticiae qualitatis*).<sup>3</sup> El motivo por lo que nacieron se relaciona a la función jurisdiccional del pretor, en el ámbito del derecho honorario, que también en este caso,<sup>4</sup> logró solucionar la distinta reglamentación prevista por el *ius civile* para las obligaciones contraídas por un esclavo o hijo bajo potestad hacia terceros.

Tal intervención que se puede datar en torno al final de la primera guerra púnica (264-271 a.C.), permitió que, también en caso de obligaciones hacia terceros, asumidas por un hijo bajo potestad o un esclavo, el padre o amo pudiese ser condenado en lugar de ellos.<sup>5</sup> El *ius civile*, por el contrario, preveía que los créditos conseguidos por el hijo bajo potestad o el esclavo pudiesen incrementar el patrimonio del padre o amo, mas no empeorarlo.

La exigencia de equidad entre adquisiciones y deudas se hizo apremiante cuando en la así dicha “edad comercial”, identificable entre la mitad del siglo III a.C. y la mitad del siglo III d.C., la economía romana se desarrolló gracias a los tráficos mercantiles y el gran empleo de esclavos en la vida empresarial, que se articulaba en todas las regiones conquistadas.<sup>6</sup>

En el proceso formular, nacido por mérito del derecho pretorio, el problema encontró una solución al admitir que en la *intentio* de la fórmula, la cláusula que incluía la pretensión del actor, se insertara el nombre de aquel con que se hubiera contraído la obligación (el hijo bajo potestad o esclavo), mientras que en la *condemnatio*, la cláusula en donde se le atribuía al juez el poder de condena o absolucón del llamado en juicio, se ponía el nombre del titular de la potestad (padre o amo) sobre el contratante.

<sup>2</sup> En generale véase W.W. BUCKLAND, *The Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, pp. 159-ss. T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, pp. 277-ss. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, pp. 213-ss., F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, pp. 24-ss. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 509-ss. P. CERAMI, *Diritto commerciale romano*, pp. 42-ss. A. PETRUCCI, *Nozioni elementari di diritto romano*, pp. 248-ss.

<sup>3</sup> El nombre *actiones adiecticiae qualitatis* proviene de la doctrina medieval, con base en la interpretación de un fragmento del jurista Paulo, extraído de su libro vigésimo noveno del comentario al Edicto, en D. 14.1.5.1, el cual sin embargo corresponde sólo a un caso específico, consistente en el incumplimiento de la obligación por parte del comandante de una nave en el giro de una empresa de navegación.

<sup>4</sup> Sobre el papel del pretor romano en la creación del *ius honorarium* véase Papiniano (2 Def.) in D. 1.1.7.1.

<sup>5</sup> CERAMI *Diritto commerciale romano*, op. cit., p. 42.

<sup>6</sup> SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, op. cit., pp. 17-ss.

## 2. LA ACCIÓN TRIBUTORIA EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO Y DE JUSTINIANO

La *actio tributoria* es tratada en los dos manuales institucionales de Gayo y Justiniano, ambos dirigidos al estudio básico inicial del derecho y de manera más profundizada en el título IV del libro 14 del Digesto justiniano. Por último, en la Paráfrasis a las Institutas de Justiniano escrita en griego por el jurista Teófilo, es posible encontrar una ayuda aunque con la debida prudencia, para entender si al interior del procedimiento al que se relaciona esta acción hubiese una participación activa del pretor por medio de actos preparatorios.

En las Institutas gyanas (4.72) así se dice:

*Además también ha sido constituida (por el pretor) una acción tributoria contra el padre o el amo, cuando el hijo o el esclavo, sabiéndolo (sciente) el padre o el amo, negociase con mercancías que pertenezcan al peculio. Pues si se hubiese contratado con él en tales condiciones, el pretor así señala el derecho, de manera que con todas aquellas mercancías que habrá (en el peculio) y también con lo que se recibirá por ellas, el padre o amo si alguna cosa le hubiera sido debida, lo distribuyan entre sí y los demás acreedores proporcionalmente a pro rata. Y si los acreedores se lamentan de que les ha sido distribuido menos de lo que se debiera, por la parte que faltara se le ofrece a éstos (por el pretor) una acción, la cual, como dijimos, se llama tributoria.*<sup>7</sup>

El texto de las Institutas de Justiniano (4.7.3) es el siguiente:

*El pretor también introdujo otra acción, la cual es llamada tributoria. Si, pues, un esclavo negociase con mercancías pertenecientes al peculio, sabiéndolo (sciente) el dueño, y se fuere a contratar con él a causa de esto, entonces el pretor indica el derecho, de manera que con todas aquellas mercancías que habrá (en el peculio) y también con lo que se recibirá por ellas, se distribuya aquello entre el dueño si alguna cosa se le debiera, y los demás acreedores proporcionalmente a pro rata. Y porque (el pretor) permite la distribución al propio dueño, si los acreedores se lamentan de éste, como que se les hubiese atribuido de menos respecto de lo que se les debía, (el pretor) les acomoda una acción, la cual se llama tributoria.*<sup>8</sup>

<sup>7</sup> *Praetera tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quod inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuant. Et si creditores querantur minus sibi distributum quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.*

<sup>8</sup> *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit, ut, quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae tributoria appellatur.*

Ambos pasajes se presentan casi especulares, en su perspectiva didáctica, a pesar de la falta en el texto justiniano de la referencia a la figura del *pater familias*. Dicha falta se explica como se observa en doctrina,<sup>9</sup> por la evolución de la capacidad patrimonial del hijo bajo potestad a partir de la época augustea (inicio del siglo I a.C.).

Los dos textos se abren con una digresión histórica, sobre la introducción de la *actio tributoria* por parte del pretor y siguen afirmando que la tutela de los acreedores encuentra su fundamento en el hecho de que el padre —agrega Gayo— o el dueño sabe del desarrollo de una actividad comercial realizada por un hijo, bajo potestad, o un esclavo con mercancías pertenecientes al peculio (*merx peculiaris*). Esta referencia a una parte de mercancías incluidas en el peculio mas distintas del remanente, ha inducido a la doctrina moderna a calificarlas como un patrimonio comercial autónomo.<sup>10</sup>

Además de los dos supuestos esenciales que acabamos de mencionar (conocimiento del titular de la potestad y *merx peculiaris*), el otorgamiento de la *actio tributoria* dependía como es obvio, de la situación de insolvencia de la actividad comercial desarrollada por el hijo o esclavo que ocasionaba la imposibilidad a satisfacer a los acreedores.

Según lo que dispuso el pretor en su edicto, las mercancías aun presentes en el patrimonio separado (*merx peculiaris*) y los eventuales precios recabados de su venta tenían que ser distribuidos por el padre o dueño en partes proporcionales entre todos los acreedores, en los que se incluía al propio padre o dueño si algo se les debía, sin que pudiera deducir sus créditos previamente. Lo que significa que no vale el criterio ni de la anterioridad temporal (*prioritas tempore*) o ni de la previa deducción de los credito, sino el principio de la igual condición de los acreedores (*par condicio creditorum*), que aun hoy se aplica a los procedimientos concursales.

El que realizaba la distribución del activo era el padre o dueño a través de un procedimiento específico llamado *vocatio in tributum* (llamada de los acreedores a la distribución) y si lo hubiera hecho con dolo, el acreedor perjudicado podría pedir al pretor la concesión de la *actio tributoria*.

En las Institutas de Justiniano en cambio, se encuentra una referencia más precisa a un aspecto del procedimiento que ha ocasionado un importante problema interpretativo a los modernos pues se dice: “y porque (el pretor) permite la distribución al propio dueño” (*et qui (praetor) ipsi domino distri-*

<sup>9</sup> A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 100.

<sup>10</sup> CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto "De tributaria actione"*, op. cit., pp. 283-ss., CERAMI en *Diritto commerciale romano*, op. cit., p. 17.

*butionem permittit*); en efecto de tales palabras, lo que resulta dudoso es si la distribución entre los acreedores se basaba en una autorización dada al padre o dueño por el pretor con un decreto (*decretum*), o bien, si la intervención pretoria tenía lugar solo por motivo de las quejas de los acreedores perjudicados en la distribución y se concretaba en la concesión de la *actio tributoria*. La brevedad de la referencia no nos permite dar respuestas ciertas sobre el papel del pretor en el procedimiento concursal de la *vocatio in tributum*, pero las palabras empleadas parecerían suponer la existencia de un acto de autorización procedente del mismo.

Una confirmación a favor de dicha hipótesis podría desprenderse de lo que escriben los juristas contemporáneos a Justiniano, en particular Teófilo, en su Paráfrasis griega a las Instituciones que mencionamos antes, gracias no solo a su conocimiento de tal obra, siendo uno de sus redactores, sino también al estudio de los escritos de los juristas clásicos.

### 3. ELEMENTOS DE REFLEXIÓN EN EL TÍTULO DEL DIGESTO 14.4 SOBRE LA ACCIÓN TRIBUTORIA

Concluida la exposición sobre la acción tributaria que nos ofrecen las dos obras manualísticas, escritas y orientadas prevalentemente a los estudiantes, pasemos a continuación a la lectura del régimen previsto en el libro décimo cuarto, título cuarto, del Digesto (D. 14.4) que, por razones obvias de espacio, sólo será analizado en sus elementos fundamentales. El análisis de tal título resulta muy importante para un primer acercamiento a la temática de los orígenes de la quiebra de un empresario.

El título se abre con un fragmento de Ulpiano, extraído del título vigésimo noveno de la obra de comentario al Edicto, en donde se confirman y explican mejor los requisitos para intentar la *actio tributoria*. En el principio (*principium*), el jurista reconoce la gran utilidad de esta cláusula edictal para los acreedores, porque todos se encuentran en una igual situación (*par condicio creditorum*), incluido al amo del esclavo insolvente, en el caso de que tuviera conocimiento del ejercicio de una actividad empresarial con mercancías del peculio (*merx peculiaris*). En cambio, su ignorancia en torno al ejercicio de la actividad empresarial lo facultaría a deducir previamente sus créditos respecto de los demás acreedores<sup>11</sup>. Lo que corresponde al régimen expuesto en los dos manuales institucionales que hemos examinado antes.

<sup>11</sup> También de este edicto no es mínima la utilidad, de modo que el dueño que tendría un privilegio en los contratos del esclavo (pues cuando está obligado con la acción del peculio, el cómputo del pec-

En el § 1 de D. 14.4.1 Ulpiano menciona la interpretación del jurista Pedio (fines del siglo I d.C.), que extendía el concepto de mercancías (*merx*) del peculio también a categorías de actividades económicas gestionadas por esclavos (tintorería, sastrería, producción textil y venta de otros esclavos), que en una visión más estrecha, eran excluidas de la aplicación de la *actio tributoria*.<sup>12</sup> La interpretación extensiva de Pedio es muy importante porque refleja una orientación que incorpora cualquier tipo de actividad empresarial.

A continuación en el § 2, Ulpiano precisa que las mercancías del peculio destinadas a una actividad económica constituyen un patrimonio comercial autónomo (la *merx peculiaris*), que debe considerarse distinto del propio peculio, porque se le prohíbe al dueño que lo sepa, la previa deducción de sus créditos<sup>13</sup> y en el § 3 explica que en el término “conocimiento” (*scientia*) también se comprende su voluntad y tolerancia (*patientia*),<sup>14</sup> esto quiere decir para expresarlo con otras palabras, que no debe oponerse o declarar estar en contra de la actividad comercial.

Las noticias del fragmento 1 de D. 14.4, que acabamos de comentar nos proporcionan un régimen más detallado respecto de lo que se encuentra en Gayo y Justiniano.

Tomemos ahora en consideración el texto 5, uno de los más largos dentro del título sobre la *actio tributoria*, que describe toda una serie de casos

ulio se hace después de haber deducto lo que se debe al propio dueño), es llamado a la distribución con base en este edicto, como un acreedor extraño, si haya conocido que el esclavo realizaba una actividad empresarial con las mercancías pertenecientes al peculio” (*Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur*).

<sup>12</sup> “Aunque el término mercancía tenga un sentido más estrecho, al punto que no se aplica a los esclavos que ejercen actividades de tintorería, sastrería, producción textil y venta de otros esclavos, sin embargo Pedio escribe en el libro décimo quinto de su comentario que este edicto debe extenderse a todas las actividades empresariales” (*Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum*).

<sup>13</sup> “Consideramos como mercancías del peculio las destinadas a una actividad económica como algo distinto del peculio, pues el peculio se computa deduciendo lo que se debe al dueño, mientras que las mercancías del peculio destinadas a una actividad económica obligan al dueño con la acción tributoria, también si nada se encuentre en el peculio, con tal que el esclavo ejerza la actividad sabiéndolo el dueño” (*Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur*).

<sup>14</sup> “Consideramos como conocimiento lo que también incluye a la voluntad, pero yo reputo que deba incluir no la voluntad, sino la tolerancia: de hecho el dueño no debe querer, sino no estar en contra. Por lo tanto si lo sabe y no protesta y no está en contra, será obligado con la acción tributoria” (*Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria*).

prácticos de participación de los acreedores en la repartición del patrimonio comercial autónomo (*merx peculiaris*). En el enfoque del presente artículo dos son los puntos de dicho texto que merecen nuestra atención.

El primero es el § 15, en que se trata la cuestión de cuando haya una pluralidad de acreedores, pero de patrimonios comerciales separados gestionados por un mismo esclavo gerente. El caso reportado prevé algunos acreedores de un comercio de cogullas y otros correspondientes a un comercio de tejidos en lino. Frente a la pregunta si los dos grupos de acreedores tienen que satisfacerse conjuntamente, Ulpiano reputa que deben ser considerados separadamente, cada grupo con relación a la actividad a la que se refieren los créditos, porque los acreedores son tales, no respecto del gerente, sino del patrimonio comercial.<sup>15</sup> Por lo tanto, en líneas generales, podemos afirmar que a un distinto patrimonio comercial corresponde una distinta distribución.

En cambio en el § 16 se hace el ejemplo de un caso en donde una misma actividad empresarial es desarrollada en dos distintos lugares: en un sitio llamado Bucino y tras el Tíber. Como la actividad empresarial es la misma, en línea teórica podría manejarse la hipótesis de que los acreedores de ambos lugares puedan confundirse y participar juntos a una única distribución. Por el contrario Ulpiano los considera separadamente con relación a cada uno de los lugares, justificando tal solución en la equidad para no perjudicar a los dos distintos grupos de acreedores.<sup>16</sup>

Otro punto central está previsto en el § 19 del fragmento D. 14.4.5, que se refiere al caso en que se presenta un solo acreedor el cual sea íntegramente satisfecho. En tal situación, dice Ulpiano, como la distribución debe ser efectuada en proporción a cuanto le sea debido a cada acreedor en una condición de igualdad (*par condicio creditorum*), si se presentarán otros acreedores

<sup>15</sup> “Si el esclavo tuvo a más acreedores, algunos con referencia a un patrimonio comercial separado y otros con referencia a otro patrimonio comercial separado ¿deberán confundirse todos y ser llamados todos al procedimiento de distribución? Por ejemplo, si el esclavo ejercía dos distintas actividades, como un comercio de cogullas y uno de tejidos en lino, y tenía a distintos acreedores. Reputo que los acreedores sean llamados al procedimiento de distribución separadamente, pues cada grupo de ellos es acreedor del patrimonio más que del gerente” (*Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? Ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi creditur*).

<sup>16</sup> “Además si el esclavo ejerció como gerente una misma actividad en dos distintas tiendas y por ejemplo, yo fui acreedor de aquella que se encuentra en Bucino y otro acreedor de la que está tras el Tíber, reputo que es muy equitativo que se deba hacer la distribución separadamente para evitar que con el patrimonio de una sola unos acreedores sean indemnizados y otros sufran daños” (*Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad Bucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans Tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*).

tardíos, el que haya sido satisfecho deberá prestar una estipulación de garantía, de modo que también éstos puedan conseguir un pago proporcional a sus créditos.<sup>17</sup>

Ahora la pregunta fundamental es entender si existe algún elemento esencial que permita explicar la injusta distribución que conduce a la aplicación de la *actio tributoria*. Con base en la lectura de los textos jurisprudenciales incluidos en el título que estamos analizando, la respuesta debe centrarse en el dolo de aquel que realiza la distribución misma.

Siempre es Ulpiano que nos expone varios casos en que se configura este dolo a empezar con D. 14.4.3.1, extraído del libro 29 de su comentario, en donde se admite el empleo de la acción aun cuando la distribución dolosa sea llevada a cabo por el tutor o el curador que sepan que el esclavo del pupilo o enfermo de mente ejerzan una actividad comercial con el peculio, pero en tal caso la responsabilidad de la persona incapaz no excede los límites del enriquecimiento.<sup>18</sup> Sigue en D. 14.4.7.2 el ejemplo de quien en propósito haya distribuido menos de lo que se debía o no haya distribuido nada, porque, escribe el jurista, es comparable con quien haya distribuido menos. Sin embargo, se excluye el dolo en la actitud de quien distribuye, si no tiene conocimiento del monto efectivo del activo existente al interior del patrimonio comercial autónomo perteneciente al peculio (*merx peculiaris*). En cambio, una vez aprendida la cantidad del activo, si no procede a una sucesiva distribución adecuada a restablecer el equilibrio entre acreedores, le será imputado un comportamiento doloso.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> “Luego, la distribución se hace pro rata de lo que se debe a cada uno de los acreedores. Por lo tanto si un solo acreedor venga para la distribución, conseguirá su parte por entero, pero puesto que puede ocurrir que puedan existir otro u otros acreedores del patrimonio comercial autónomo perteneciente al peculio, el acreedor único que quiere ser satisfecho debe garantizar que si se presentarán otros acreedores, les pagará pro rata” (*Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeat. Et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur: sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emergerint creditores.*)

<sup>18</sup> “Si el esclavo de un pupilo o un enfermo mental ejerza una actividad comercial con el patrimonio autónomo perteneciente al peculio y lo sepa el tutor o curador ... el pupilo está obligado con la acción tributaria en base al dolo del tutor en la medida de su enriquecimiento, y yo reputo que lo mismo vale también para el enfermo mental” (*Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiaris negotietur... hactenus eum ex dolo tutoris tributaria teneri, si quid ad eum pervenerit: idem et in furioso puto.*)

<sup>19</sup> “Si por dolo de alguien sucedió que la distribución no haya sido hecha pro rata entre los acreedores, contra él se da la acción tributaria para que lleve a cabo la integración de lo menos que haya distribuido; dicha acción reprime el dolo del dueño. Luego se considera distribuir menos también si no se haya distribuido nada. Sin embargo si distribuyó menos porque ignoraba lo que el esclavo tenía en el patrimonio comercial autónomo, no se considera haber distribuido menos; pero una vez descubierto el monto real de dicho patrimonio, se encuentra en dolo si no corrige la distribución. Por lo tanto si el dueño se hace pagar previamente con la cantidad descubierta, por cierto se considera haber distribuido

Además, en los §§ 3 y 4 de D. 14.4.7, se presume en dolo quien haya dejado perecer las cosas incluidas en el patrimonio comercial autónomo, sin llevar a cabo las necesarias cautelas o bien quien lo haya revocado o haya vendido en menos de su valor las cosas que lo componen y no haya conseguido de los compradores el precio. Por último, a parecer de Labeón, también se presume dolosa la negación de la existencia de deudas hacia los acreedores.<sup>20</sup>

En el § 1 de D. 14.4.7 se encuentra una referencia que, a mi parecer, podría dar fuerza a la hipótesis que sea el pretor con un decreto (*decretum*) previa a disciplinar la distribución. En efecto, se prevé la posibilidad que el dueño rehuse proceder a hacerla, en tal caso el jurista Pedio sostiene que no se deba obligarlo, sino que la efectúe un juez nombrado por el pretor.<sup>21</sup> Con base en lo que afirma Pedio, existen dos distintas interpretaciones, ambas posibles.

La primera es que el acreedor o los acreedores de una forma privada intiman al dueño de proceder a la distribución de lo que les es debido. Si no lo hace, llaman en juicio ante el pretor al dueño, cuya presencia resulta necesaria en el sistema procesal romano clásico, y en tribunal el confirmará su voluntad de no proceder.

La segunda interpretación excluye la fase de la intimación de forma privada y se apoya en un sentido técnico de la expresión *vocatio in tributum* con la que se haría referencia a la llamada en juicio del dueño ante el pretor. Entonces si ahí manifiesta su negativa de efectuar la distribución, el pretor nombra a un juez que lo sustituya.

menos con dolo” (*Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributaria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coerces domini. Minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. Proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse.*)

<sup>20</sup> “3. También si el dueño toleró que el patrimonio comercial autónomo haya perecido o bien lo cedió o vendió a menos de su valor o no exigió el precio de los compradores, se deberá decir que sea obligado con la acción tributaria con tal que haya dolo. 4. Luego también si el dueño haya negado deber algo a alguien, deberá verse si se aplica la acción tributaria; y es más verdadera la opinión de Labeón que se aplica, de otra parte convendría al dueño negar (3. *Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exegerit, dicendum erit teneri eum tributaria, si dolus intervenit. 4. Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributariae locus sit: et est verior Labeonis sententia tributariam locum habere: alioquin expedit domino negare.*)

<sup>21</sup> “¿Qué ocurre, si el dueño no quiera distribuir ni asumir una tal molestia, pero sea listo a ceder el peculio o el patrimonio comercial autónomo? Pedio refiere que se debe escuchar y su opinión es equitativa y en la mayoría de los casos el pretor deberá dar un juez para esto, por intervención del cual se distribuye el patrimonio comercial autónomo” (*Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debet dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.*)

La falta de otras fuentes jurídicas antiguas nos hace muy difícil elegir cuál sea la interpretación mejor. Trataré hacerlo en una próxima investigación que estoy realizando.

Por fin Ulpiano en D. 14.4.7.5, nos señala como la concesión de la acción tributaria no sea impedida por la muerte del dueño que haya llevado a cabo una distribución dolosa. En efecto, se otorga en contra de su heredero pero dentro de los límites de lo que haya recibido como enriquecimiento.<sup>22</sup>

Al fragmento que acabamos de examinar, los compiladores del Digesto han agregado un texto del libro undécimo de los Digestos de Juliano en D. 14.4.8, en donde el jurista explica que en caso de muerte del esclavo gerente del patrimonio comercial autónomo, l'*actio tributaria* tiene la finalidad de indemnizar a los acreedores por los daños sufridos a causa de la reunión de dicho patrimonio con el resto del patrimonio del dueño; si el muere, lo mismo vale también para su heredero.<sup>23</sup>

Como subraya una doctrina que me parece convincente y aceptada por la mayoría de los estudiosos,<sup>24</sup> con base en algunas referencias de los juristas, la *actio tributaria* tendría naturaleza sólo reipersecutoria, esto es para la indemnización de los daños, y no, por tanto, naturaleza penal, para el pago de una pena pecuniaria. Dicha afirmación sería demostrable por la lectura conjunta de los comentarios de Ulpiano en D. 14.4.9.1 y de Gayo, en D. 14.4.11, en donde se le impone al actor una elección entre el ejercicio de la acción tributaria y de la acción dentro de los límites del peculio (*actio de peculio*).<sup>25</sup> Obviamente tal elección no tendría ningún sentido, si la acción tributaria fuera de naturaleza penal.

<sup>22</sup> "Esta acción se da en perpetuo y en contra del heredero dentro de los límites del enriquecimiento que le haya llegado" (*Haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit*).

<sup>23</sup> "Porque no es una acción de dolo, sino contiene la indemnización de los daños; por lo tanto, también después de la muerte del esclavo, el dueño así como su heredero, deberán estar obligados en perpetuo por la actividad del esclavo fallecido, aunque la acción tributaria no se aplica otro que si intervenga el dolo" (*quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet: quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debet propter factum defuncti: quamvis non aliter quam dolo interveniente competat*).

<sup>24</sup> Véase entre todos, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, pp. 330-ss.

<sup>25</sup> D. 14.4.9.1: "Uno debe elegir cuál acción utilizar: la de peculio o bien tributaria, con tal que sepa que una vez elegida una, no podrá recurrir a la otra" (*Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributaria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum*); D. 14.4.11: "Talvez a los actores conviene utilizar la acción de peculio más que la tributaria" (*Aliquando etiam agentibus expedire potius de peculio agere quam tributaria*).

#### 4. LOS DATOS PROCEDENTES DE LA PARÁFRASIS GRIEGA DE TEÓFILO A LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

La última fuente a tomar en consideración, como dije al inicio, es la Paráfrasis de Teófilo. El era profesor de Constantinopla y tuvo un papel activo en la Compilación de Justiniano como miembro de las comisiones que redactaron el primer Código del año 529 d.C. y el Digesto del 533 d.C.; finalmente, en el mismo año, junto a Doroteo, profesor de Beirut, y a Triboniano, escribió las Instituciones. Su muerte se remontaría según la interpretación doctrinal más común,<sup>26</sup> a poco tiempo después de la publicación del Digesto y las Instituciones, puesto que su nombre desaparece en la constitución *Cordi*, con la que Justiniano promulga en el año 534, la segunda edición del Código.

Una doctrina autorizada aunque no reciente,<sup>27</sup> supone que Teófilo haya redactado una Paráfrasis en griego de las Instituciones justinianeas, para facilitar su conocimiento a los alumnos de primer año, que como eran de lengua madre griega, tenían dificultades en entender el latín. De hecho el término "paráfrasis" procede del verbo griego *paraphrázō* que significa "decir con otras palabras", lo que nos permite afirmar que la obra de Teófilo, considerada con las debidas cautelas, nos ofrece unas importantes aclaraciones para entender el procedimiento concursal examinado aquí.

Escribe el jurista en Paráfrasis ad I. 4.7.3:

*El pretor también introdujo otra acción, que llamamos tributaria. De hecho, si mi esclavo con su mercancía del peculio ejerza una actividad comercial, ni habiéndolo ordenado yo ni habiéndolo encargado, pero, sabiéndolo y no oponiéndome, y alguna cosa se hubiera contratado con él, así dice el derecho de esto el pretor. Si se ha obligado a varias personas, entre las cuales también estoy yo que soy el amo (y cuando digo que es obligado no se debe entender como obligación civil, sino natural), y está presente el esclavo que tenía su patrimonio peculiar autónomo, los acreedores recurren al pretor, el cual constriñe al amo a conferir las mercancías en el activo, y si alguna mercancía fue vendida y de esto hubo recaudación, se incluye también ese dinero, de modo que el total del activo sea distribuido pro rata entre el amo y todos los demás acreedores. Si en cambio el amo, a quien se permite la distribución del patrimonio peculiar autónomo, hubiera sustraído alguna cosa de allí o no haya conferido todo en el activo, y se queje alguno de los acreedores y diga que el patrimonio que fue conferido es poco respecto de aquel con el cual se negoció con el esclavo, le competará a aquél la acción tributaria contra el amo, con la cual será constreñido a conferir en el*

<sup>26</sup> Expresada por V. ARANGIO-RUIZ-A.GUARINO, *Breviarium iuris Romani*, p. 198 nt. 3.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 198.

activo cualquier parte del patrimonio autónomo que hubiere escondido. Luego se dice "tributoria" al derivar de "distribuir".<sup>28</sup>

En la primera parte del texto se encuentra la confirmación que fue el pretor a introducir la acción tributaria y que para su utilización, necesita el requisito del conocimiento del dueño del esclavo que negocia. Sin embargo, se explica mucho mejor en qué consiste tal conocimiento, ampliando las trataciones de la Instituciones de Gayo y Justiniano y acercándose más a la interpretación de Ulpiano que vimos en D. 14.4.1.3. En efecto, se pone en relieve que el dueño además se sabe de la actividad comercial desarrollada por su esclavo, no debe ni oponerse ni haberlo encargado de dicha actividad.

Luego, cuando comenta la situación de insolvencia del esclavo, Teófilo subraya que también podía tener obligaciones hacia su dueño, afirmando entre paréntesis que en tal caso se trataría de obligaciones naturales, y sigue agregando un elemento procedimental que falta en los textos analizados arriba: los acreedores recurren al pretor para pedirle que sea efectuada la distribución. Con base en este elemento podría darse al término "llamada para la distribución" (*vocatio in tributum*) el sentido de "llamada en juicio del dueño para la distribución del activo", con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas por el esclavo. En este dato ofrecido por la Paráfrasis de Teófilo, podría apoyarse la interpretación que requeriría un decreto (*decretum*) del pretor para reglamentar el procedimiento concursal.

A continuación se afirma que la sustracción o la no inclusión de algo en el activo del patrimonio comercial autónomo es una actitud del dueño que faculta a los acreedores de pedir la concesión de la acción tributaria.

El testimonio de Teófilo fue muy controvertido en doctrina, pues muchos autores están convencidos que refleja el desarrollo del procedimiento así como era en su época, presentándose entonces como una evolución respecto del que existía en el periodo clásico. Sin embargo, ahora parece prevalecer la

<sup>28</sup> Traducción latina que hizo Ferrini: *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributaria vocatur. Namque si servus meus in peculiaribus suis mercibus negotietur, me non iubente neque praeponente, set tamen sciente et non contradicente, et quid cum eo fuerit contractum, ita de hoc praetor ius dicit. Si pluribus obnoxius factus sit, inter quos et mihi domino (quod autem dixi obnoxium esse de naturali non civili obligatione accipiendum est), et adsit servus merces suas habens, adeunt creditores praetorem, qui coget dominum merces in medium proferre et si qua merx distracta fuerit et inde pecunia recepta, hanc inter dominum et ceteros creditores pro rata portione distribuere. Sin autem dominus, cui mercium distributio est permessa, aliquid inde subtraxerit neque omnia in medium protulerit, et queratur quidam ex creditoribus et dicat pauciores merces, quam in quibus negotiatus sit servus, a domino in medium esse prolatas, tributaria actio ei adversus dominum competet, qua is cogetur quas-cumque condiderit merces in medium proferre. Dicitur autem 'tributoria' a 'distribuendo'.*

opinión<sup>29</sup> que el jurista bizantino no haya expuesto el derecho de su tiempo, sino que haya realizado un *excursus* histórico, añadiendo para finalidades didácticas elementos más detallados del procedimiento clásico, que en los dos manuales institucionales de Gayo y Justiniano habían sido omitidos. Lo que no sería extraño, si se piensa que el propio Teófilo se había formado con las Instituciones gyanas y que las había enseñado a los alumnos, hasta a la reforma de la carrera de estudios jurídicos realizada por Justiniano en 533<sup>30</sup>. Si así es, el texto teofilino representa una importante fuente para la reconstrucción en época clásica del procedimiento concursal en caso de insolvencia de una actividad comercial organizada.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BUCKLAND, W. W., *The Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, reimp., Torino, UTET, 2010.
- CASSARINO, "Riflessioni sulla nozione di 'Foro cedere' in riferimento all'executato nel diritto romano tra tarda repubblica e principato", en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 7, 2014.
- CERAMI y PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'*, en *Mem. Accademia Lincei*, 9 S., 3. 4, 1993.
- FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, en *Annali dell'Università di Palermo (AUPA)*, 45.1, 1998.
- GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, T. 2, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1996.
- MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, Giappichelli, 2001.

<sup>29</sup> M. TALAMANCA, rec. a T. J. CHIUSI, "Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'", en *Mem. Lincei*, 9 S., 3. 4, 1993, pp. 277-397, en *BIDR*, 35-36, 1993-1994, pp. 708-709.

<sup>30</sup> G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, en *AUPA*, 45.1, 1998, pp. 310-ss.

- A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, Torino, Giappichelli, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Nozioni elementari di diritto romano*, Pisa, Il Campano, 2014.
- F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, Pacini, 2002.
- M. TALAMANCA, *recensione a T. J. CHIUSI, "Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'"*, en *Mem. Lincei*, 9 S., 3. 4, 1993, pp. en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, 35-36, 1993-1994.

## EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA FAMILIAR: TRES DERECHOS HUMANOS INTERRELACIONADOS

Lizbeth América CEDILLO VALDERRAMA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco constitucional y convencional*. III. *La familia y/o la vida en familia como Derecho Humano*. IV. *La tutela judicial efectiva como Derecho Humano*. A. *Elementos doctrinales de la noción de tutela judicial efectiva*. B. *La tutela judicial efectiva en nuestra jurisprudencia*. 1. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. 2. *La prestación de la tutela judicial efectiva*. V. *El Debido Proceso en la Doctrina y en la Jurisprudencia*. VI. *Normas Procesales del Distrito Federal vinculadas con la Materia Familiar*. VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Todo individuo pertenece a una familia, la ha fundado o la fundará. Hablar de ella es tocar aspectos de índole biológica, sociológica, cultural, religiosa, afectiva y, por supuesto, jurídica. Indefectiblemente, a lo largo de la historia, en todo espacio geográfico o geopolítico, la familia experimenta, de continuo, cambios y adaptaciones que redundan en una incesante transformación, como la experimenta el individuo mismo. México no es ajeno a ello. Acaso en su diversidad étnica, social, cultural y geográfica el proceso pueda ser dispar, pero se advierte claramente presente, innegable, inacabable y gradual.

Por otra parte, en la comunidad internacional —terreno de diversidades aún más profundas—, la familia, en tanto realidad básica, vivencial y netamente humana, es asimismo motivo de interés. Hoy en día, el Estado —organización con territorio, población, gobierno y personalidad jurídica— a

\* Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho.

su vez inmerso en sus propias transformaciones y difuminaciones, incluso de carácter crítico, encuentra *todavía* en la cohesión y organización de su elemento humano, así como en la solución institucionalizada y jurídicamente normada de las controversias que inevitablemente surgen en su interior, dos de las justificaciones que le dieron vida.

Lo anterior pone de relieve tres aspectos fundamentales: *por un lado*, la familia misma; *por otro*, la indispensable existencia y disponibilidad de medios de defensa y solución de controversias en el orden jurídico que sean accesibles y estén siempre al alcance de los gobernados, y, *paralelamente*, el carácter de derecho humano que dichos aspectos merecen detentar.

En suma, al interior y al exterior de cada Estado —México por supuesto y en particular—, el acceso a la impartición de Justicia es de importancia capital, pues

El estudio del **acceso a la justicia** es también [y acaso —diríamos nosotros—, principalmente] 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**.<sup>1</sup>

Si esto es así en lo general, cuando de la materia familiar se trata, es perceptible que la función judicial se desempeña en el ámbito más sensible, originario, elemental, íntimo, entrañable y existencial del individuo.

El juzgador ajusta, trabaja, modula y armoniza el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que integran el entramado del grupo primario social universal. Ése grupo del que todos tenemos una experiencia única que nos permite conceptuarlo de modo individual y personalizado: allí donde suele ocurrir lo mejor, lo más enriquecedor, —y a veces, también, lo más doloroso e irremediable— de cada vida.

Al análisis de esa combinación, Familia y/o vida en Familia con el quehacer judicial y el acceso a la justicia, extremos todos meritorios de la jerarquía de Derechos Humanos de palmaria evidencia, dedicaremos estas líneas.

Nuestra referencia al Estado, en tanto ente objeto de estudio de la Teoría Política, deriva de que nos parece un marco ineludible pues, a despecho de los procesos globalizadores, pese al fortalecimiento de las instancias inter-

<sup>1</sup> ALVAREZ LEDESMA, Mario I., "Acceso a la Justicia", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 38, México, Escuela Libre de Derecho, 2014, p. 37.

nacionales y, asimismo, a pesar de que la expansión normativa y regulatoria interna llama en ocasiones a advertir tintes delegatorios y hasta desfallecientes de sus facultades típicas; el Estado se mantiene, todavía hoy, sólidamente anclado en su origen y justificación históricos.

De hecho, las nociones de Democracia, Constitución y Derecho Humano son más que nunca importantes y presentes, pues, cuando de protección jurídica de la Familia y/o de la vida en Familia, del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva se habla, *Democracia y Constitución* les prestan todos los medios para perfilar su estructura, exigibilidad, operatividad y defensa, lo que nos conduce a localizar su naturaleza común en la noción de derecho humano.

No nos pasa desapercibido que, en efecto, en la actualidad, el tema, la sola voz *Derechos Humanos*, abunda y se propaga en múltiples ámbitos del ser y quehacer del hombre.

Pareciera con ello buscarse ampliar, lo más posible, cualquier tipo de protección derivada, en lo individual, por las disposiciones jurídicas, tramitar bajo su bandera cualquier gestión, repeler todo proceder de autoridad, abusar incluso de los marcos de actuación que cada cual tiene socialmente previstos, a veces hasta desnaturalizar su sentido.

En la intención de evitar todo ello, la Doctrina se ha dado a la tarea de analizar el punto, lo cual no es ni medianamente sencillo.

Como muestra, es destacable la postura de Leopoldo Burruel Huerta,<sup>2</sup> para quien un derecho humano *es total y absolutamente individual*, al proteger la integridad y dignidad de cada persona; *se origina en la condición humana*, siendo, por tanto, reconocido por el Estado, no creado ni conferido por éste, a diferencia de las garantías, que sí son concesiones estatales; *no es un derecho colectivo*, por estar generado en la individualidad biológica, dignidad y merecimiento intrínseco del ser humano; *es permanente, continuo e inalterable*, no temporal ni intermitente, surge cada uno y todos ellos del básico derecho humano inherente a la igualdad, del cual parten; por consecuencia, *surge también del trato desigual*, cuya inaceptabilidad nos lleva a hacer valer el derecho a la igualdad misma; es *absoluto*, lo cual significa la imposibilidad de ser parcial o interpretado, restringido o limitado, toda vez que se reconoce al ser humano solo por serlo en sí mismo e igual a todos los demás humanos; *se distingue asimismo de los derechos políticos, sociales y económicos*, debido a la falta de unanimidad entre las naciones en la catalogación y ejercicio

<sup>2</sup> BURRUEL HUERTA, Leopoldo, "Qué es un derecho humano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 37, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 46 y ss.

de los Derechos Humanos, lo cual provoca el establecimiento de parámetros mínimos de exigencia entre los signatarios de los tratados internacionales. El autor llama nuestra atención al respecto, que los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes, en términos de la Declaración de Viena sobre los Derechos Humanos.

Con lo anterior se nos ofrece un panorama del o los Derechos Humanos fincado en consideraciones de intrínseca naturaleza, ínsito en el Derecho Natural, que es, como nos refiere Javier Hervada,<sup>3</sup> vivo y verdadero, anterior a la norma positiva, prevalente a todo fenómeno de fuerza y poder, amparo del hombre en su esencia, independiente de toda explicación ajena, incluso sobrenatural o divina, tan distinto de ser un valor del Derecho como que es lo justo en sí mismo y no lo justo convencional.

Sin embargo, es evidente la indispensable vida del hombre en sociedad y, por ende, su transcurrir en la forma más desarrollada de grupo: el Estado mismo, en el cual entran ya en juego elementos de autoridad y decisión políticas.

Vale por ello tener presente, para mayor base y claridad, una sencilla, pero certera exposición que debemos al Dr. Miguel Carbonell:<sup>4</sup>

La dimensión sustancial de la democracia [...] no se refiere a procedimientos y elecciones, sino al contenido del régimen democrático: lo que la democracia puede concretamente hacer para mejorar la vida de los seres humanos. Por eso es que los Derechos Humanos son la mejor forma de expresión de todos los valores que caracterizan a un sistema político democrático [...] Al establecer en la constitución una lista de derechos fundamentales, lo que en realidad estamos haciendo es "juridificar" la democracia: darle forma jurídica y otorgarle de esa manera sustancia y contenido [...] los conceptos de democracia y de constitucionalismo se nutren recíprocamente y dependen uno del otro. El constitucionalismo juridifica la democracia y le da forma expresa a través de la normatividad jurídica. La democracia por su parte, es el régimen que hace posible que se materialicen en la práctica los valores de libertad, igualdad y seguridad jurídica que conforman la columna vertebral del constitucionalismo [...] De esta forma, la democracia de nuestros días asegura los iguales derechos de todas las personas y convierte en realidad el principio de la soberanía, el cual pasa de ser entendido como cualidad del estado o de la nación (la soberanía nacional, tal como había sido planteada desde el surgimiento del Estado moderno), a ser una expresión de los derechos fundamentales de todas las personas. El individuo es por tanto el verdadero soberano, como titular de los derechos de libertad, de igualdad y sociales que le permiten desarrollar una vida dotada de sentidos y significados elegidos por él mismo y por nadie más; una vida que esté ajena a actos arbitrarios provenientes de poderes públicos y privados, que sea

<sup>3</sup> *Introducción crítica al Derecho Natural*, 4a. edición, México, Minos, 2010, pp. 192-194.

<sup>4</sup> *Teoría de los Derechos Humanos y del control de la convencionalidad*, 5a. edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, pp. 4-5. La cita de Ferrajoli fue tomada por el Dr. Carbonell de la fuente *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 14.

desarrollada con plenitud y de forma consciente [pues] Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando apunta que los derechos fundamentales son "fragmentos de soberanía" que nos convierten a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública [...]

Así, bajo la mira de hablar acerca del *Debido Proceso* y la *Tutela Judicial Efectiva* con vista a la *Familia y/o a la vida en Familia*, estimamos conveniente destacar que, enfocar esos tres objetos *bajo la perspectiva de derecho humano*, como en efecto estimamos que cada uno lo es, si bien es de gran trascendencia, resulta insuficiente, al no ser únicamente el punto de vista jurídico, sea positivista, iusnaturalista o humanista el que se ve involucrado en el tratamiento del grupo familiar.

En realidad, la Familia interesa a las más diversas y esenciales disciplinas, tiene y merece una mayor capacidad de atracción de pensamiento y reflexión, apta para convocar estudios diversos más extensos. Esto último es así, en razón de su conexión con la totalidad de aspectos existenciales y vitales del individuo, lo que nos llama a enfatizar cómo los derechos, deberes y obligaciones de Familia, la composición y recomposición de ésta y, por ende, su necesaria protección por parte de la autoridad y del Estado todo, suelen prolongarse mucho más allá de la subsistencia de lazos tales como el matrimonio o el concubinato, por ejemplo, haciendo, por tanto, imprescindible la presencia perenne de instituciones y funcionarios aptos para su apoyo y custodia.

## II. MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

El orden jurídico mexicano cuenta con el articulado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 que, como sabemos, ha sido objeto de múltiples y continuas reformas en los más variados tópicos, uno de los cuales es precisamente, por su expresa inclusión, dimensión e interpretación recientes, el de los Derechos Humanos.

En ese aspecto, sus Artículos primero, 29 y 133 son, en su redacción vigente, de la mayor relevancia para ubicarnos en un contexto regulador interno enmarcado por dos ámbitos, el de fuente interna mismo y el existente a nivel internacional, habida cuenta de que los Tratados Internacionales tienen, junto con la Constitución, el carácter de Ley Suprema de la Unión. Aspecto éste que, en materia de Derechos Humanos, nos arroja una ruta interpretativa

y aplicativa de normas jurídicas ineludible, expansora de contenidos y garantías procesales de ineludible atención.

Al efecto, es dable tener en consideración que, en los últimos años, de continuo y, más aún luego de las reformas del año 2011 en materia de Derechos Humanos, se ha ido haciendo cada vez más necesario e indispensable aprender y vincular los contextos jurídicos interno y externo, en beneficio de una protección cada vez más amplia de los particulares frente al poder público y en procura de un cumplimiento cada vez más puntual de los compromisos asumidos por el Estado mexicano ante sujetos de Derecho Internacional. Dicho esto con todo el cortejo de cambios de perspectiva y desempeño requerido de abogados, estudiantes, estudiosos, académicos, jueces, resolutores de controversias, autoridades y, en general, de gobernados y gobernantes, testigos y actores todos de tan señera actualización.

Bajo esa óptica, con fines de delimitación temática, el punto de anclaje para este trabajo está, por supuesto, en lo dispuesto en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su actual texto y, desde luego, en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica,<sup>5</sup> a la que es preciso acudir en tanto convenio escrito de Derecho Internacional Público, rector de los compromisos del Estado mexicano, a cuya luz se debe analizar nuestra combinación de tópicos en estudio:

Familia y/o vida en Familia, derecho humano indiscutible, así como Debido Proceso y Tutela Judicial Efectiva, a su vez como dos Derechos Humanos-garantías aptos para hacer valer, en favor de la dicha familia y de su vivencia, la protección jurídica que le es obligada.<sup>6</sup>

Para proceder a ello, estimamos conveniente enfatizar ahora nuestro interés en destacar no sólo la protección a la Familia, sino a la Familia misma y a la vivencia de ella, conforme a lo desarrollado a continuación.

<sup>5</sup> Todas las referencias que en el presente trabajo sean hechas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* han sido consultadas de su texto hoy vigente, conforme consta en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>, fecha de consulta 24 de julio de 2015 y en cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos nos apoyamos en [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-2\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm), fecha de consulta 8 de mayo de 2015.

<sup>6</sup> No aludimos a la antigua noción de garantías individuales existente en nuestro texto constitucional antes de la reforma de 2011 en materia de Derechos Humanos, sino al sentido procesal de ser mecanismos para hacer valer Derechos Humanos o fundamentales.

### III. LA FAMILIA Y/O LA VIDA EN FAMILIA COMO DERECHO HUMANO

Cuando el poder constituyente dispuso en el Artículo cuarto de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que *la Ley protegerá la organización y desarrollo de la familia*, estableció un imperativo ineludible al Legislativo, como uno de los poderes constituidos.

Sentó allí mismo las bases sobre las cuales espera ver cumplida esa labor y sobre las cuales espera que la Familia sea vivida y vivificada por los gobernados:

Igualdad entre varón y mujer; libertad, responsabilidad e información para la procreación; identidad personal y registro de nacimientos; principio del interés superior de la niñez, materializado éste en alimentación, salud, educación, sano esparcimiento y desarrollo integral, por citar aspectos que se proyectan no sólo sobre autoridades y políticas públicas, sino ineludiblemente a cargo y por acción de ascendientes, tutores y custodios, es decir, gobernados, *los particulares* en general.

En algunos otros artículos de nuestra propia Constitución se alude igualmente a aspectos representativos de interés, preocupación de las familias y de sus integrantes o que se experimentan en el ámbito de cada una, ejemplificativamente citaremos el anhelo de favorecer a su integración en tanto criterio educativo, el involucramiento parental en la educación (Artículo 3º), la prohibición de actos de molestia carentes de mandamiento escrito, fundado y motivado de autoridad competente en contra de la familia (Artículo 16), la prohibición de restringir o suspender el ejercicio de los derechos a la protección a la familia, derechos de la niñez o garantías judiciales indispensables para su protección (Artículo 29), las normas protectoras del trabajo femenino en la gestación o la lactancia, en tanto épocas cruciales del ciclo vital, la ordenada y desiderativa suficiencia salarial para las necesidades de un jefe de familia, la imposibilidad de ejercer, contra los miembros de la familia de un trabajador, el cobro de las deudas a cargo de éste, la seguridad social y, en general, la extensión de beneficios laborales a los familiares del trabajador, así como el patrimonio de familia (Artículo 123), por mencionar algunos numerales.

Pese a ello, si bien es indudable que al Constituyente le importa y ha mandado la indicada protección de la familia, resulta igualmente indiscutible que *fue omiso en definir qué es la Familia*.

Asimismo, omitió atribuir *textual y directamente* el carácter de derecho humano a la Familia o a la vida en Familia, si bien se infiere, del Artículo

29 constitucional, que su importancia es tal, que ha prohibido suspender o restringir *los derechos a su protección*.

De tal modo, ante su obligada y no suspendible atención, así como a la evidente dimensión social de la familia, no hay duda de que *su protección* está en el catálogo de Derechos Humanos. Sin embargo, nos parece que tal connotación debe ir más allá, procurando distinguir *si de por sí, la Familia o la vida en Familia* es un derecho humano. Esto es, no la protección a ella, sino ella misma.

Para tal efecto, es indispensable acudir al esquema de interpretación cuyos puntos de referencia están dados por el marco convencional y los Artículos primero y 133 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en un terreno humanista incontestable.

Para ese alcance, nos parece de toda evidencia que el ser humano, social por naturaleza, encuentra en la vida familiar, es decir, en la Familia, la entidad básica para su desarrollo, la expansión y expresión de sus potencialidades y aún para su supervivencia, incluso *con independencia de todo proceso de positivización* pues, es un imperativo de dignidad que se advierte, se descubre, se vuelve hacia él la mirada, sea o no *que se le redacte*.

La ausencia de una definición de familia no obedece, en nuestra opinión, nada más que al hecho de la variabilidad en su tipología pues, si bien se trata de una realidad universal, es vivencialmente diversa para cada individuo, época y lugar, lo cual, contrariamente a lo que podría pensarse, conduce a un *riesgo prácticamente nulo de que no se entienda el vocablo, habida cuenta del concepto que cada uno tiene de ella*.

En otras palabras, no es indispensable que se nos proporcione una definición, ni siquiera un concepto de familia, primeramente *porque cada uno tenemos el propio, de acuerdo a nuestra respectiva vivencia de familia* y luego por el consecuente perjuicio, de reservado pronóstico, que surgiría inmediatamente al ensayar cualquier definición delimitadora.

En ese sentido se ha pronunciado, por ejemplo, María Elena García Orta,<sup>7</sup> al afirmar que “la ausencia de definiciones del concepto de familia se debe a la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto que varía en función del contexto sociocultural”.

Ahora bien, para determinar si en el plano del Derecho interno mexicano existe un reconocimiento del carácter de derecho humano respecto de la

<sup>7</sup> GARCÍA ORTA, María Elena, “La protección de los Derechos Humanos de la familia en los instrumentos internacionales”, en *Derecho Familiar. Temas de Actualidad*, Ruperto Patiño Manfer y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz (Coords) México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, 2011, p. 228.

Familia o la vida en Familia o si hay los elementos para darlo por hecho, es preciso seguir, enfatizamos, la ruta interpretativa trazada para tránsito por los Artículos primero y 133 constitucionales.

El Artículo primero constitucional indica cómo, en los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en la misma Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.

Por su parte, el Artículo 133 constitucional dispone, a su vez, que la Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, *son* la Ley Suprema de toda la Unión.

Cabe por tanto acudir a la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto acuerdo de Derecho Internacional Público celebrado por los Estados Unidos Mexicanos, al cual nos adherimos el 24 de marzo de 1981 y que tiene dispuesto, en sus Artículos 17, 27 y 32, lo siguiente:

#### Artículo 17. *Protección a la Familia*

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...

#### Artículo 27. *Suspensión de Garantías*

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes Artículos: ...17 (protección a la Familia)... ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos...

#### Artículo 32. *Correlación entre Deberes y Derechos*

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

De lo inserto se advierte, a su vez, la inexistencia de una definición literal de lo que la familia es. No estimamos impedido afirmar que ello es debido a las mismas razones antes apuntadas de que, si bien puede predicarse de ella su carácter universal, el tipo y conformación que cada uno experimenta es por demás variado y cambiante en tiempo, lugar y cultura, lo que asimismo no impide a nadie comprenderla, justamente por ser vivencial.

Asimismo, es evidente que, en torno a la Familia, acerca de la existencia de un derecho, el texto alude sólo a su fundación: *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.*

Respetable y aceptado, es sabido que el matrimonio no es la forma única de fundar una familia; ésta ha podido, paulatinamente, surgir entre dos personas del mismo sexo. Ello no es aquí objeto de análisis. Lo examinado es, si con los textos antes insertos, resulta dable afirmar que la Convención internacional en cita reconoce en la Familia y/o en la vida en Familia un derecho humano *per se*, no nada más el derecho a exigir del Estado que la proteja, ni exclusivamente el derecho a fundarla, habida cuenta de que esto último alude únicamente a uno de los momentos del ciclo vital de cada uno y de que es un grupo social con mayor número y tipo de integrantes que sus fundadores.<sup>8</sup>

No obstante, derivamos que: *i)* siendo nuestro país un sujeto de Derecho Internacional obligado en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos; *ii)* encontrándose en ella prevista la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”; *iii)* derivándose así su carácter protegible; *iv)* siendo ello aplicable y exigible, por supuesto, a los Estados miembros de la Convención, como lo es México; *v)* no habiendo causa ninguna, por supuesto, para estimar esto excluido o materia de reserva alguna derivada de o inserta en nuestra legislación interna; *vi)* no existiendo ningún dato o elemento que en sí mismo contravenga nuestras normas fundamentales en el reconocimiento, la protección e incluso el establecimiento genérico de obligaciones individuales para con la familia, además de las existentes para con la sociedad y para con el Estado; y *vii)* siendo, como es, deseable buscar siempre la interpretación y protección más benéfica y amplia en materia de

<sup>8</sup> Lo aquí referido se formula sin olvidar que, para estructurar una visión del régimen internacional de protección a la Familia, es adecuado acudir también a otros tratados, tales como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, por citar algunos, a cuyo detalle y/o vigencia no nos dedicamos, a fin de apegarnos al marco normativo anunciado para este trabajo. Del examen de dichos instrumentos se aprecia, igualmente, la ausencia de un concepto único y de una definición literal de familia, así como la falta de una redacción específicamente literal y expresa de que ella en sí misma o la vida en su seno, constituye un derecho humano.

Derechos Humanos; puede perfectamente afirmarse que la Familia y/o la vida en Familia es en sí misma un derecho humano susceptible de tenerse como reconocido tanto en el marco convencional, como en el constitucional del Derecho Mexicano, con independencia de la forma de fundación, estructura, integrantes y, sobre todo, de su redacción.

Lo anterior no está reñido con que el Derecho interno delimite, no al grupo y tipo familiar ni a su preeminencia o valor, sino el alcance de los derechos, deberes y obligaciones exigibles en la cotidianidad entre sus miembros. Piénsese, por ejemplo, en la determinación del alcance que en grados y líneas de parentesco existe para generar impedimentos matrimoniales, alimentos o derechos sucesorios, pues esto alude, sobre todo, a los niveles de certeza sin los cuales sería imposible distribuir, con efectividad, las cargas y compromisos de convivencia y funcionalidad que son debidas para el sano desarrollo de los individuos.

De hecho, en cuanto a si la Familia o la experiencia de ella son o no un derecho humano, cabe consentir que, al darse la mayor preeminencia a su protección jurídica, al punto de prohibir, tanto en el texto convencional como en el constitucional, la suspensión o restricción de dicha protección, sumado ello a su universalidad, apoyada en la natural sociabilidad del ser humano, se puede afirmar que la Familia y/o la vida en Familia lo es, reiteramos, con exención de textos literales que así lo establezcan.

Más aún, insistimos: situándonos en la fuerza de la realidad del ser humano, en tanto ser social, grupal y afectivo nato, estimamos preciso rendirse ante la noción de la familia bajo las luces del Derecho Natural o del Humanismo Jurídico, es decir, como algo que es, que se descubre y que, si se positiviza, es solo como propósito demostrativo de cuán obligado resulta, para la autoridad, proveerle de elementos de regulación tendientes a su protección, sin que pueda llegar a pensarse que, la falta de redacción expresa de ello pudiere dar lugar a la ausencia del sustrato esencial.

Así, con mayor razón puede afirmarse que la Familia, la vida en Familia, es un derecho humano, haya o no un *literal* fundamento normativo de definición de ella ni para ello, pues, reiteramos, no hay ni puede haber un concepto único convertido en texto universalmente aceptado de Familia, ni de experiencia de Familia, dada la pluralidad social interna e internacional.

Tener la Familia y la experiencia de Familia como derecho humano o fundamental, al margen de toda definición letrística, además de uniformar en la diversidad a los particulares y de dar paso a su continua y notable transformación, genera un basamento para imponer y exigir del Estado la protección

genérica constitucional y convencionalmente establecida y para ir más allá, hasta el ámbito de la resolución de controversias, haciendo igualmente esperable en funcionarios y autoridades del propio ámbito, su apego a parámetros de actuación estrictos y aún especiales.

Tales situaciones habrán de conectarnos con los siguientes apartados del presente trabajo, no sin antes traer hasta aquí lo expuesto por el autor Ernesto Garzón Valdés,<sup>9</sup> para quien los Derechos Humanos se reconocen debido a que protegen bienes básicos, entendidos estos como los necesarios para la realización de cualquier plan de vida, como indispensables para que el individuo pueda actuar como lo que él da en llamar un agente moral autónomo.

Es decir que no necesitamos mayor claridad en redacciones, cuanto de mayor amplitud en visión de lo evidente: Nada en la sociedad es más básico que la Familia.

En este orden de ideas, el autor Rodrigo Labardini<sup>10</sup> presenta un punto de vista acerca de que:

...el Artículo 4o. Constitucional prescribe que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, pero no precisa sus características. Pero — más importante — no debe precisarlas. El contenido específico de los derechos consagrados en documentos básicos constitucionales no debe ser definido en el mismo, salvo que se considere un elemento vital del Estado. El contenido del derecho debe ser expresado por la sociedad en la medida que va siendo recogida en textos legales —nacionales e internacionales— y evoluciona con las épocas mutantes de la realidad contemporánea. El contenido particular de los valores que profesa y propugna la sociedad mexicana no debe precisarse a nivel constitucional —en particular en una constitución jurídica y formalmente rígida— sino dejar la definición de su contenido para la legislación secundaria. En este sentido, los valores constitucionales deben ser preservados y el derecho internacional es un excelente vehículo para ello.

El propio Doctor Labardini<sup>11</sup> prosigue su exposición en términos que nos resultan de interés y afirma:

La CPEUM [*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*], *strictu sensu*, no establece el derecho de toda persona a fundar una familia. Señala a (sic) que la ley la protegerá y hará lo necesario para desarrollarla, pero ello asume que esto ocurre una vez que exista la familia y no define quién tiene este derecho, para que una vez que se tenga, esa familia sea protegida por la ley. El espaciamento de los hijos [*refiere con respecto a otro de los contenidos del Artículo 4º constitucional*] no necesariamente

<sup>9</sup> Citado por CARBONELL, Miguel, *op cit*, nota 5, p. 10.

<sup>10</sup> LABARDINI, Rodrigo, "La Ley Suprema de toda la Unión", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 34, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, p. 432.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 467.

significa que define una familia sino que determina la libertad para procrear hijos, aunque no imprescindiblemente como parte de una familia (sic).<sup>12</sup> Más bien pueda ser en contraposición directa a la política de un solo hijo que adoptó la República Popular de China. Por el contrario, los textos internacionales dicen claramente que toda persona tiene derecho a fundar una familia. ¿Significa esto que CPEUM y tratados no están "de acuerdo"? No. Ambos sistemas normativos promueven la familia y resultan complementarios. Uno define unas normas y situaciones, otro reitera —con voces y vocablos diferentes— el mismo propósito y llena lagunas del primero y viceversa, y quizás en el proceso podrían no ser del todo coincidentes. Pero ambos sistemas procuran el mismo propósito y objetivo: el beneficio del pueblo [...] y la norma más favorable a la persona [...] es decir, existe conformidad y afinidad —material— entre ambos cuerpos jurídicos. Es decir, están de acuerdo.

Así las cosas, cabe enfatizar que, ciertamente, el Estado tiene a su cargo una no suspendible obligación de proteger jurídicamente a la Familia. El objeto de tal protección, es decir, *la Familia*, no ha sido conceptuado ni definido, estimamos, tanto por no ser necesario, como por favorecer la inclusión de cualquier tipo posible de familia. Creemos que no sólo su protección, sino ella misma, es decir, tener o pertenecer a una familia, en tanto grupo, no sólo el momento de su fundación o la posibilidad de fundarla, así como la vida en su seno, son derecho humano.

Consecuentemente, consideramos que dos de los medios más sólidos con los cuales puede cumplirse esa obligada protección, por parte del Estado, tienen que ver con el ámbito procesal de la resolución de contiendas.

A ello dedicaremos los siguientes apartados, no sin hacer mención de una cuestión asimismo examinable:

La diferencia entre el derecho humano y su garantía, sobre todo atendiendo a que aquél sea reconocido y ésta, en cambio, establecida, desarrollada o atribuida por el Estado, se traduce en que el derecho humano no requiere ser legislado para existir, sino sólo, a lo sumo, para establecer la operatividad a través de la cual se le hará efectivo.

Esta mención es importante, pues habremos de tratar en este trabajo, tanto a la Tutela Judicial Efectiva y al Debido Proceso como Derechos Humanos,

<sup>12</sup> Nos permitimos puntualizar nuestro interés en destacar el punto de vista del Dr. Juan Rodrigo Labardini Flores en cuanto a la inexistencia de un concepto de familia y a la complementareidad entre el orden interno e internacional de normas. Por el contrario, resaltamos que la noción de familia no sólo no debe ni puede estar definida, sino que existe con independencia de cuál sea la integración específica del número y perfil de sujetos que la conformen, es decir, no se asocia indispensablemente con el concepto nuclear de madre, padre e hijos. De hecho, actualmente, el criterio de jurisprudencia con número de registro 2002008 del Semanario Judicial de la Federación ha establecido, con claridad y acierto, que *basta con que nazca un niño para que surja una familia*.

sin desconocer como viable su apreciación —también— como garantías de un único derecho humano de acceso a la justicia y sin perder de vista que

Las garantías constitucionales no son más garantías individuales ni sociales [en el sentido anterior a la reforma constitucional de 2011], puesto que han sido eliminadas del universo jurídico moderno; sin embargo, persiste el enunciado de garantías pero con una connotación diversa, esto es, debe entenderse únicamente como mecanismos procesales para ser empleados en la protección, defensa y reclamación del respeto absoluto a los Derechos Humanos establecidos en la Constitución.<sup>13</sup>

#### IV. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO HUMANO

Como ya expusimos, el Artículo 27 de la propia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica tiene dispuesto que *las garantías judiciales de protección a la Familia* no son susceptibles de suspensión por los Estados miembros, lo que, a su vez, fue replicado en el numeral 29 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Toca ahora examinar, como propuesta del presente trabajo, a la Tutela Judicial Efectiva y al Debido Proceso como dos vertientes de esas garantías procesales y jurisdiccionales protectoras, no sin dejar constancia de que, por supuesto, su previsión, regulación y despliegue no son aspectos exclusivamente relacionados con la Familia y con los aspectos de controversia e intervención judicial vinculados con los deberes, derechos y obligaciones normados por el Derecho de Familia e incluso tampoco surgidos exclusivamente con motivo de ellos.<sup>14</sup>

Así, cabe mencionar cómo la misma Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en sus Artículos 8 y 25, tiene dispuesto, en materia de Tutela Judicial Efectiva, lo siguiente, en estrecha relación con nuestro tema de análisis:

##### Artículo 8.- Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

<sup>13</sup> BÉJAR FONSECA, José Luis, *Garantías de los Derechos Humanos*, México, Novum, 2014, p. 186.

<sup>14</sup> El análisis de estos temas ha surgido, como interés personal, con motivo de uno de nuestros trabajos académicos de estudio y posgrado en curso, siendo respetuosos de las diversas y más sólidas perspectivas doctrinales procesalistas existentes.

##### Artículo 25.- Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. [...]

Teniendo por establecido ya, a partir de la recíproca remisión de los Artículos primero y 133 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los Derechos Humanos previstos tanto en los Tratados Internacionales como en la Convención Americana de Derechos Humanos, que la Familia o la Vida en Familia es uno de ellos y que la obligación a cargo del Estado Mexicano de proteger a la Familia tiene por correlativo un derecho para todos y cada uno de los integrantes de todas y cada una de las familias, cuya magnitud es tal, que no admite restricción ni suspensión alguna, ni siquiera frente a eventos de índole extraordinaria, cabe asimismo destacar cómo esa obligada protección por parte del Estado incluye *el brindar acceso a la Justicia*.

Sin duda, la protección del grupo familiar a cargo del Estado puede comprender, y de hecho comprende, mayores y diversificadas acciones y políticas públicas, pero incluye, decididamente, reiteramos, el acceso a la Justicia.

Sin duda también, el acceso a la justicia no únicamente es necesario ni nada más es importante en el ámbito del Derecho de Familia, pero encuentra en él uno de los más grandes clamores de su adecuada operatividad.

A mayor abundamiento, el artículo 17 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha dispuesto expresamente que *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma*, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, prohibición que se equilibra al mandar y reconocer, en paralelo, que *toda persona tiene derecho a que se le administre justicia* por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, bajo el principio de gratuidad.

*Ninguna persona/toda persona*, palabras insoslayables del Constituyente bastantes para llevarnos a razonar una evidencia siempre sostenible: *nadie por sí mismo ni mediante la violencia, todos ante la autoridad, con y por el Derecho, a través de la judicialización*. Para ello existe y opera entonces la llamada *Tutela Judicial Efectiva*, a la que en lo individual y con fines académicos hemos estudiado y nos hemos referido asumiendo y proponiendo, como ahora, que ella es hoy una obligada respuesta de autoridad, enmarcada en una visión *iusnaturalista, humanista*, del otrora tradicional, privatista, formal y *positivista* derecho subjetivo procesal de acción y su contrapartida, el derecho de defensa, así como del impulso procesal. Dicho esto ya sea respecto de la acción procesal básica del Derecho Adjetivo, para hacer valer un derecho subjetivo fundado en el Derecho Sustantivo o de la acción constitucional sustentada para acudir a la vía de Amparo, en reparación de violaciones a Derechos Humanos.

De hecho, es incontestable que *toda persona* —en su cabal sentido jurídico de sujeto de Derecho—, integrada al elemento humano del Estado, debe existir, ser y vivir con la certeza de tener la posibilidad de actuar y promover ante los órganos y medios de impartición de justicia establecidos en el Estado y por el Derecho, para la resolución de sus controversias o para el ejercicio y defensa de su esfera jurídica toda, y confiar en que con ello es creíble, posible, esperable *obtener una resolución razonable, ejecutable y, sobre todo, apta para dar a cada quien lo que le corresponda*, e incluso, cuánto mejor si goza de un suficiente nivel de persuasión/convicción capaz de generar su cumplimiento espontáneo.

Es en todo ello donde radica, en última instancia, la llamada Tutela Judicial o Jurisdiccional Efectiva, para cuyo análisis conviene tener en cuenta algunas de las perspectivas doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

#### A. Elementos doctrinales de la noción de tutela judicial efectiva

Edificada, en última instancia, reiteramos, sobre la prohibición de hacer Justicia por propia mano y de ejercer violencia para hacer valer un derecho, la noción de Tutela Judicial Efectiva es mucho más amplia que la sola idea de promover o accionar en un procedimiento judicial o de solución de controversias del cual resulte, al fin, la verdadera resolución de una *litis*.

En estricto sentido, promover o accionar no abarca más allá de la puesta en marcha de un procedimiento.

Incluso el Debido Proceso, al cual nos referiremos más adelante, parece apegarse a la precisión formal del mismo. La Tutela Judicial Efectiva nos conduce, en cambio, al consecuente despliegue de todo el ámbito de facultades, conocimientos y sensibilidad implícitos en la presencia y desempeño judiciales, con miras a la preservación y efectividad del derecho de fondo.

Si en la puesta en marcha del procedimiento se detuviera, estaríamos más que nada, reiteramos también, ante la noción de acción procesal con la cual comparte, ciertamente, *en su extremo inicial*, alguna semejanza, pero con respecto a la cual implica mucho más:

La Tutela Judicial Efectiva apareja la posibilidad de todos y de cualquiera de *acudir al proceso* sí, pero además de que quien ya en efecto litiga, sea sujeto del *debido proceso* —sobre el que más adelante particularizaremos— con la asequible *expectativa de que se falle a su favor*, lo cual debiera ocurrir si efectivamente invoca, *acredita y cumple los elementos sustantivos y adjetivos aplicables y, por supuesto, los probatorios para merecerlo* —toda vez que, sabido es, no todo el que promueve gana—, con la aptitud de *solicitar la revisión de toda decisión* emitida por el órgano resolutor de la controversia, cuando, siendo en su concepto afectado por su contenido, estime que deba ser corregida y, por último, *de hacer ejecutable* la determinación decisoria, una vez firme, para con ello *realizar idealmente la Justicia* en la propia esfera jurídica.<sup>15</sup>

Más aún, lo esperado y esperable para el accionante es una actitud comprometida y activa de parte del juzgador, quien velando por la igualdad de las partes, vela por el interés y razón de ser del Estado mismo, a cuyo aparato se adscribe, de restablecer la armonía y el orden allí donde ha surgido una controversia. Actitud y desempeño docto, participativo y presencial, atento al equilibrio, sensible a los intereses en disputa, los cuales, cuando de Familia se trata, se hallan inmersos en un entorno por demás emotivo, exigente de la máxima nobleza, aptitud y diligencia en el funcionario respectivo.

A través de la Tutela Judicial Efectiva, más allá del hecho de ser oído y vencido en juicio, la aspiración es contar con la diligencia tendiente a que

<sup>15</sup> Sobre el particular puede consultarse a TOLLER, Fernando M., "El derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Fundamentos, implicaciones y Derecho Comparado", en *Derecho Procesal Constitucional*, 5a. edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), pp. 3225-3280. Así como MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, disponible en: [http://scholar.google.com/scholar?start=50&q=tutela+judicial+efectiva&hl=es&as\\_sdt=0,5](http://scholar.google.com/scholar?start=50&q=tutela+judicial+efectiva&hl=es&as_sdt=0,5), (fecha de consulta 8 de marzo de 2015). De URTECHO NAVARRO, Santos, "La Conexión del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva", en *Revista Jurídica Cajamarca*, disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista13/debido.htm>, (fecha de consulta 13 de marzo de 2015).

venza, en ese juicio, el verdadero derecho, lo cual supone contar con la más pulcra observancia de su cometido por parte del juzgador.

### B. La tutela judicial efectiva en nuestra jurisprudencia

Existen diversos y numerosos criterios sostenidos por nuestros Tribunales, útiles para delimitar a la Tutela Judicial Efectiva, con miras a colocarnos en condiciones de visualizar su deseada operatividad en materia del Derecho de Familia en México.

Es innegable que la Tutela Judicial Efectiva puede ser analizada bajo dos puntos de enfoque: el de quienes conforman el ya mencionado elemento humano del Estado, aspirantes a la Justicia del caso concreto y el del Estado mismo, como obligado a proveerla, regularla y actualizarla a través del actuar de sus órganos correspondientes, poniéndola al alcance de los particulares.<sup>16</sup>

Así pues, como derecho y obligación es como examinaremos los criterios referidos en los dos siguientes apartados.

#### 1. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva

Como concepto general, nuestros tribunales han formulado, en el criterio identificado con el Registro No. 2006569, que la Tutela Judicial Efectiva es:

El derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute la decisión.

Lo anterior destaca de ella un aspecto al que podríamos llamar *abstracto*, consistente en la genérica facultad de hacer valer una acción u oponer una

<sup>16</sup> Los criterios jurisprudenciales comentados en este trabajo fueron consultados bajo la voz de al SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Tutela Judicial Efectiva" en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=TUTELA%20JUDICIAL%20EFECTIVA&Dominio=Rubro,Texto&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&Hits=20> atendiendo sobre todo a la Novena y Décima épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, con fechas de consulta del 16 de marzo y 27 de julio de 2015. Señalaremos el respectivo número de registro de los que hemos estimado como más importantes para nuestra exposición, para simplificar su examen directo por los interesados.

excepción, contradicción o defensa, así como la necesaria predeterminación, por el órgano Legislativo, en cuyas manos está desarrollar la protección no sólo de la Familia, sino de los gobernados en general, de la secuencia de los pasos, tiempos, formas y extremos de la secuela procesal de que se trate; con la fundada y sólida expectativa de obtener, al cabo, un resultado individualizado consistente en lograr una resolución de fondo, susceptible, a su vez, de identificarse y vivirse como la materialización de la Justicia, en la respectiva esfera jurídica de quien haya fungido como parte, de modo inmediato o, incluso, después de ser impugnabile, habida cuenta de que su impugnabilidad es en sí misma un signo de Tutela Judicial efectiva, como lo admite asimismo el criterio con registro 162506, dada la falibilidad humana de que no están exentos los órganos decisorios y la conveniencia de fiscalizar su actuación para, en efecto, corroborar que, gracias a ella, se acceda efectivamente a esa Justicia.

Por su parte, el criterio con registro número 168826 se ocupa de precisar que, efectivamente, en la Tutela Judicial Efectiva encontramos *una garantía* relacionada precisamente con la prohibición universal de hacerse justicia por propia mano y, por ende, vinculada con el *principio de buena fe procesal*, entendida ésta como una conducta socialmente admitida como correcta y por tanto exigible, dentro de un proceso, a toda persona. Buena fe procesal que, por nuestra parte, visualizamos como la contrapartida misma de la actitud y aptitud judiciales; esto es, así como los particulares o gobernados esperan del juzgador no únicamente el ser oídos y vencidos en juicio, sino vencer cuando la razón y el derecho les asiste, así lo deseable es que, para obtenerlo, se conduzcan con impecable corrección en el procedimiento.

Así, nuestros Tribunales al delimitar a la Tutela Judicial Efectiva han tenido a la vista tanto el ángulo del particular como el del funcionario, a fin de establecer para aquél un derecho a la administración de justicia, mediante el acceso a la autoridad jurisdiccional y, para ésta, una perspectiva *facilitadora* de ese acceso a la jurisdicción, a fin de mantenerse dentro de los límites de las formalidades *necesarias, razonables y proporcionales* del caso, lo que en suma será cumplir, como Estado, con que se encuentre dicha autoridad legalmente dotada de las atribuciones necesarias para resolver una *litis* a su vez prevista en el orden jurídico y, finalmente, con que existan los mecanismos necesarios y eficaces para plantear, si es necesario, un recurso judicial que cristalice y amplíe la prerrogativa de defensa (Criterio con Registro número 2000479).

Sentado lo básico, es preciso hacer presentes los caracteres atribuidos, por nuestros Tribunales, a la Tutela Judicial Efectiva en diversos criterios jurisprudenciales, reflejo de su cotidiano quehacer:

- a) No excluye la noción de *tutela no jurisdiccional* pues, en último análisis, comprende toda realización de funciones *materialmente* jurisdiccionales.<sup>17</sup>
- b) Para el justiciable, particular o gobernado, es un *derecho con al menos tres etapas, en cada una de las cuales hay asimismo una correlativa labor de los órganos del Estado, con la característica de alcanzar no solamente a los procesos vinculados ante jueces, sino a todos aquéllos seguidos ante autoridades, decíamos, que realicen funciones materialmente jurisdiccionales:*
  - *Una etapa previa al proceso*, como mero derecho de todos y cualquiera de acceso a la jurisdicción cuando sea necesario;
  - *Una etapa judicial*, donde se cuenta con las garantías del Debido Proceso —materia de otro apartado— y que, por ende, transcurre ya dentro del procedimiento de que se trate y,
  - *Una tercera y última etapa*, posterior al juicio, en la cual se busca la eficacia de las resoluciones emitidas (Criterio con Registro número 2003018).
- c) Es, por tanto, entendida como un derecho gradual y sucesivo, secuencial pues, en tanto se perfecciona por el transcurso una a una, de todas sus fases, en el paulatino logro de sus respectivos objetivos, merced a los aspectos sustantivos y adjetivos del caso. Al efecto nos permitimos puntualizar cómo la Tutela Judicial Efectiva se actualiza para cada una de las partes en litigio, independientemente de si devienen triunfantes o no. En otras palabras, los contendientes merecen igualdad de trato, atención y oportunidad de hacer valer sus respectivos derechos. El triunfo dependerá, en todo caso, de contar con la razón, de cumplir con los términos y plazos, y de la eficacia y eficiencia de las pruebas. No obstante, actores y demandados, vencedores y vencidos, deben haber gozado de elementos tales que, incluso en el no éxito, se cumplan los

<sup>17</sup> Cabe tener presente la distinción de los criterios *formal y material u orgánico y funcional* de actuación de los órganos estatales, por cuya virtud, si bien el quehacer del Estado suele dividirse en las funciones Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional, confiada cada una a un órgano específico y diverso, suele hallarse que, a su vez, cada órgano desempeña actividades que comparten su esencia con las asignadas a otro.

extremos de oportunidad de ser oído en juicio, sin que ello nos impida reafirmar que la aspiración es, en esencia, que el éxito se alcance por quien realmente se encuentre asistido de razón.

- d) Es un derecho complejo que descansa sobre el principio de igualdad de todas las personas, físicas e, inclusive, morales, y que remite, reiteramos, a la Buena fe procesal (Criterio con Registro número 2004618).
- e) Como derecho complejo, la Tutela Judicial Efectiva integra, en sí misma, el acatamiento de varios principios:
  - *Pro actione*, que favorece la admisión a trámite de la acción,
  - *Iura novit curia*, que da por sentado el hecho de ser el Juez conecedor del Derecho, y
  - *De eficiencia*, destinado a no entorpecer los procedimientos, impidiendo a los órganos jurisdiccionales la interpretación rigorista de las disposiciones legales, para no vulnerar el principio *pro homine* (Criterio con registro número 2002689).
  - *In dubio pro actione o favor actionis*, cuyo significado es el de *favorecer la admisión de la pretensión*, evitando hermenéuticas ritualistas, sin desechar pretensiones que padezcan defectos subsanables, acudiendo para ello, si es preciso, a la interpretación convencional [es decir, la derivada de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica] (Criterio con Registro número 2003187).

En consecuencia, la integración de una Tutela Judicial Efectiva conlleva o aglutina diversos derechos ínsitos y se vincula inclusive con otros diversos extremos como: *la gratuidad*, en tanto forma de evitar obstáculos económicos para el acceso a la Justicia; *el traslado* documental; a contar con un medio idóneo y eficaz para el *estudio, en su caso, de la violación* a Derechos Humanos; a *obtener una resolución* fundada en Derecho; a la *suplencia de la queja deficiente* para beneficio de aquéllos grupos a quienes el orden jurídico estima vulnerables, evitando así generar afectaciones a la dignidad y calidad de vida de los involucrados, por algo tan formal como los meros tecnicismos procesales, aspecto éste último de indispensable resalte en tratándose de casos de la materia familiar; entre otros, que son clara muestra de una intención protectora en materia de Justicia, ancorada en las previsiones del citado Pacto de San José de Costa Rica y propia de un Estado de Derecho, ampliamente consultables en la Doctrina y en la Jurisprudencia, cuya revisión nos ha permitido señalar lo ahora expuesto y cuyo estudio es asimismo aconsejable profundizar.

## 2. La prestación de la Tutela Judicial Efectiva

La impartición de justicia es una de las funciones cruciales del Estado. Por sí misma justificativa de la existencia de éste, bajo la perspectiva de la Teoría Política. Uno de los objetivos de todo Pacto Social. Los gobernados se someten al órgano decisorio por confianza en que su determinación habrá de ser representativa de orden y justicia, muestra de civilidad.

Consecuentemente, se encuentra radicada en el campo del Derecho Público e implica un impedimento para los órganos del poder público de condicionar o prohibir el acceso inicial a la administración de justicia y, además, el acceso inmediato a una segunda instancia (Criterio con Registro número 162250). Así, lleva implícitos compromisos a cargo del Estado por virtud de los cuales, por ejemplo, el órgano Legislativo se encuentra obligado no sólo a emitir la regulación adjetiva y con ello determinar los plazos y términos razonables para el ejercicio de los derechos de acción y excepción o defensa de los particulares, sino a prever la existencia, facultades, tiempos, formas, vías, competencias y modos de actuación de los órganos de decisión de controversias, sin crear formalidades procesales impeditivas, innecesarias, irracionales o desproporcionadas.

Con lo anterior, las instancias de solución de contiendas o impartición de Justicia, formales y/o materiales, estarán en condición de cumplir sus propias obligaciones consistentes, a modo de muestra, en interpretar las disposiciones procesales lo más favorablemente posible a la realización de una Tutela Judicial Efectiva, como ejercicio y reconocimiento de un derecho humano, así como suplir, cuando proceda, las deficiencias de las partes, actuando en la admisión de juicios, incidentes o recursos bajo aplicación estricta y sin más límite que el de no afectar las garantías procesales de la contraparte, asistida como está de iguales derechos, *más aún, estimamos, porque al tratarse de un Derecho Humano, la tutela judicial efectiva es un equilibrado merecimiento de ambas.* (Criterios con Registros números 2002600 y 2007064).

En suma, cuando se leen diversos criterios de jurisprudencia llamados bajo la voz "Tutela Judicial Efectiva", se encuentra la posibilidad de identificar y concluir que la contrapartida del derecho de los particulares o gobernados, en punto a ella y a cargo de los juzgadores, está en administrar justicia pronta y completa, evitando a toda costa los obstáculos o dilaciones innecesarias, de modo consonante con los principios pro persona y de interpretación conforme, resolviendo *necesariamente* los conflictos planteados, sin obstaculizar con tecnicismos y detalles el enjuiciamiento de fondo; garantizar el acceso

y la tramitación de recursos legales sencillos, rápidos y efectivos, aptos para remediar la violación a los Derechos Humanos que en su caso existiere; respetar la igualdad de las partes dentro de las actuaciones procesales e, inclusive, como *desideratum con tintes de obligación* y de modo muy importante, el llegar a admitir una demanda sólo por estar así previsto en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, *aún si faltara un fundamento literal legal secundario o aunque el interesado errara en la competencia, fallara en la vía o equivocara la acción, justo porque nuestro legislador ha indicado que ésta acción procede en juicio aún sin expresar su nombre, si en ella se especifica la prestación reclamada y la causa de pedir.*

En otras palabras: se espera del Estado y de sus jueces, la puesta en práctica de todos cuantos medios al alcance estén de sus funciones clásicas para satisfacer la Tutela Judicial Efectiva en favor de los particulares, por ser un derecho humano que trasciende, con mucho, reiteramos, al privatista, inicial y tradicional derecho de acción, representativo, apenas, de la posibilidad de poner en curso la secuela del procedimiento.

Así, con el propósito de atender justo ese aspecto, habremos ahora de referirnos al Debido Proceso Legal.

## V. EL DEBIDO PROCESO EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA

Expuesto lo que antecede, cabe asimismo plantearse cuál es el contenido de la llamada Garantía de Debido Proceso o Debido Proceso Legal —sin perder de vista lo ya comentado en torno a la idea de *garantía*—, para luego considerar la relación de semejanza o diferencia que guarda con la Tutela Judicial Efectiva y, finalmente, conectar ambas con el esquema protector de la Familia y/o la Vida en Familia que nos ocupa.

Al efecto, es útil resaltar al Debido Proceso como un aspecto de larga evolución, sustentado en la intención de poner coto al abuso del poder político por parte de sus detentadores, en resguardo de los particulares o gobernados. Tan es así, que podemos encontrar sus más remotos orígenes en la Carta Magna de 1215 o en el instrumento denominado *Bill of Rights* de 1689, dos documentos ingleses de gran importancia; a partir de los cuales se generó un mecanismo protector de los hombres libres e iguales frente al poder del monarca, sometiéndolo a éste a la Ley y asegurando un juicio de pares antes de sufrir, en su caso, una privación de la libertad o de los bienes.

Sería materia de un trabajo específico delinear la evolución histórica, su tránsito al Derecho norteamericano y su propio desarrollo en nuestro México, a partir, por ejemplo, de un documento aspiracional y señero, para nosotros, como la Constitución de Apatzingán. No es por ahora nuestro objetivo.

Valga simplemente afirmar que si bien mucho de su origen y de su trayecto histórico fue la necesidad de acotar al poder y generar un ámbito de desempeño especialmente aplicable a la materia penal, ha venido a proyectarse respecto de cualquier materia y en todo Estado Constitucional de Derecho.

Así como en el caso de la Tutela Judicial Efectiva fue necesario marcar que va mucho más allá de la acción, excepción, defensa e impulso procesales, en tratándose del Debido Proceso se debe puntualizar que supera, con mucho, también, la básica idea de las “formalidades esenciales del procedimiento”. Las comprende, sí, más no se agota en ellas, en virtud de que:

Een la actualidad el contenido del debido proceso no se define exclusivamente a partir de reglas [legales] procesales, sino más bien partiendo de principios constitucionales y convencionales que son instrumentales a la realización efectiva de los Derechos Humanos [bajo la siguiente] tipología...

- a) *El debido proceso legal*, entendido a partir del principio de estricta legalidad podríamos definirlo como el conjunto de reglas procesales sometidas a reserva de la ley.
- b) *El debido proceso constitucional*, entendido como el conjunto de reglas, principios y valores de naturaleza constitucional que buscan la realización efectiva de los derechos fundamentales [...] mediante el establecimiento concreto de derechos y garantías que le son obligatorias a las autoridades en el ámbito de los diferentes procedimientos mediante los cuales se define el contenido, el alcance y los límites de los derechos subjetivos y de las obligaciones de las personas, en el marco de sendos procedimientos seguidos por las autoridades competentes.
- c) *El debido proceso convencional*: entendido como el conjunto de reglas, principios y valores derivados del DIDH [*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*], que sustentan el establecimiento de una serie de garantías judiciales (administrativas y de otro tipo) a cargo del Estado, para la determinación del contenido, el alcance y los límites de los derechos de las personas, en el marco de sendos procedimientos seguidos por las autoridades competentes.<sup>18</sup>

Es importante tener en cuenta cómo la respectiva protección no se limita a la actuación ante funcionarios judiciales, ni está restringida a ciertas y determinadas materias. Lo abarca todo.

<sup>18</sup> FAJARDO MORALES Zamir Andrés, “Introducción”, en *El derecho humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 20-21.

De igual forma, conviene comprender que, si el debido proceso no se identifica estrictamente con las formalidades legales del procedimiento, es con el fin y por la razón de preconizar una protección más amplia, capaz de armonizar tres ámbitos jurídicos en juego; como nos permitimos reseñar de una exposición a cargo de José Ulises Carmona Tinoco,<sup>19</sup> interesante por aportar una visión compatible con una amplia protección, a veces contrastante con el contenido, en evolución, de los criterios jurisprudenciales que asimismo tocaremos:

*El ámbito del Derecho Constitucional Procesal*: integrado por las normas constitucionales de Derecho Interno con incidencia en el proceso, generalmente desarrolladas —trasvasadas dice el autor— en los diversos códigos procesales.

*El ámbito del Derecho Procesal Constitucional*: Integrado a su vez, nos refiere, por las figuras integrantes del sector de protección y garantías de nuestra Constitución, es decir, por los medios de defensa constitucional que suelen sí tener carácter procesal y buscan restablecer la Constitución cuando ha sido transgredida o inobservada por sus destinatarios, y previstos en su articulado por ella misma, a saber: El juicio de amparo (Artículo 103 y 107), las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales (Artículo 105), el juicio de revisión en materia electoral, así como el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (Artículo 96), la protección no jurisdiccional de los Derechos Humanos (Artículo 102 apartado B), el juicio político (Artículo 111) y la responsabilidad patrimonial del Estado (Artículo 113).

*El ámbito del Derecho Internacional Procesal*: Compuesto por las normas de fuente internacional, en cuyas relaciones recíprocas priman la interpretación conforme, el principio pro persona y la ponderación, como resultado de que la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, otorgó, por la vía del Artículo primero —y nosotros agregaríamos, *en conjunción con lo ya dispuesto, a su vez, por el Artículo 133* —, rango de Ley Suprema de la Unión a las normas de Derechos Humanos de los tratados internacionales, lo cual, —enfatisa el Doctrinario en cita—, *es incluso diferente de decir tratados internacionales en materia de Derechos Humanos*, pues abre paso a la intención de generar un panorama más amplio: Derechos Humanos previstos en cualquier tratado internacional, cualquier derecho humano previsto en

<sup>19</sup> CARMONA TINOCO, José Ulises, “La articulación de los estándares de fuente interna e internacional del debido proceso”, *Ibidem*, pp. 38-43.

cualquier tratado internacional, es decir, tomando en cuenta el criterio de los derechos y no el de los instrumentos donde se contengan.

En suma, siguiendo todavía en este párrafo a José Ulises Carmona Tinoco, los llamados estándares del Debido Proceso se encuentran en instrumentos internacionales de carácter regional y universal y, en específico para nosotros, en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, con reflejo en nuestro Derecho interno.

Como puede apreciarse, el Debido Proceso guarda capital importancia en la actuación de toda autoridad y materia. Es en sí mismo un derecho humano y funge también como resguardo de todo ulterior derecho humano, junto con la Tutela Judicial Efectiva, exigiendo, en nuestro concepto, una revisión para vincularlos con los aspectos de intervención judicial previstos por el Derecho de Familia, así como con toda autoridad llamada a intervenir en la resolución de controversias en torno a los derechos, deberes y obligaciones relacionados con la Familia y/o la vida en Familia, por ser todos Derechos Humanos protegibles *per se*.

El fundamento del derecho humano al Debido Proceso se encuentra en el Artículo 14 y su imposibilidad de suspensión se registra en el ya citado Artículo 29, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el primero de ellos se ha dispuesto que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que *se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento* y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

No es, por supuesto, una disposición novedosa, pero sí merecedora de atención bajo nueva perspectiva, introductora de lo establecido en criterios jurisprudenciales, donde se destaca lo siguiente:<sup>20</sup>

- A) Los elementos integrantes del Debido Proceso tienen dos vertientes: por un lado, la referida a las *formalidades esenciales del procedimiento*, a su vez, observables en la doble perspectiva del *sujeto pasivo del procedimiento*, o sea quien esté en riesgo de sufrir un acto de autoridad privativo, en cuya esfera cobran preeminencia la notificación inicial, los alegatos, el ofrecimiento de pruebas y, desde luego, la resolución;

<sup>20</sup> De manera similar a lo efectuado con relación a la Tutela Judicial Efectiva, en éste y en el siguiente apartados comentaremos los criterios de jurisprudencia que nos han parecido relevantes para nuestro trabajo, proporcionando el número de su respectivo Registro, sin perjuicio de insertar, en caso necesario, el o los textos cuya redacción sea más apta a los fines de la presente exposición, todo ello con la finalidad de simplificar la lectura. Cabe resaltar que los criterios de mérito se extrajeron asimismo de la Novena y Décima Épocas del *Semanario Judicial de la Federación*.

y, por otro, *la de los bienes sustantivos constitucionalmente protegidos con dichas formalidades*, es decir, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos, ello asimismo bajo la perspectiva de quien, *como sujeto activo, insta a la función jurisdiccional* para reivindicar un derecho, resaltando allí las posibilidades de contradicción y ofrecimiento de pruebas, todo ello como forma de acceso a la justicia (Criterio con Registro 2005401).

- B) Se ha planteado, en similar sentido, que el contenido del derecho al Debido Proceso tiene un “núcleo duro” de las llamadas formalidades esenciales del procedimiento, cuyo objetivo es precisamente *permitir la defensa* del gobernado, antes de la modificación definitiva de su esfera jurídica por parte de la autoridad y con dos ámbitos aplicativos: el de aquél en contra de quien se haya ejercitado un derecho procesal de acción, es decir, el demandado, cuya situación será definida en jurisdicción y, además, el de la posibilidad misma de accionar en contra de otro [par se entiende] para hacer efectivo el propio derecho sustantivo, en tanto actor (Criterio con número de Registro 2004466).
- C) Se cuenta igualmente con que, además del ya citado “núcleo duro” del derecho al Debido Proceso, *observable en todo procedimiento jurisdiccional* e integrado por las llamadas formalidades esenciales —a saber, se precisa, la notificación inicial, la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, la oportunidad de alegar y el dictado de una resolución dirimente de impugnación posible—, que conforman la “garantía de audiencia”; existe además *otro núcleo de garantías aplicables en todo proceso vinculado con la potestad punitiva del Estado* —en sus vertientes penal, migratoria, fiscal y administrativa—, las cuales comprenden, *para toda persona*, por ejemplo, el contar con abogado, el no declarar contra sí misma y conocer la causa del procedimiento sancionatorio y, específicamente *para personas en situación de vulnerabilidad*, el disponer de asistencia consular, traductor, intérprete o gozar de la presencia de representantes legales, por ejemplo (Criterio con Registro 2003017).
- D) Por otra parte, es incontrastable que, el Debido Proceso se conecta, naturalmente, con la obligación de fundar y motivar toda determinación, de antaño constitucionalmente impuesta por el Artículo 16 de nuestra Constitución, de las autoridades; a su vez queda integrada al valioso

principio de legalidad, como aspecto destacable de los insertos en el criterio jurisprudencial con Registro número 176546.<sup>21</sup>

Consecuentemente, se observa en el Debido Proceso la presencia y vigencia de un derecho humano cuya operatividad y elementos se han gestado a lo largo de la Historia, pero con una perspectiva hoy mucho más detallada en su exigibilidad y alcances.

Por ello, en combinación con la esencia, objetivos y elementos de la Tutela Judicial Efectiva, está llamado a proteger todo el esquema de Derechos Humanos y sustantivos del orden jurídico, proveyendo de elementos argumentativos de ninguna manera desdeñables, especialmente en cuestiones tan sensibles y delicadas como la Familia y los derechos, deberes y obligaciones que la informen y sostienen.

#### VI. NORMAS PROCESALES DEL DISTRITO FEDERAL VINCULADAS CON LA MATERIA FAMILIAR

Como escenario usual del principio y fin de la vida, como marco de las emociones, de las ilusiones y de los proyectos, la Familia está inmersa y es fuente de significativas interacciones. En su seno se albergan todas las edades, individualidades, condiciones físicas y procesos intelectuales de sus miembros. Anidan valores, tradiciones, recuerdos y ejemplos, en paralelismo con aspectos materiales de proveeduría y sostén. Allí encuadra la salud y, por desgracia, la enfermedad, tanto en lo físico como en lo psicológico y anímico.

En la Familia existen jerarquías, códigos de conducta, valores, estructuras organizativas, penas, alegrías, personalidades, temores, esperanzas, rutinas, costumbres. Enfrenta presiones y procesos y está llamada, en el mejor de los casos, a permitir el desarrollo y estabilidad más completa de sus integrantes, sin demérito de la unidad que los identifica como núcleo afectivo.

Siendo así, lo natural es que en ella surjan diferencias, ajustes necesarios que, a veces, no son simples ni transcurren llanamente; aparece entonces la discusión y el verdadero conflicto. Las dificultades de solución hacen presencia justamente porque los desacuerdos están muchas veces basados, no

<sup>21</sup> Conviene remitir a un análisis efectuado por el Dr. Miguel Carbonell, si bien abocado al campo del Derecho Penal y por tanto no vinculado a nuestro tema, pero que aporta información de recomendada lectura. Indica este autor que los actuales alcances del principio de legalidad comprenden *la reserva de la ley, la taxatividad, la prohibición de analogía y la proporcionalidad sancionadora*. Véase para ello "Nueva Interpretación del Principio Constitucional de Legalidad en Materia Penal", en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, No. 6, México, Tercera Época, 2006, pp. 29-54.

en la interpretación ni en la malinterpretación de las normas, sino en las emociones.

En lo general, el Derecho tiene previstos los más diversos panoramas e hipótesis fácticas y la Ley, como producto de un trabajo colectivo, con todo y sus defectos de redacción o previsión, suele brindar un esquema apto para la recuperación del equilibrio. Sin embargo, los factores emocionales de la individualidad, no fácilmente aceptan, siempre y en todos los casos, de modo espontáneo, el no tener la razón o el que no triunfe la propia postura, *con razón o hasta sin ella*. Por lo cual, se hace indispensable la intervención judicial.

Ante ello, toca ahora revisar en qué medida la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso se ven plasmados y dispuestos para operar dentro de la legislación sustantiva y procesal vigentes en el Distrito Federal, en el específico aspecto de la tramitación de los procedimientos vinculados con esos multicitados derechos, deberes y obligaciones previstos por el Derecho de Familia y en las controversias del orden familiar, a la espera de encontrar reflejado allí el derecho humano de protección a la Familia, en la perspectiva, asimismo propuesta, de tener a la Familia y/o a la vida en Familia como derecho humano en sí mismo, en tanto beneficiarios de tal protección.

En este punto cabe reflexionar lo deseable de que tanto las normas de Derecho Positivo, como el desempeño judicial, se animen de la consideración de lo delicado, humano y sensible de las relaciones jurídico familiares, así como de la importancia, no sólo de contar con disposiciones al respecto, sino de ver magnificado, preceptuado y convertido en realidad, tanto al Debido Proceso como a la Tutela Judicial Efectiva.

En este sentido, importa tener en cuenta la afirmación del Maestro don José Becerra Bautista,<sup>22</sup> para quien "El juez debe "decir el derecho" y para ello debe tener facultades que derivan de su vinculación al Estado, del que forma parte [pues] La función jurisdiccional la ejerce el juez por delegación del estado y en nombre de éste."

Lo anterior es tan relevante como evidente, y es justamente por ello que se robustece la perspectiva de derecho humano, a la cual nos hemos acogido, acerca de la Familia y de la Vida en Familia; lo mismo respecto al Debido Proceso y Tutela Judicial Efectiva, por cuanto con ello se ponen de relieve los correlativos deberes del Estado.

En similar sentido, Hernando Devis Echandía<sup>23</sup> indica que:

<sup>22</sup> BECERRA BAUTISTA, José, *Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil*, 2a. edición, México, Ediciones de América Central, 1970, p. 37.

<sup>23</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 2012, pp. 66-68.

Por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial [cuyo] fin principal [es] satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante las decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social; su fin secundario es satisfacer el interés privado en la composición de los litigios y en el juzgamiento de quienes resulten imputados en ilícitos penales, mediante el proceso, o en obtener el fin concreto especial que los interesados persigan con este (porque no siempre existe litigio en el proceso)...

No omitimos hacer mención de la existencia de opiniones doctrinales y acciones legislativas tendientes a generar la autonomía de un Derecho Procesal Familiar, como igualmente existen acerca de la parte sustantiva o Derecho de Familia, así como de la existencia de ordenamientos de la materia en las Entidades Federativas, independizados del Derecho Civil.<sup>24</sup>

Ello es muestra de la preeminencia de la materia en el mundo jurídico, así como de la especial naturaleza de las relaciones, instituciones y estados que la conforman. Se trata de un tema motivo de estudio paralelo y especializado, del que no habremos de ocuparnos ahora, cuando lo destacable para nuestros fines es que, no importando cuál sea el manejo estructural del Derecho Positivo, lo importante es contar con funcionarios y órganos del Estado dotados de la capacitación y sensibilidad necesarias para poner al alcance de los ciudadanos la debida asistencia en el trance de los desacuerdos, desavenencias y conflictos que inevitablemente surgen en la experiencia de los derechos, deberes y obligaciones del Derecho de Familia. Contendias explicables y no, dada la solidez, perdurabilidad e intimidad de los vínculos humanos implícitos.

Dentro del Código Civil para el Distrito Federal existe regulación que necesariamente conduce a la presencia del Juez de lo Familiar, pues en dicho ordenamiento se establecen casos y formas para ello, por ejemplo, el señalamiento como facultados o legitimados para demandar la nulidad de un matrimonio a sujetos diferentes de los interesados, como lo son los hijos, los ascendientes o el Ministerio Público, o posibilitar a tutores, hermanos o colaterales para el aseguramiento de alimentos, así como la enunciación de los legitimados para reclamar la filiación o contradecirla o del incumplimiento de los deberes de custodia; sin contar con que es allí donde se ha incluido

<sup>24</sup> En lo relativo a la propuesta de un Derecho Procesal Familiar independiente puede consultarse a CÁRDENAS GUZMÁN, Mauricio A., "Notas en torno al contenido, estructura y particularidades del Derecho Procesal Familiar", en *Derecho de Familia*, Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala (Coors.), México, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2014, pp. 335-368.

el articulado necesario para hacer valer el cúmulo de esos derechos, deberes y obligaciones de la materia, todo lo cual incluye fuertes responsabilidades judiciales. Sin embargo, por el corte que hemos asignado a nuestro texto, centraremos nuestra atención en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Cabe aclarar nuestra forma de trabajo: mencionaremos las normas relacionadas con el tema de Familia, sin específico señalamiento del apartado al cual se adscriben, ni de su forma y vía práctica de operancia, para privilegiar el objetivo de marcar, en su contenido, los aspectos hacia los cuales el Legislador y el elemento humano del Estado, respectivamente, dispuso el uno y espera el otro, una incontrastable dignidad y altura de miras por parte de quienes resuelven tan sensibles controversias.

Quedará a la vista que nuestras normas procesales locales pueden ser examinadas con el enfoque de delinear allí la deseable presencia y efectos de la Tutela Judicial Efectiva y del Debido Proceso.

Al efecto sabemos que, tradicionalmente, la Doctrina y el Derecho han reconocido en la materia familiar, características especiales que tienen incidencia o pertenecen al procedimiento, tales como las siguientes:

- a) Se consideran procedimientos de orden público.
- b) El Juez de lo Familiar está facultado para actuar de oficio en múltiples supuestos, como aquéllos en donde intervengan menores o se trate de alimentos, sin que por ello deje de contarse con la rogación e impulso de las partes.
- c) Existe suplencia de la deficiencia en los planteamientos de las partes.
- d) Tradicionalmente, el Juez ha desempeñado funciones de exhortar a las partes al avenimiento.
- e) Asimismo, la autoridad judicial ha estado en el deber de adoptar todas las medidas tendientes a la preservación de la familia.
- f) Ha estado igualmente establecido en la legislación, un cierto relajamiento en las formalidades de actuación.
- g) Se ha impuesto la participación del Ministerio Público y de diversos auxiliares de la administración de justicia, en aspectos, por ejemplo, de carácter psicológico o médico.

Desde siempre se ha concedido la necesidad de someter las propias controversias a la decisión de un tercero imparcial e independiente, del que se esperan las mejores cualidades. Ya en la Historia, por ejemplo, la Tercera

Partida se refería los jueces como *hombres buenos, puestos para mandar y hacer derecho*.<sup>25</sup>

Llevado esto a nuestros días y a nuestra materia, es reiterado ese anhelo de contar con Jueces de altura tan elevada como grande es el desafío. Así se ha destacado de antaño por tratadistas como, por ejemplo, Don José Becerra Bautista,<sup>26</sup> quien, comentando la reforma legal ocurrida el 26 de febrero de 1973, cuando fue adicionado al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el apartado destinado a las Controversias del Orden Familiar, decía, con relación al deber de tomar medidas para preservar la Familia, *en sus más estrictas palabras*, que:

Este amplio criterio legislativo obliga a quienes tienen el deber de designar a los jueces de lo familiar a seleccionar y elegir sólo a hombres y mujeres que por su experiencia, ponderación, sabiduría y sentido humano puedan realmente preservar a la familia, sin cometer abusos o iniquidades que perjudiquen a sus miembros.

Realmente, la responsabilidad que implican estas atribuciones deben hacer temblar a los designados porque ante una sociedad que desconoce sus obligaciones... deberá suplir con su prudencia, sabiduría y equidad lo que ya no pueden imponer la religión, la moral ni aun el derecho natural.

[El subrayado es nuestro]

Si la reflexión del Maestro Becerra nos resulta sobresaliente, un atento examen de las condiciones actuales de regulación, así como los giros y vuelcos evolutivos de la legislación en materia familiar o, mejor dicho, de la Familia y la Vida en Familia en especial, registrados en los últimos quince años aproximadamente en el Distrito Federal, en el marco del nuevo paradigma de privilegio a los Derechos Humanos, de la amplitud de horizontes de fuente normativa y de los parámetros de interpretación hoy vigentes y aplicables, es obligado comentar los siguientes elementos regulatorios, integrados todos a la normatividad procesal familiar del Distrito Federal, en los cuales se da ocasión a que los juzgadores desplieguen las aptitudes y facultades con que indudablemente cuentan, para hacer efectivo, en el plano de la realidad, tanto la llamada Tutela Judicial Efectiva como el Debido Proceso.

A fin de cuentas es autorizado tener presente cómo, en todo proceso, el objetivo está en el esclarecimiento de la verdad fundatoria de la Justicia. Si,

<sup>25</sup> Lo que no es anecdótico, si consideramos que *Las Siete Partidas* fueron parte de la legislación vigente en nuestro país, hasta antes de la aparición del Código de Procedimientos Civiles de 1870. Véase su publicación especial, recientemente realizada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en esfuerzo común con el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

<sup>26</sup> *El Proceso Civil en México*, 11a. edición, México, Porrúa, 1984, p. 524.

como es la idea de Peter Häberle,<sup>27</sup> *la Justicia es la verdad del Derecho*, y si ello —refuerza—, junto con el bien común, lejos de ser demanda excesiva al Estado constitucional, son sus ideales immanentes, resulta entonces —decimos— que Justicia y Verdad son búsquedas tan difíciles que suelen ser de aproximación y, por tanto, búsquedas no fáciles, más no renunciables.

La dimensión del Juzgador ha de ser tal que nos coloque lo más lejos posible del escepticismo de Blaise Pascal,<sup>28</sup> quien satirizó con asombro, y para nuestro asombro, acerca de que

A tres grados de distancia del polo, la jurisprudencia entera se invierte. Un meridiano decide qué es la verdad, un par de años sobre la propiedad. La Constitución cambia. El derecho tiene su época. Chistosa justicia que cambia después de pasar un río u opera dentro de los límites geográficos marcados por las montañas: verdad de este lado de los Pirineos, falsedad del otro lado...

Habremos pues de comentar ahora cómo, en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,<sup>29</sup> han existido y existen disposiciones que, pueden o no ser de reciente cuño, y otras que, además, van en el camino práctico de su completa implementación, pero, indiscutiblemente, a la luz del nuevo paradigma de aplicación e interpretación del Derecho, admiten atento examen y están a la continua espera, es decir, en cada caso a su vez planteado ante nuestros Tribunales, de renovado afán.

Hay dos elementos primeramente dispuestos en dicho cuerpo normativo, como aspectos genéricos destacables: la determinación legislativa de que la acción proceda en juicio, aun cuando no se exprese su nombre, siempre y cuando se determine claramente la clase de prestación requerida del demandado y el título o causa de dicha acción y, asimismo, la disposición que ordena tener por contestada la demanda en sentido negativo en tratándose de asuntos familiares y del estado civil de las personas, cuando el demandado sea omiso en presentar su escrito de contestación (Artículos 2 y 271).

<sup>27</sup> Véase respecto al sentido de la verdad, HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 151.

<sup>28</sup> Citado por Peter Häberle, *Ibidem*, p. 57.

<sup>29</sup> Los preceptos con apoyo en los cuales relacionamos, en este apartado, los aspectos procesales destacables en materia familiar son, entre otros, los siguientes: Artículos 24, 48, 49, 55, 58, 59, 65, 156, 205, 208, 210, 212, 213, 272-B, 346, 395, 398, 430, 431, 433, 434, 615, 776, 779, 796, 832, 833, 860, 871 y siguientes, 895, 901 BIS, 902, 905, 907, 908, 910, 912, 915 y siguientes, 924, 925, 938 y 939 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, además de los expresamente mencionados en el texto de este trabajo. Puede verse, para ello <http://www.aldf.gob.mx/archivo-185866279a40e1c0599b96dce41cd19c.pdf> (fecha de consulta 27 de julio de 2015).

Otro tanto puede afirmarse de la suplencia del planteamiento deficiente establecido en materia familiar a partir de una reforma efectuada el 27 de diciembre de 1983 y de la facultad y deber de los tribunales de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que les presten auxilio en la averiguación de la verdad subyacente en toda contienda y la de emitir resoluciones claras, precisas y congruentes (Artículos 941, 81 y 288).

Estos aspectos no son, desde luego, en modo alguno novedosos. Sin embargo, frente a la intención definitivamente protectora, de posibilitar la solución de fondo de los planteamientos efectuados por las partes, evitando su descarte por meros tecnicismos y/o formalismos entorpecedores del acceso a la Justicia y procurando el equilibrio de quienes puedan sufrir alguna vulnerabilidad especial, como parte de una debida Tutela Judicial Efectiva, se perfilan como constitutivos de un grupo de normas adjetivas que, ya sean de antiguo existentes o de producción reciente, merecen y exigen ser invocadas, interpretadas y llevadas a la realidad práctica con una perspectiva más actualizada, sobre todo, en materias tan sensibles como el Derecho de Familia.

Hay aspectos, por ejemplo, existentes de suyo por razones de lógica, economía procesal y accesibilidad procesal, como lo son las reglas de fijación de la competencia en atención al domicilio del demandado, menores, incapacitados o tutores, domicilio conyugal o las aplicables en materia de alimentos, así como la remisión al lugar donde se hubieren presentado a contraer matrimonio los pretendientes, en los casos de suplencia del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o impedimentos, las cuales ciertamente cobran hoy especial matiz de *facilitar*, en el más amplio sentido, una verdadera oportunidad de acceso a la Justicia.

Por ello, y aunque sin pretensiones de exhaustividad, procuraremos referir en el presente apartado algunas de estas, acentuando las que exigen una mayor diligencia en el nuevo paradigma de acceso a la justicia, por expresa encomienda tanto del Constituyente como del Legislador ordinario.

Ejemplificativamente, tenemos lo siguiente:

Los efectos de las decisiones judiciales en materia de acciones del estado civil, la representación del ausente por parte del Ministerio Público o inclusive su asistencia por un gestor judicial, así como la obligación impuesta al juzgador de exhortar continuamente a la conciliación e incluso a la mediación, junto a la atribución para que pudiera ordenarse la privacidad en audiencias relativas al divorcio, nulidad del matrimonio o las que conforme a su criterio lo ameritasen, han sido llamamientos a ejercer su más prudente criterio protector de las partes.

Otro tanto puede predicarse de todo lo regulado hasta ahora y que será igualmente enunciado a continuación, como muestra del compromiso judicial, a saber:

La previsión expresa de actuar en procura del interés superior del menor, como principio y valor originado asimismo de fuente internacional, cuyo definitivo alcance habrá de tomar forma en el puntual quehacer judicial.

Las posibilidades de solicitar el apoyo e intervención de áreas como el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el Sistema de Auxilio a Víctimas en temas relacionados con la Violencia Familiar, así como las determinaciones a tomar en materia de separación de personas como acto prejudicial o la regulación de la mediación o el despliegue de la vía de apremio para hacer efectivo el cumplimiento de convenios de solución de controversias y la facultad para practicar y ajustar o variar diligencias, hacer apercibimientos y tomar en cuenta dictámenes, informes y opiniones de instituciones públicas o privadas a efecto de establecer, en caso de conflicto, la situación de hijos menores.

Las facultades judiciales de promover acuerdos entre los litigantes acerca de las pretensiones propuestas en los convenios de divorcio sin causa, a la par de la imposibilidad de someter al arbitraje, salvo excepciones legalmente establecidas, el derecho de recibir alimentos, el divorcio, las acciones de nulidad de matrimonio, los procedimientos concernientes al estado civil de las personas, tienen marcada finalidad de privilegiar la directa intervención judicial.

La existencia de reglas especiales en materia de prueba pericial para asuntos de materia familiar, dado el señalamiento de perito único de las listas de Auxiliares de la Administración de Justicia o de institución pública o privada, así como las normas de desahogo y desarrollo de audiencias en torno a que exista identidad entre el Juez asistente al desahogo de pruebas y formulación de alegatos y quien dicte sentencia, con el deber de mantener la mayor igualdad de las partes, de dirigir los debates, de procurar la asistencia del Ministerio Público en asuntos relacionados con la persona o bienes de menores o incapacitados y derechos o bienes de un ausente.

En materia sucesoria, tan íntimamente vinculada con el Derecho de Familia que forma parte de la competencia de los Jueces de lo Familiar, los deberes de proceder a la designación de tutor para herederos o legatarios menores de edad, o de procurar la representación de ausentes, menores o incapacitados por parte del Ministerio Público, así como de hacer que se designe tutor especial ante conflicto de intereses, de resolver sobre inconformidades de todo cónyuge supérstite con el albacea, teniéndolo como parte en los convenios de

partición, velando como corresponda por la posesión y administración de los bienes de la sociedad conyugal, aunado a los especiales caracteres y efectos de la tramitación sucesoria del patrimonio de familia.

Los deberes, asimismo inherentes a la labor del Juzgador por el carácter de procedimiento especial asignado a los casos de pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una Institución pública o privada de asistencia social, con intervención del Ministerio Público y bajo el imperativo de celeridad, que llevó al Legislador a negar la existencia de reconvencción y a imponer la celebración de una sola audiencia.

El deber de procurar la comparecencia del representante legal de la institución de que se trate, de quienes ejerzan la patria potestad y la intervención del Ministerio Público, cuando un menor fuere recibido por dichas instituciones para ser dado en adopción, suprimiendo el orden específico de las medidas de apremio a que hubiere lugar, a fin de que la tutela de dicho menor quedare, cuanto antes, a cargo de la institución correspondiente.

La intervención judicial en materia de interdicción, declaración de minoridad y conferimiento de tutela, donde se ha admitido, incluso, la existencia de promociones de menores con dieciséis años cumplidos y la práctica de diligencias prejudiciales o medidas tendientes al bienestar del incapacitado, en el marco de la intervención médica y pericial del caso, con el nombramiento de tutor y curador interinos, en las cuales el Legislador ha esperado y confía en que el juez actúe "con todo escrúpulo", según el Artículo 902 del Código en comento, nombrando asimismo tutor interino, proveyendo legalmente a la patria potestad o la tutela de la o las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado —más complejo y humanamente comprometido aún— establecer, en la resolución respectiva, el alcance de la capacidad, así como la extensión y límites de la Tutela del interdicto de que se trate, cuestiones estas últimas que han generado movimiento de opinión frecuentemente.

En esos aspectos, no ha sido, por supuesto, menor el desafío enfrentado por el Juez, en tanto funcionario y en tanto ser humano, de oír en juicio al presunto incapacitado, presidiendo todo examen del mismo con vista a la protección de la persona y conservación de sus bienes y haciendo cuantas preguntas estimase convenientes a médicos, partes y testigos para calificar las pruebas.

De igual modo, como parte de la atención a quienes se encuentren en estado de minoridad, es igualmente destacable el imperativo de oír, cuando tuviere dieciséis años o más, al menor que se oponga al nombramiento de tutor hecho por quien, no siendo su ascendiente le hubiera instituido heredero o legatario

El cuidado y responsabilidad de llevar, en el Juzgado, un registro de todos los discernimientos de los cargos de tutor y curador, de proveer al reemplazo de los fallecidos, a la exigencia y prevención para la rendición de cuentas, así como el acopio de noticias del estado de la tutela y prevenir para la rendición de cuentas.

El necesario apego a las normas acerca de la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, emitiendo la correspondiente licencia judicial, cuidando el cumplimiento de que en efecto exista absoluta necesidad o evidente utilidad, valorando la conveniencia o no de subasta para bienes muebles, apreciando el valor de los títulos, procurando el desempeño de peritos, así como velando por la emisión de la conformidad del curador y del Consejo Local de Tutelas cuando un tutor pretenda recibir dinero prestado a nombre de su pupilo y paralelamente, los compromisos insertos en la enajenación, transacción, gravamen y arrendamiento de bienes de los ausentes, aspectos todos de cuidadoso manejo, dada la vulnerabilidad de los sujetos involucrados.

Vigilar el cumplimiento de las normas en materia de adopción nacional o internacional, incluyendo de elementos tales como la acreditación de buena salud de los promoventes y del menor, la práctica de estudios socioeconómicos y psicológicos a cargo del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o de los profesionistas e instituciones especializadas legalmente previstas; decretar la guarda y custodia provisional en caso de exposición de menores; hacer que se cuente con acreditación de solvencia moral y económica, certificado de idoneidad para adoptar y autorización extendida al menor para entrar y residir permanentemente en el Estado al que pertenezcan los adoptantes, entre otros que, sin perjuicio de otras competencias, han constituido un campo propicio para el despliegue de una función por demás acuciosa, sin perjuicio de la simplificación y agilización de normas procesales tendientes a la celeridad y continuidad de las actuaciones y la necesaria e indelegable presencia y dirección personal del Juez, de cada una de las diligencias y actuaciones.

No puede omitirse hacer mención de la atención de autorizaciones para la enajenación o gravamen de bienes raíces o de la comparecencia en juicio solicitada por emancipados, así como las autorizaciones de contratación, solidaridad o fianza aplicables a los cónyuges y la calificación de excusas en su caso argumentadas contra el llamamiento al ejercicio de la patria potestad.

Y qué decir del deber de decretar, a su juicio, el depósito de menores o incapacitados maltratados por sus padres o tutores, o de quienes resulten víc-

timas de ejemplos perniciosos o sean forzados a cometer ilícitos; así como de suplir el consentimiento de los padres de menores en pretensión de contraer matrimonio y determinar sobre su custodia, todo ello sin necesidad de formalidad alguna, con un simple asiento de actas diarias de diligencias.

Por otra parte, los Artículos 940 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de referencia, tienen expresa disposición de que, como ya habíamos indicado, los problemas inherentes a la familia son de orden público, por constituir aquella, admite el Legislador, *la base de la integración de la sociedad*, facultando, por ende, al Juez para actuar de oficio en casos de menores, alimentos y violencia familiar, con posibilidades, reiteramos, de suplencia de deficiente planteamiento, exhortación al avenimiento y sugerencia de mediación; resolución de asuntos de guarda y custodia y convivencia de las niñas y los niños con sus padres, proveyendo a la escucha de los menores, con intervención del Agente del Ministerio Público de la adscripción y del asistente de menores del Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal. La imposición asimismo al Juez del deber, no sólo de apreciar todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, sino de acudir a la valoración psicológica del menor y de las partes solicitantes de la custodia, determinando a quién de los progenitores corresponda.

Asimismo, en los casos de violencia familiar, quedó a cargo del Juez de lo Familiar solicitar valoración psicoemocional del menor, con el fin de buscar de síntomas, para proteger la integridad física y psicológica de los hijos, pudiendo ordenar convivencias controladas o asistidas en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto o, inclusive, negarlas provisionalmente, cuando existiese peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los menores de edad.

Finalmente, en el capítulo de controversias del orden familiar se determinó expresamente la inexistencia de formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, calificación de impedimentos de matrimonio o diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y, en general, de todas las cuestiones familiares, salvo excepción legal establecida para los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Esa ausencia de formalidades, uno de los puntos de más relieve en la época de su introducción, ha sido ya un antecedente importante, identificado con un entendible y necesario desapego de los rígidos parámetros imperantes en

juicios no del orden familiar, sino patrimonial, apto para abrirle paso a la tendencia oral.

Tratándose de violencia familiar, el legislador reconoció en el juzgador aptitudes de exhortación al cese, mediante audiencia, incluso privada, y de hacer la determinación de las medidas procedentes para la protección de los menores y agredidos, en comunicación o con verificación de informes de instituciones públicas o privadas y escucha del Ministerio Público.

Destaca también cómo el legislador facultó al Juez de lo Familiar para atender incluso por comparecencia personal en los casos urgentes, proveyendo de defensor de oficio y, en su caso, con fijación de pensión alimenticia provisional, estableciendo amplitud en materia de pruebas, todo bajo su evaluación personal, si bien con precedente auxilio de especialistas o de instituciones especializadas en la materia, susceptibles de ser interrogados, al igual que testigos y demás comparecientes, en audiencias de las que lo esperado es que fuesen prontas y hasta concluidas con el dictado de la sentencia o, al menos, seguidas de una expedita emisión de ésta.

Asimismo, el legislador ha previsto que la recusación de un Juez o la promoción de excepciones dilatorias, no sea óbice para que el Juzgador que por el momento actuara, adopte medidas provisionales de depósito de personas, alimentos y menores, como una muestra más de las altas responsabilidades a cargo de dichos jueces, en tanto funcionarios sí, pero mayormente como individuos.

Por si todo lo expuesto no bastara ya para revelarnos la importancia legalmente asignada a la figura judicial en las materias del Derecho Familiar, el día 9 de junio de 2014 se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el *Decreto por el que se adicionan Diversas Disposiciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y por el que se Reforman Diversas Disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Superior del Justicia del Distrito Federal*, por virtud del cual se adicionaron los Artículos 1019 al 1080, al referido Código, que son correspondientes al Título Décimo Octavo denominado "Del Juicio Oral en Materia Familiar".

Los asuntos que habrán de ser sometidos a oralidad son los previstos en el Artículo 1019, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1019.- Se tramitarán en este juicio conforme a las disposiciones de este Título, las controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; régimen de convivencias; violencia familiar; nulidad de matrimonio; rectificación o nulidad de los atestados del registro civil; filiación; suspensión o pérdida de la patria potestad; constitución forzosa de patrimonio familiar; cambio de régimen patrimonial controvertido; y la interdicción contenciosa.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria; divorcio; pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social; de levantamiento de acta de reasignación para la concordancia sexo-genérica; y adopción nacional, se tramitarán conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios. Solo en caso de pago de alimentos se podrá presentar la demanda y contestación por escrito o comparecencia personal.

La modificación de las resoluciones definitivas dictadas en asuntos de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de convivencias e interdicción contenciosa, se substanciarán en juicio oral autónomo.

En este juicio no se requiere formalidad especial alguna, salvo los casos expresamente establecidos en este Título.

No se tramitarán en este procedimiento los juicios sucesorios, nulidad de testamento, petición de herencia, incapacidad para heredar, modificación de inventario por error o dolo, declaración de ausencia y presunción de muerte, restitución de menores, adopción internacional, diligencias prejudiciales de interdicción y los demás juicios de tramitación especial.

Dicha reforma planteó su entrada en vigor de manera paulatina, señalándose los treinta días hábiles siguientes a su publicación en la Gaceta para lo relativo a los procedimientos o juicios de rectificación de acta, adopción nacional, acciones derivadas de la filiación, juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexogenérica,<sup>30</sup> pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, interdicción contenciosa y nulidad de matrimonio; asignando en cambio, a los demás supuestos, una iniciación de vigencia programada a los trescientos sesenta y cinco días hábiles siguientes a tal publicación.

En su alcance, y debido a las complejidades de su implementación, el pasado 2 de junio de 2015 se publicó otro *Decreto por el que se Reforman Diversas Disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el Artículo Cuarto Transitorio del Decreto Publicado el 9 de junio de 2014 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal relativo al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, con la finalidad, entre otros puntos, de modificar la fecha de la plena entrada en vigor de la oralidad en el ámbito procesal familiar, remitiéndola al día primero de junio de 2016, en lugar de, como se esperaba, en junio de 2015, de acuerdo a lo originalmente establecido en el transitorio cuarto respectivo.

Este nuevo procedimiento está enmarcado en la tendencia progresiva hacia la oralidad, con la cual se pretende mayor celeridad e inmediatez en los

procedimientos, y que, todavía en mayor medida, exigirá de nuestros Juzgadores una superioridad y sensibilidad más que notables, precisamente por el furor y la animosidad interna que suelen aparejar los procedimientos familiares en las partes contendientes.

Se trata, pues, de un procedimiento regido por los principios de oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad, concentración, dirección, impulso y preclusión procesal, cuya materialización y significado se encuentran definidos por la propia Ley, caracterizado por la directa presencia judicial, la inexistencia de promociones escritas y el dictado oral de las sentencias, en donde, asimismo, el Juez deberá atender los casos de equidad establecidos en las leyes para grupos vulnerables, tener contacto directo y personal con las partes y, en general, conducir el proceso, en el menor tiempo posible y con el menor número de actos procesales, asistiendo a las partes vulnerables por deficiente aptitud de expresión, con las más amplias facultades de dirección procesal, a fin de decidir, en forma pronta y expedita, lo que en Derecho convenga, presidiendo directamente toda diligencia de desahogo de pruebas y exhortando al avenimiento.

Destacan los deberes judiciales de facilitar la comunicación libre, espontánea y con protección psicoemocional para menores, a través de la presencia del asistente de menores, pero sin aminorar por ello el peso de la responsabilidad judicial, habida cuenta de que, en caso de inasistencia de dicho auxiliar, quedará el Juez como responsable del desahogo de la diligencia, velando directamente por el interés superior del menor, quien será escuchado en salas especiales.

En lo general, resulta relevante el hecho de que el Juez está facultado para decretar y modificar en cualquier momento del procedimiento y de forma oficiosa, las medidas provisionales que sean necesarias *para preservar a la familia y proteger a sus miembros*, especialmente tratándose de menores de edad e interdictos.

Sabido es que, en la actualidad, los esquemas de razonamiento, interpretación, argumentación jurídica y resolución de conflictos atraviesan por cambios y ajustes. Algunos aspectos entran en juego y se enfrentan con la tradición de nuestro Sistema Jurídico, llamando a modificar lo exegético y positivista estricto; hay, también, materias en el Derecho que tocan, más que otras, los aspectos vivenciales y emocionales del ser humano, así es el Derecho de Familia, la Familia misma.

La tradicional División de Poderes generada por la Teoría Política, en la que se visualizó la actividad judicial con un perfil inseparablemente ligado

<sup>30</sup> Tema que, a su vez, ha recibido algunas actualizaciones legislativas por Decreto del 5 de febrero de 2015.

al mero texto de la Ley produjo un desempeño que hoy debe elongarse para responder, lo más humanamente posible, a las exigencias de los Derechos Humanos.

Abrir los enfoques para resolver los conflictos y reafirmarnos en la confianza de que la solución dada por el Juez, *en ejercicio de un tercio del poder del Estado*,<sup>31</sup> a un caso familiar concreto, es en efecto *la solución*.

En suma, es deseable, hoy más que nunca, ver materializado en la práctica lo planteado por nuestro máximo Tribunal en el criterio siguiente, entendido como una autoexigencia de los juzgadores y cuya importancia nos parece tal, que amerita ser citado de modo íntegro y textual, por su vínculo con lo expuesto:

Época: Décima Época. Registro: 2009343. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 19, Junio de 2015, Tomo III. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.3o.C.79 K (10a.). Página: 2470

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO. CUALIDADES DE LOS JUECES CONFORME A ESOS DERECHOS FUNDAMENTALES. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, como lo ha establecido la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Asimismo, la propia Primera Sala estableció que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene tres etapas que corresponden a tres derechos bien definidos, que son: 1. Una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; 2. Una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden los derechos fundamentales del debido proceso; y, 3. Una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas o el derecho a ejecutar la sentencia. Vinculado a este derecho fundamental, en específico, a la etapa judicial, el Artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho al debido proceso que tiene toda persona como parte sustancial de cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional y que comprende a las denominadas formalidades esenciales del procedimiento, que permiten una defensa previa a la afectación o modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad y que son (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii)

<sup>31</sup> Sobre esta afirmación, así como sobre las variadas perspectivas existentes acerca del Poder Judicial y de la actividad de los jueces, recomendamos la lectura de VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, 3a. edición, México, Porrúa, 2012.

la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y, (v) la posibilidad de impugnar dicha resolución. Ahora bien, cada una de esas etapas y sus correlativos derechos también están relacionados con una cualidad del juzgador. La primera cualidad (etapa previa al juicio), es la flexibilidad, conforme a la cual, toda traba debida a un aspecto de índole formal o a cualquier otra circunstancia que no esté justificada y que ocasione una consecuencia desproporcionada deberá ser removida a efecto de que se dé curso al planteamiento y las partes encuentren una solución jurídica a sus problemas. Conforme a esta cualidad, los juzgadores deben distinguir entre norma rígida y norma flexible, y no supeditar la admisión de demandas o recursos al cumplimiento o desahogo de requerimientos intrascendentes, que en el mejor de los casos vulneran la prontitud de la justicia y, en el peor de ellos, son verdaderos intentos para evitar el conocimiento de otro asunto. La segunda cualidad, vinculada al juicio, es decir, a la segunda etapa del acceso a la justicia, que va desde la admisión de la demanda hasta el dictado de la sentencia, donde como se indicó, deben respetarse las citadas formalidades esenciales que conforman el debido proceso, es la sensibilidad, pues el juzgador, sin dejar de ser imparcial, debe ser empático y comprender a la luz de los hechos de la demanda, qué es lo que quiere el actor y qué es lo que al respecto expresa el demandado, es decir, entender en su justa dimensión el problema jurídico cuya solución se pide, para de esa manera fijar correctamente la litis, suplir la queja en aquellos casos en los que proceda hacerlo, ordenar el desahogo oficioso de pruebas cuando ello sea posible y necesario para conocer la verdad, evitar vicios que ocasionen la reposición del procedimiento y dictar una sentencia con la suficiente motivación y fundamentación para no sólo cumplir con su función, sino convencer a las partes de la justicia del fallo y evitar en esa medida, la dilación que supondría la revisión de la sentencia. Con base en esa sensibilidad, debe pensar en la utilidad de su fallo, es decir, en sus implicaciones prácticas y no decidir los juicios de manera formal y dogmática bajo la presión de las partes, de la estadística judicial o del rezago institucional, heredado unas veces, creado otras. La última cualidad que debe tener el juzgador, vinculada a la tercera etapa del derecho de acceso a la justicia, de ejecución eficaz de la sentencia, es la severidad, pues agotado el proceso, declarado el derecho (concluida la jurisdicción) y convertida la sentencia de condena en cosa juzgada, es decir, en una entidad indiscutible, debe ser enérgico, de ser necesario, frente a su eventual contradicción por terceros. En efecto, el juzgador debe ser celoso de su fallo y adoptar de oficio (dado que la ejecución de sentencia es un tema de orden público), todas las medidas necesarias para promover el curso normal de la ejecución, pues en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. El juzgador debe entender que el debido proceso no aplica a la ejecución con la misma intensidad que en el juicio; que el derecho ya fue declarado; que la ejecución de la sentencia en sus términos es la regla y no la excepción; que la cosa juzgada no debe ser desconocida o ignorada bajo ninguna circunstancia y, en esa medida, que todas las actuaciones del condenado que no abonen a materializar su contenido, deben considerarse sospechosas y elaboradas con mala fe y, por ende, ser analizadas con suma cautela y desestimadas de plano cuando sea evidente que su único propósito es incum-

plir el fallo y, por último, que la normativa le provee de recursos jurídicos suficientes para hacer cumplir sus determinaciones, así sea coactivamente. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 473/2014. Javier Héctor Benítez Vázquez. 2 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Karlo Iván González Camacho.

Esta tesis se publicó el viernes 05 de junio de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación. [El subrayado es nuestro]

*Flexibilidad, sensibilidad, severidad*, todas en un mismo funcionario y en su individualidad personal, puestas al servicio de las partes, en ejercicio de la elevada función de impartición de Justicia. Elementos que hoy, como en su momento afirmó el Maestro Becerra Bautista, preocupado como estaba, hacia 1973, por los efectos y retos de la inserción legal del apartado destinado a las controversias del orden familiar en el respectivo Código, también podrían *hacer temblar* a los elegidos.<sup>32</sup> Ciertamente, hubo entonces un reto, hoy existe otro mayor, pero nosotros confiamos: los impartidores de justicia no habrán de inquietarse siquiera, pues están, sin duda, *llamados a y seguros de ir*, siempre, como entonces y como hasta ahora, más allá de la expectativa, de la potencia al acto, tal cual sabemos ocurre y sucederá cada día en el quehacer de nuestros tribunales.

## VII. CONCLUSIONES

La Familia, en tanto grupo primario y basamento social, carece de una definición literal universal en textos de Derecho positivo por la natural razón de apertura de conceptos, integrantes y experiencias que de ella existen, así como para transitar en armonía con su continua transformación.

Teniendo, como en efecto el Estado tiene, una no suspendible obligación de proteger jurídicamente a la Familia, obligación fundada en la Ley Suprema de la Unión, entendida ella en su vertiente de Derecho interno y como procedente de fuente convencional internacional; nos parece viable que ella misma, es decir el tener o pertenecer a una Familia, grupo y vida en su seno, es decir, la Familia y/o la Vida en Familia y *no solamente la posibilidad de fundarla o su protección una vez ya existente*, son derecho humano.

La Tutela Judicial Efectiva es, a su vez, un derecho humano que trasciende con mucho al derecho procesal de acción, en cuanto conlleva la posibilidad, mucho más amplia, de acudir al proceso, así como de someterse a un Debido proceso, con la razonable expectativa de obtener una resolución favorable y, por ende, de solicitar la revisión del fallo si no fuere así, para finalmente hacer ejecutable la resolución dictada, en la mira de que con ella se realice la Justicia en la propia esfera jurídica, todo ello como resultado de una actitud, aptitud y presencia judicial auténticamente custodia del verdadero derecho sustantivo.

Es decir, más allá del ser oído y vencido en juicio y supuesto asimismo que su proceder haya sido apegado a la más pura Buena Fe Procesal, se espera una diligencia judicial bastante para que venza el verdadero derecho.

La Tutela Judicial Efectiva, *en tanto derecho* de todo integrante del elemento humano del Estado, tiene su contrapartida, *como obligación* a cargo del órgano legislativo y a cargo también de nuestros jueces, a su vez, partes integrantes del aparato estatal, en el cumplimiento diligente de todo cuanto sea indispensable para la previsión de los procedimientos, plazos, formas, vías y competencias necesarios, así como en la expedita ejecución e interpretación tendientes a lograr la efectiva atención, estudio y resolución de los planteamientos procesales, al margen de tecnicismos y dilaciones innecesarias, realizando, particularmente en materias como la familiar, la suplencia de la queja deficiente que fuere precisa, facilitando el acceso a recursos y, en suma, desplegando el máximo esfuerzo de materialización de la Justicia en la esfera jurídica de las partes.

Ahora bien, en combinación con la Tutela Judicial Efectiva, el Debido Proceso está llamado a proteger todo el esquema de Derechos Humanos y sustantivos del orden jurídico. Para nuestros efectos, especialmente a la Familia, proveyendo de elementos formales y argumentativos imprescindibles en los casos y asuntos de cuestiones tan sensibles y delicadas como lo son las vinculadas con los derechos, deberes y obligaciones que la informan y sostienen. La impartición de Justicia es deber y justificante del Estado.

El Legislador ha dispuesto normas llamadas a regular numerosos momentos críticos de la Familia. Es allí donde digno es agradecer la función jurisdiccional en su doble aspecto, el de función esencial estatal y el de intervención de hombres y mujeres nobles, sensibles y preparados, que en su diario actuar intervienen en el más íntimo escenario del ser humano.

Así como en su día representó un desafío la inserción del apartado adjetivo destinado, en el Distrito Federal, a regular las controversias del orden

<sup>32</sup> Vid supra, p. 32.

familiar, así hoy nos encontramos ante los retos de la oralidad. Sin embargo, según lo hemos apuntado, el mismo Poder Judicial se exige a sí mismo *Flexibilidad, Sensibilidad, Severidad*, cada una como en su momento mejor corresponda a su desempeño. Debido y válido es confiar en que los aspectos vinculados con el Derecho de Familia reciben y recibirán los beneficios de tal compromiso.

EL MAÍZ: ENTRE LO SAGRADO Y LO PROFANO.  
DERECHOS DE LOS PUEBLOS  
("ÁMBITOS DE COMUNALIDAD")  
Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL  
(NUEVAS "ALAMBRADAS DEL SABER")

Oscar Arnulfo DE LA TORRE LARA\*

*¡Mis queridos hermanos, no olvidéis nunca, cuando oigáis pregonar  
el progreso de las luces, que, de las trampas del diablo,  
la más lograda es persuadirlos de que no existe!*

Charles BAUDELAIRE, "El spleen de París"

*El sueño de la razón produce monstruos.*

Francisco DE GOYA, "Los Caprichos"

EL BLUFF BIOTECNOLÓGICO

Jacques Ellul llamó *bluff tecnológico* al descaro implícito en el *discurso sobre la técnica*. A partir de la distinción que mantiene entre las palabras *technique* (técnica) y *technologie* (tecnología) —o el *logos* del discurso sobre la Técnica—, el teólogo bordelés entabló una notable crítica a la sociedad moderna que erige la *Técnica* como panacea.<sup>1</sup> La Técnica en el mundo moderno ha sido desarraigada del conjunto de relaciones culturales y éticas,

\* Profesor de la Universidad Autónoma de Aguascalientes e investigador del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.

<sup>1</sup> TIMES, Pieter, "Jacques Ellul, entre el pesimismo sociológico y la esperanza bíblica", en *Ixtus: Espíritu y Cultura* "Jacques Ellul (1912-1994) El bluff tecnológico", No. 36, Año IX, Cuernavaca, 2002, p. 34.

desarrollándose ajena a cualquier otro criterio que no sea ella misma, y convirtiéndose en un sistema autónomo que, obedeciendo a la lógica implacable de la eficiencia, tiende a colonizar progresivamente todos los ámbitos de la vida.<sup>2</sup> Precisamente en contra de esta *tecno-logía* —o discurso sobre la Técnica— ciega, ingenua o cínica, Ellul emprendió su lúcida crítica disidente, esto es, contra la cínica voluntad de ceguera sobre “lo que la Técnica hace y dice realmente”: el *bluff tecno-lógico*.

Como explica José María Sbert:

A raíz de la gran transformación derivada de la tecnificación de las relaciones humanas que significa el creciente dominio de la economía sobre la sociedad, todo lo que era sólido se desvaneció en el aire, se abandonaron los caminos conocidos y la humanidad se encontró sin señales que la guíen en ese nuevo país desconocido, que literalmente se destruye y se rehace todos los días, sin poder predecir cómo será el lugar hacia el que nos dirigimos. En la sociedad tecnológica, nos dice Ellul, los seres humanos vacilan entre la esperanza de ser liberados por el futuro utópico que les ofrecen la política y la tecnología, y la desesperación ante la paradójica situación en la que sus esperanzas suelen terminar, que es la opuesta a la liberación que pretendían alcanzar y que se parece más bien a la esclavitud y a la enajenación. Se sienten incapaces de cumplir con la promesa moderna de hacer la historia, sujetos como están a mecanismos ciegos, oscuros poderes en interacciones inexplicables.<sup>3</sup>

Por nuestra parte, retomando la idea del potente anarquista cristiano, hablaremos del *bluff* biotecnológico, esto es, el descaro implícito en el discurso sobre la biotecnología moderna,<sup>4</sup> ligado a los derechos de propiedad intelectual, como panacea para acabar con el hambre en el mundo. Discurso que en realidad enmascara una “cínica voluntad de ceguera” sobre los efectos perversos y adversos de un modelo de racionalidad basado en la eficiencia de la técnica biotecnológica y la invisibilización de la diversidad epistemológica del mundo. De modo que —a partir de las categorías de Ellul— por *bluff bio-tecno-lógico* entendemos la falacia que argumenta que los efectos nocivos de la biotecnología moderna pueden ser separados de sus efectos deseados; esto es, la escisión de los efectos negativos (las consecuencias para

<sup>2</sup> SBERT, José María y SCHWARZBECK, Humberto, “Editorial”, en *Ixtus: Espíritu y Cultura*, op. cit., p. 5.

<sup>3</sup> *Id.*, “La sacralización de la técnica” en *Ixtus: Espíritu y Cultura*, op. cit., pp. 165-166.

<sup>4</sup> Hablamos de biotecnología moderna en el sentido de que consideramos que la labor de los pueblos indígenas mexicanos al domesticar y diversificar el maíz nativo también es biotecnología, pero no en el sentido moderno o, más bien, moderno/occidental/capitalista. Se trata de una biotecnología hecha a escala humana.

la salud, el medio ambiente, culturales y socioeconómicas) de los positivos, bajo la falsa afirmación de la neutralidad tecnológica.

Ahora bien, en virtud de que se hace imprescindible la búsqueda de alternativas a la conformación profundamente excluyente y desigual del mundo moderno, se “exige —como bien afirma Edgardo Lander— un esfuerzo de deconstrucción del carácter universal y natural de la sociedad capitalista-liberal, lo que requiere el cuestionamiento de las pretensiones de objetividad y neutralidad de los principales instrumentos de naturalización y legitimación de este orden social,<sup>5</sup> en el caso que nos ocupa, la Ciencia y el Derecho y su supuesta neutralidad. De modo que este artículo pretende ser apenas un intento de dismantelar el discurso “neutro” y “humanitario” en torno a la biotecnología moderna y el régimen de patentes y protección a la propiedad intelectual. Nuestra crítica va encaminada a la construcción de un compromiso dialógico permanente, articulado a las estructuras de saber científico occidental y las formas de conocimiento de pueblos indígenas y campesinos, es decir, la puesta en práctica de un diálogo de saberes en contra de toda monocultura de saber, como dice Boaventura de Sousa Santos. Esto en virtud de que ninguna tecnología es neutra, sino que toda tecnología trae consigo el peso del modo de ver y estar en la naturaleza y con los otros. De modo que el futuro se encuentra en la encrucijada de los saberes y las tecnologías,<sup>6</sup> ya que no podemos perder de vista que la unción de la tecnología como solución a todos los problemas del mundo y su transferencia al ámbito de lo sagrado despoja al ser humano de toda facultad crítica hacia la misma.

La sacralización de la técnica en el mundo moderno se pone de manifiesto, como explican Boaventura de Sousa Santos, Paula Meneses y Joao Arriscado, en el exclusivismo epistemológico de la ciencia, que distingue entre el conocimiento técnico o especializado y el conocimiento lego. Separación radical que otorga legitimidad a la autonomía de los científicos y los especialistas en la toma de decisiones sobre asuntos considerados “de especialidad”, al tiempo que remite al ciudadano de a pie a un espacio de silencio, al atribuirle el estatuto de mero observador y consumidor de ciencia. No obstante, en los últimos años, en el ámbito de los estudios sociales sobre la ciencia, ha sido posible mostrar que, a pesar de la especificidad del conocimiento técnico, el modo como es socialmente aplicado no legitima que se haga una

<sup>5</sup> LANDER, Edgardo, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander (editor), CLACSO-UNESCO, Buenos Aires, 2000, p. 12.

<sup>6</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura, MENESES, María Paula G. y ARRISCADO NUNES, João, “Conhecimento e Transformação Social: Por uma Ecologia de Saberes”, en *Hiléia. Revista de Direito Ambiental da Amazonia*, Manaus, 2006, p. 45.

distinción absoluta y, por así decir, natural, entre conocimiento técnico y no técnico. La frontera entre los dos tipos de conocimiento es compleja y fluida, y la imposición de su separación como imperativo de rigor, de eficacia o de racionalidad —particularmente en circunstancias en que están en juego problemas complejos y diagnósticos controvertidos— legitima una organización específica del saber y del poder, incluso cuando se trata cuestiones como el bien común.<sup>7</sup>

La diversidad epistémica del mundo es potencialmente infinita, ya que todos los conocimientos son contextuales. No hay ningún conocimiento puro, ni conocimientos completos; hay constelaciones de conocimientos. En consecuencia, es cada vez más evidente que la reivindicación del carácter universal de la ciencia moderna es apenas una forma de particularismo, cuya particularidad consiste en tener poder para definir como particulares, locales, contextuales y situacionales todos los conocimientos que con él rivalizan.<sup>8</sup>

He aquí el meollo del asunto, ya que es necesario mostrar que el proceso de globalización neoliberal impone una específica concepción del mundo ligada a una férrea dominación jurídico/epistemológica. Así, el ocultamiento/descalificación de la ciencia campesina y la difusión/potencialización del saber científico/empresarial opera y se instrumenta jurídicamente a través de leyes vigentes (estatales), que reflejan la complicidad existente entre la ciencia occidental moderna y el modelo de desarrollo dominante, mismo que sostiene que el mundo es un lugar caótico y desordenado sin la intervención disciplinadora y creadora de orden fundada en el conocimiento científico. Esto nos lleva a cuestionarnos seriamente respecto a la relación entre saber y poder, esto es, la concepción autoritaria de la ciencia y la legitimidad del poder estatal —en franca reorganización neoliberal— en un proceso que pasa por encima de todo lo que es público [los bienes comunes], en especial en lo que tiene que ver con la tierra, el agua, el aire, el mar y los recursos naturales. Por lo que afirmamos que las formas de vida vernáculas y los saberes de subsistencia, en la actualidad, sólo son posibles en la resistencia, ya que se encuentran seriamente amenazados por el proceso de territorialización neoliberal que aspira a culminar el proceso de subsunción material de la sociedad y de la vida al capital en todas sus dimensiones.<sup>9</sup> Proceso de subsunción en el que ciencia y derecho juegan un papel de primer orden.

<sup>7</sup> *Ídem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p-p. 44-45.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David y SOLÓRZANO ALFARO, Norman J., "Nuevos Colonialismos del Capital. Propiedad Intelectual, Biodiversidad y Derechos de los Pueblos", en *Pasos*, San José, enero-febrero 2004, p. 28.

Precisamente en este contexto se sitúa la problemática de la destrucción de toda una cultura convivencial y de subsistencia ligada al cultivo y consumo del maíz, mediante la introducción a nuestro país de maíces transgénicos (genéticamente modificados mediante un proceso biotecnológico u OGM's); y la lógica corporativa bajo la cual se viene realizando dicha introducción. Se puede decir que a esta problemática le subyace una confrontación de paradigmas, dos formas de concebir y sentir el maíz:

1. Una que entiende al maíz como elemento sagrado<sup>10</sup> cuyo cultivo y consumo está ligado al mantenimiento de la vida, la convivencia comunitaria y la identidad de diversas culturas vivas; y
2. Otra que considera al maíz como una mercancía y su propiedad y comercio como un derecho fundamental de las empresas favorecidas con las políticas y leyes neoliberales; solapadas detrás de una retórica "neutra" y "humanitaria".

Lo cierto es que la introducción y uso de transgénicos en el campo mexicano constituye asumir un riesgo sumamente desproporcionado, ante la amenaza de la contaminación de las semillas de maíz nativas, el peligro de apropiación del conocimiento campesino/indígena (biopiratería/patentes), y las consecuencias ambientales y a la salud humana —y animal—, por su cultivo, comercialización y consumo.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Es importante señalar que cuando nos referimos al maíz como un elemento sagrado, lo hacemos desde la perspectiva de las culturas indígenas y campesinas mexicanas, en el sentido de que se trata de culturas vinculadas inexorablemente al cultivo del maíz, ya que el proceso de co-evolución hizo que esta planta deviniera principio y sustento de todas las cosas, lo que le valió su ingreso al ámbito de lo sagrado, no obstante ser un elemento enteramente profano. Thomas Merton señala que esta específica relación entre el ser humano y la naturaleza produjo una determinada identidad —diversa a la occidental— sobre la que se edificó toda una civilización o cultura material. Se trata de una identidad "objetiva" totalmente integrada a un sistema cósmico que era perfectamente sagrado y perfectamente profano. "Por el esplendor y el simbolismo de un arte que significaba que los dioses estaban presentes no tanto en ídolos y en santuarios como en el propio devoto, en su comunidad, en su mundo". De modo que "la autorealización, en un contexto tal, ponía en juego no tanto la conciencia yoica del sujeto aislado frente a una multitud de objetos, sino la toma de conciencia de una red de relaciones en cuya trama se tenía un lugar. La propia identidad era la intersección de cuerdas a las que uno pertenecía". El ser humano como una intersección de la cultura y la naturaleza. *Cfr.* MERTON, Thomas, *Ishi*, Barcelona, Pomaire, 1979, p. 104.

<sup>11</sup> El debate sobre el maíz tomó nuevos bríos con la salida a la luz del estudio realizado por CRI-IGEN (Comité de Investigación y de Información Independiente sobre Genética, por sus siglas en francés), Universidad de Caen, Francia, cuyos resultados arrojaron que las ratas alimentadas con maíz transgénico murieron prematuramente y tuvieron una frecuencia de tumores de 60-70% contra 20-30% en el grupo de control. Ante estos resultados debe aplicarse el enfoque de precaución ante el riesgo de daños a la salud; también deben suspenderse de inmediato las autorizaciones para la liberación de este tipo particular de maíz y aplicarse rigurosos sistemas de vigilancia y control sobre los campos de culti-

## AJUSTES ESTRUCTURALES NEOLIBERALES

Hablar de reformas estructurales neoliberales en América Latina implica hablar de procesos más amplios de neocolonización, mismos que se han venido expresando en las últimas décadas a través de la expansión de la industrialización y la acumulación monopólica de capital, profundizando la dependencia, proletarización, marginalización y empobrecimiento de amplios sectores de la población en América Latina; 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—<sup>12</sup> se ven seriamente amenazados por la racionalidad capitalista neoliberal en un proceso ampliado de subsumición 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.

Hablando en clave de Derechos Humanos, podemos decir que “gracias” a la hegemonía del neoliberalismo y, por tanto, a su capacidad de imponer regulaciones jurídicas hacia dentro de los estados nacionales, es que los Derechos Humanos reconocidos por el derecho internacional se ven desactivados. La autoridad internacional del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial en materia económica se ejerce por su capacidad material y estructural de inducir comportamientos macroeconómicos a los Estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional (como México) para lo cual se establecen “reglas técnicas” de la buena conducta económica, que implican ajustes estructurales que refuerzan un contexto socioeconómico y geopolítico contrario a la eficacia real de los Derechos Humanos, si en beneficio de los derechos patrimoniales de grandes corporativos transnacionales y el libre comercio.<sup>13</sup> Afirmamos que es con base en estos ajustes estructurales que se han venido creando y modificando leyes estatales que territorializan un nuevo orden colonial, articulado a toda una red de tramas

vo ya existentes (siembras experimentales y piloto ya autorizadas en México), hasta en tanto no quede totalmente claro que no representan un riesgo para la salud humana. No obstante, los importantes resultados de este estudio, es necesario hacer hincapié en que el debate en torno al maíz transgénico no se limita a un tema de salud, sino también incumbe a las esferas económica, política y cultural de nuestro país, donde el Derecho juega un papel fundamental, ya que la introducción de maíz transgénico al territorio mexicano opera mediante una reestructuración geopolítica que tiende a separar masivamente a campesinos e indígenas de sus territorios, utilizando para este propósito múltiples acciones legales.

<sup>12</sup> 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 particular. Cfr. ROBERT, Jean, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, en *Conspiratio “los motivos de la esperanza”*, No. 1, México, septiembre-octubre, 2009.

<sup>13</sup> Cfr. MEDICI, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y Derechos Humanos*, La Plata, Universidad de la Plata, 2011.

sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas, en torno a la dinámica de dominación, explotación, exclusión y marginación.

Las reformas estructurales son ajustes a las regulaciones jurídicas nacionales, impuestos como condición para recibir algún tipo de inversión económica, bajo el chantaje de quedar excluidos de los flujos de producción y comercio internacionales (Tratados de Libre Comercio) y mediante el despliegue de los dispositivos militares, políticos, económicos y culturales del discurso neoliberal. Esta imposición, no sólo abre la puerta al despojo y explotación de recursos de los países del tercer mundo, sino que tiene como consecuencia la transformación de dinámicas sociales, económicas, culturales, políticas y estéticas; que implica una profunda degradación de los diversos tejidos sociales que conforman nuestras variopintas sociedades latinoamericanas. Esto a través de la ya vieja invisibilización y descalificación epistemológica; lo mismo al fiscalizar e ilegalizar prácticas, conocimientos y expresiones culturales, de los diversos pueblos indígenas y comunidades tradicionales a lo largo y ancho de Nuestra América.

Las consecuencias buscadas de estas reformas estructurales en los ámbitos rurales forman parte de una amplia ofensiva encaminada al despojo de los territorios indígenas y campesinos, así como a consolidar un modelo de agricultura industrial intensiva y capitalizada, dependiente de insumos y paquetes tecnológicos empresariales; provocando el despojo del conocimiento indígena en torno la biodiversidad (biopiratería). Se trata de una estrategia neocolonial sustentada en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula, dirigida precisamente a minar los cimientos de la autonomía de los pueblos indios y campesinos, propiciando su desintegración y sentando las bases para el despojo de la fuente ancestral de su subsistencia, esto es: la tierra.

Ésta, una nueva fase de reordenamiento del capitalismo, busca consolidar el libre comercio en forma total, mediante la aplicación de medidas liberalizadoras y de apertura indiscriminada, a través de las cuales se ha venido operando el desmantelamiento del Estado Social, producto de la Revolución Mexicana. Incluso el recientísimo paquete de reformas constitucionales, leyes y reglamentaciones en materia “energética”, que abren el sector a la iniciativa privada y a la inversión extranjera directa, no sólo rompen la supuesta “custodia estatal” de los bienes de la Nación. De hecho, estas reformas rompen con el concepto mismo de “propiedad originaria de la nación”, innovación del constitucionalismo mexicano y que aún hoy es una pieza clave en la

defensa de los derechos territoriales de pueblos y comunidades—. <sup>14</sup> Así las cosas, se puede interpretar que esta fase neoliberal de reordenamiento del capitalismo es una nueva guerra de conquista, dirigida una vez más contra los pueblos indígenas y campesinos de América, <sup>15</sup> orientada a separar masivamente a los campesinos e indígenas de sus territorios ancestrales en aras de facilitar la apropiación privada de todo aquello susceptible de generar ganancia.

Este proceso inicia, concretamente en México, con la reforma al Artículo 27 constitucional en 1992, lo que permitió la derogación, modificación y promulgación de nuevas leyes, no sólo en materia agraria, sino también en otros ámbitos íntimamente ligados al mundo rural. Se puso fin al reparto agrario y se estableció el abandono del carácter de la propiedad social, iniciándose un proceso de reforma agraria de mercado, <sup>16</sup> permitiendo, por la vía legal, un proceso de neocolonización de los ámbitos comunitarios campesinos e indígenas y la fragmentación de su tejido social.

En este amplio contexto de cruzada anticampesina, lo que nos interesa enfatizar es el hecho de que la acumulación y despojo de bienes no se limita a tierras y agua campesinas, sino que el gran capital ha posado sus ojos sobre los saberes indígenas y campesinos: sus semillas nativas y el conocimiento ligado a la biodiversidad de sus territorios, a donde encamina una nueva fase de *acumulación por despojo*, <sup>17</sup> mediante el uso del régimen jurídico de patentes y protección a la propiedad intelectual ligados a la ingeniería genética, sin el consentimiento y excluyendo a pueblos indígenas y campesinos, creadores y guardianes de dichos conocimientos. <sup>18</sup> De este modo, Ciencia y Derecho han servido y sirven de medios para expandir mundialmente el proceso de dominación/acumulación capitalista, hecho posible gracias la asunción extraordinaria de la ciencia occidental moderna como única forma de conocimiento válido frente a otros saberes descalificados —como los saberes campesinos e indígenas—; del mismo modo que el derecho estatal moderno asumió el extraordinario privilegio jurídico de ser la única forma de Derecho válida, ocultando creaciones y concepciones jurídicas de las comunidades

tradicionales y pueblos indígenas, acordes con su costumbre, experiencia, cultura y prácticas sociales. <sup>19</sup> Así opera el proceso de despojo de tierras y agua campesinas, y ahora también, la monopolización de las semillas y los saberes campesinos; esto último a través de: a) la concentración económica; b) el régimen de patentes y derechos de propiedad intelectual; y c) la ingeniería genética.

Esta reestructuración del capitalismo pone en peligro no sólo a las comunidades campesinas locales, sino a la humanidad entera, ya que se pretende entregar, en manos de unas cuantas corporaciones transnacionales, la gestión y manejo de las bases de subsistencia de la humanidad. Esto trae como consecuencia un régimen de nuevo tipo de dominación, con pretensiones hegemónicas de apropiación de la realidad y reducción de todo a su lógica de eficiencia sacrificial, que prima las relaciones mercantiles —ganancias y beneficios— sobre la vida humana y el espacio social en el que se desarrolla. Se pretende convertir la ancestral agricultura campesina en agricultura productivista capitalista; la biodiversidad se concibe como base de nuevas fuentes de energía y materias primas; y los saberes campesinos se vuelven objeto de apropiación individual/corporativa orientada al lucro.

Con pequeñas diferencias nacionales, en las última décadas hemos presenciado la legalización de las patentes y otras formas restrictivas de privatización de las semillas, el desmantelamiento de la investigación, producción y distribución pública de variedades y, concomitantemente, la privatización de la “certificación” de semillas, es decir, quién define qué semillas pueden estar en el mercado, descalificando los controles de calidad comunitarios locales. <sup>20</sup> Lo anterior nos revela cómo el proceso de globalización neoliberal

<sup>19</sup> Cfr. CALDAS, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2004.

<sup>20</sup> Cfr. RIBEIRO, Silvia, “El Asalto Corporativo a la Agricultura”, en *Ciencias*, No. 92, México, octubre 2009. En el caso de México, el entramado legal que permite esta aberración se ha venido tejiendo desde el sexenio del expresidente Vicente Fox Quezada, con la aprobación de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (2005), que abre la puerta al cultivo de transgénicos en territorio nacional; posteriormente, con la Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas (2007), que criminaliza prácticas campesinas milenarias como el libre intercambio de semillas. Asimismo, existe una propuesta para una nueva Ley Federal de Variedades Vegetales que, de entrar en vigor, modificaría la ley vigente (de 1996) y, consecuentemente, todo lo referente a la producción, comercio y abastecimiento de semillas en el país. Esto tiene relación con la presión para ubicar a México en el marco jurídico del acta 1991 de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), para establecer un marco jurídico conveniente para las corporaciones de semillas, ante la eventual autorización para siembras comerciales de maíz transgénico y, en ese caso, al ocurrir las contaminaciones de maíces nativos y mejorados nacionales con eventos patentados contaminantes de cualquier maíz normal, hacer valer sus derechos de patente y demandar pagos de regalías. Ver ESPINOSA CALDERON, Alejandro, TURRENT-FERNÁNDEZ, Antonio, *et. al.*, “La ley de semillas y ley federal de

<sup>14</sup> CECCAM y GRAIN, “Reformas energéticas, despojo y defensa de la propiedad social de la tierra”, en *Sembrando Viento*, México, 2014, pp. 1-2.

<sup>15</sup> Cfr. Sub Comandante Insurgente Marcos, *Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial*, México, Ediciones del FZLN, 2004.

<sup>16</sup> Cfr. DE ITA, Ana, *México: Impactos del Procede en los conflictos agrarios y la concentración de la tierra*, México, CECCAM, 2003.

<sup>17</sup> Cfr. HARVEY, David, “El ‘nuevo’ imperialismo: acumulación por desposesión” en *Social Register “En nuevo desafío imperial”*, Buenos Aires, CLACSO, Enero 2005.

<sup>18</sup> Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, David y SOLÓRZANO ALFARO, Norman J., *Op. cit.*

—máscara que encubre la diseminación y la eficacia de las redes territoriales de la dominación y las estrategias anónimas de la circulación creciente del capital—<sup>21</sup> se viene imponiendo, como la única forma de ver e imaginar el mundo, en la que no cabe interacción y diálogo entre culturas, modos de vida, de hacer y de pensar y el respeto por lo humano y su entorno ecológico. Esta lógica ciega a la diversidad epistemológica del mundo, impuesta y en expansión planetaria se ve cristalizada en el contexto mexicano (en el ámbito de la agricultura) en diversos ordenamientos jurídicos y en la firma y entrada en vigor del apartado agropecuario de TLCAN.<sup>22</sup> De este modo es que el Derecho —en su expresión positiva— junto con la Ciencia —biotecnología moderna—, se ponen abiertamente al servicio del proceso de subsunción real de la sociedad y la naturaleza en el capital;<sup>23</sup> creando las bases legales para la expansión y dominación del mercado de semillas por un puñado de empresas; emitiendo leyes de “bioseguridad” a modo, y modificando las leyes de semillas para garantizar las ganancias, ventajas e impunidad de estos crecientes oligopolios.<sup>24</sup>

Por esto se hace urgente llevar a cabo a un amplio debate respecto al tema del maíz y las demás semillas nativas de México y las consecuencias de la introducción de semillas transgénicas (OGM's) a territorio nacional. Como afirma Antonio Turrent, por el contrario de lo que argumenta la industria biotecnológica, el cultivo comercial de maíz transgénico en México es una amenaza para la seguridad alimentaria nacional en por lo menos cinco frentes: 1. El de la salud, 2. El déficit alimentario, 3. La diversidad de la comida pluricultural nacional, 4. La biodiversidad del maíz y de sus parientes silvestres y 5. La soberanía tecnológica. De ser aprobadas las siembras comerciales se iniciaría el proceso de contaminación y consecuente apropiación transna-

variedades vegetales y transgénicos de maíz en México”, en *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, Vol. 5, No. 2, México, febrero-marzo 2014.

<sup>21</sup> MIER, Raymundo, “La velocidad de la pesadilla y el simulacro del tiempo: La lógica de la contemplación y las guerras íntimas”, en *Rebeldía*, año 3, No. 30, abril 2005, p. 31.

<sup>22</sup> En 1993, los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México suscribieron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual entró en vigor el 1º de enero de 1994. El capítulo agropecuario del TLCAN establece, entre otros aspectos, cupos de importación para ingresar determinadas cantidades de maíz y frijol, entre otros, provenientes de Estados Unidos a nuestro país, con un pago de arancel o impuesto que fue disminuyendo progresivamente hasta llegar a cero. Esta situación significó importar cada vez más maíz a México, mientras que en EUA, a partir de 1996, se destinaron cada año más hectáreas a la siembra comercial de maíz transgénico. Como consecuencia de la entrada en vigor del TLCAN la comercialización y producción de maíz en México, en el mercado interno, enfrenta en estos momentos grandes problemas, por la competencia con las importaciones procedentes de Estados Unidos, que son controladas en su mayoría por grandes consorcios privados.

<sup>23</sup> Cfr. SÁNCHEZ RUBIO y SOLÓRZANO ALFARO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>24</sup> Cfr. RIBEIRO, *op. cit.*

cional en gran escala de las razas nativas de maíz y sus parientes silvestres, sin costo alguno para la industria pero con alto costo para los productores y la nación, mientras el monopolio de la industria se consolidaría irreversiblemente; situación de la que no será posible dar marcha atrás.<sup>25</sup>

#### RÉGIMEN DE PATENTES Y PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: NUEVAS “ALAMBRADAS DEL SABER”

El régimen de propiedad intelectual o propiedad intelectual a secas, es un término genérico acuñado en el siglo XX empleado para referirse a un grupo de regímenes legales (como patentes, marcas registradas y derechos de autor) que comenzaron su existencia independientemente unos de otros y en diferentes tiempos y lugares. Estas estructuras jurídicas proporcionan a los creadores o inventores una protección legal contra el que use o copie una obra sin permiso; el conocimiento intelectual tras las innovaciones tecnológicas (patentes); así como obras creativas (libros, películas o música) en el caso de los derechos de autor. Se comprende que el tema de los regímenes de propiedad intelectual es vasto, no obstante, para los fines de nuestra investigación nos centraremos en el papel de las patentes asociadas a la ingeniería genética.

Las patentes suelen ser asociadas a la creatividad y la invención. Se trata de un derecho concedido en exclusividad a un inventor para que haga, produzca, distribuya y venda el producto objeto de la patente o para que utilice procesos patentados. No obstante, como explica Vandana Shiva, las patentes han tenido otras funciones y significados en el transcurso de la historia, cuyas funciones, nunca han estado claramente separadas en el derecho, ya que “las antiguas herramientas legales desarrolladas durante la época colonial han sido reformadas con pequeños ajustes para que cubran periodos y dominios nuevos”. De manera que Shiva distingue entre “patentes de conquista”, “patentes de invención” y “patentes de importación”.<sup>26</sup> En cuanto a la primera y segunda acepción, refiere que las “patentes de invención” como propiedad intelectual, se remontan a la Italia renacentista, desde donde se extendieron al resto de la Europa continental y posteriormente a Inglaterra. En un primer periodo estas premiaban la explotación de aparatos y procesos desconocidos localmente, no las invenciones nuevas y originales. Las “patentes de inven-

<sup>25</sup> TURRENT FERNÁNDEZ, Antonio, “El maíz transgénico, un peligro para la seguridad alimentaria”, en *La jornada*, México, viernes 11 de enero de 2013.

<sup>26</sup> SHIVA, Vandana, *¿Proteger o expropiar. Los derechos de propiedad intelectual*, Barcelona, Intermón Oxfam, 2003, p. 17.

ción” fueron un intento de liberar la economía de los abusos ocasionados por las concesiones reales de privilegios de monopolio. Posteriormente, las patentes se utilizaron para transferir tecnologías existentes en países tecnológicamente avanzados. Esto significa que los países que iban a la zaga en la carrera tecnológica utilizaban las patentes para alcanzar a los países avanzados desde el punto de vista tecnológico, mediante el préstamo de tecnología durante un periodo determinado de tiempo, y las patentes otorgaban una recompensa y protección (monopolio o derechos exclusivos) a la persona que introducía la invención. Esto es lo que se conocía como “patentes de importación”. Sin embargo, en la actualidad las patentes son utilizadas como instrumentos para impedir la transferencia tecnológica de los países avanzados, ya que la transferencia de conocimientos se considera “piratería”.<sup>27</sup>

Shiva indica que el uso original de las patentes tenía poco que ver con la creencia actual de que las patentes son instrumentos orientados a estimular y recompensar las invenciones y las innovaciones. En un principio —y quizás sea su acepción más cercana a la actual en sus efectos prácticos— se refería a las cartas patente (*litterae patentes*, literalmente carta abierta), que eran documentos oficiales o públicos mediante los cuales los soberanos concedían determinados privilegios, derechos, rangos o títulos. Eran abiertas precisamente porque eran documentos públicos, en contraposición a las cartas privadas; cerradas. Según Shiva, las *litterae patentes* se emitieron por primera vez en Europa en el siglo sexto. Los monarcas otorgaban cédulas reales o cartas para el descubrimiento y conquista —y posterior colonización y establecimiento de monopolios— de tierras extranjeras en su nombre. Así pues, desde sus inicios, las patentes han estado asociadas a los procesos de colonización.<sup>28</sup>

En la actualidad, el conocimiento en sí tiene que ser convertido en propiedad, como lo fue la tierra durante los procesos de colonización. Por esta razón, las “patentes” actuales se han ocultado bajo la etiqueta más amplia de la “propiedad intelectual” o de propiedad en términos de “productos de la mente”.<sup>29</sup> De igual forma, los procesos de colonización de la llamada modernidad madura planteaban que a pesar de estar habitada por pueblos indígenas, la tierra descubierta era tratada como “*terra nullius*” o Tierra Vacía, porque no había asentamientos de europeos blancos. Cuando John Locke dice “en el principio todo el mundo fue América”, está estableciendo un principio

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 17-20.

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 18.

teórico, no histórico.<sup>30</sup> 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 considerados válidos, sólo el capital puede añadir valor a la naturaleza que se ha apropiado y, por lo tanto, sólo los que poseen capital tienen derecho natural de poseer recursos naturales, un derecho que sustituye a los derechos comunes de otros con reivindicaciones anteriores.<sup>31</sup> De este modo, Locke pretende legitimar el robo y saqueo efectuado por parte de las potencias occidentales. 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 —liberal-burguesa— 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 aquellos no conciben el derecho de propiedad con los atributos lockeanos.

Ahora bien, como muestra el teólogo y economista tico-alemán Franz Hinkelammert, el propietario —desde la 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 (forma de vida) 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.<sup>32</sup> Se trata, como dice Bartolomé Clavero, de 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”

<sup>30</sup> CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Ed. Siglo XXI, 1994, p. 22.

<sup>31</sup> SHIVA, *op. cit.*, p. 45.

<sup>32</sup> HINKELAMMERT, Franz, “La inversión ideológica de los Derechos Humanos. El caso de John Locke”, en *El Vuelo de Anteo*, Joaquín Herrera Flores, Franz J. Hinkelammert, David Sánchez Rubio y Germán Gutiérrez, Bilbao, Desclée de Brower, 2000, pp. 103-104.

que responden a la concepción liberal de humanidad.<sup>33</sup> 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 aquellos 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—.

Del mismo modo —en la lógica lockena— la utilidad de los objetos físicos o naturales se produce a través del esfuerzo humano. Los que emplearon dicho esfuerzo tienen el derecho moral al uso exclusivo de tales objetos.<sup>34</sup> No obstante, el conocimiento que es “inventado”, “patentado” y convertido en “propiedad intelectual” suele ser una “innovación” actual de los sistemas de conocimiento indígenas, esto es, una historia de sucesivas innovaciones hechas por los pueblos indígenas y campesinos que no son reconocidas. De modo que, este derecho a reivindicar la invención, como el derecho a reivindicar el descubrimiento que otorgaban las cartas patente de la conquista colonial, es la justificación para hacerse con el control de los sistemas económicos y de mercado por medio de sistemas de patentes globalizados. El disfraz de recompensa a la inventiva oculta su objetivo real: el control de la economía mundial. Lo que está en el centro de los intensos conflictos y controversias sobre las patentes es esta conquista secular de los diversos sistemas de conocimiento y economías.<sup>35</sup>

La palabra “propiedad” ha sido pensada para excluir a los sistemas de conocimiento de las comunidades. Los derechos de propiedad en el término “derechos de propiedad intelectual”, tal como se entiende en la actualidad denotan su transformación en un producto de consumo masivo y de propiedad privada, destinado principalmente al intercambio comercial. La realidad de una comunidad con sus conocimientos no está en absoluto destinada a su transformación en productos de consumo masivo y “perenece” y se comparte en comunidad. La suma total de conocimientos de propiedad comunal que tienen un valor (aunque no tenga un precio necesariamente), se describe más acertadamente con el término derechos intelectuales de la comunidad.<sup>36</sup>

De modo que los llamados “derechos de propiedad intelectual”, en concreto, la patente, se tratan de una clase inventada de propiedad intangible pero de sumo

<sup>33</sup> CLAVERO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>34</sup> TANSEY, Geoff, “Agricultura, alimentación y reglas globales”, en *El control futuro de los alimentos. Guía de las negociaciones y reglas internacionales sobre la propiedad intelectual, la biodiversidad y la seguridad alimentaria*, Tansey Geoff y Rajotte Tasmin (Ed), Ottawa, QUIAP, 2008, p. 40.

<sup>35</sup> SHIVA, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 121.

valor comercial para algunos. Al igual que el concepto ordinario de propiedad, no se trata de un fenómeno natural, sin embargo, en la actual economía de mercado, el control de los llamados “derechos de propiedad intelectual” —capitalismo cognitivo— ayuda a dominar los mercados e influye en la distribución de la riqueza y el poder.<sup>37</sup> A través de la figura jurídica de la patente, se crea —mediante la ley— un derecho, otorgado a una persona física o moral, para que mediante éste excluya, por un periodo de tiempo determinado, a los demás (personas físicas y morales) de actos o uso sobre la nueva “invención” patentada; es por esto que la patente otorga a su titular un verdadero monopolio de la producción y distribución de determinados productos en un lugar o por un cierto periodo de tiempo. Como explica Geoff Tansey, la justificación de los defensores del régimen de propiedad intelectual se fundamenta en que sostienen que éste proporciona el incentivo necesario, la compensación apropiada y la seguridad requerida para la inversión de I + D (Investigación y Desarrollo) que produzca innovaciones que mejoren la calidad de vida.<sup>38</sup>

No obstante, lo cierto es que grandes corporaciones transnacionales (farmacéuticas y biogénéticas) se valen de este tipo de figuras jurídicas, para esconder su pillaje del conocimiento tradicional ligado a la biodiversidad y su conquista de los mercados. Por lo que es preciso vincular los regímenes de propiedad intelectual a la denominada revolución biotecnológica, basada en la comprensión de que los organismos vivos crecen y se desarrollan a través de expresiones de genes, codificados en ADN. Esto hace posible concebir ciertos modos de reestructurar los organismos vivos y da origen a la ingeniería genética y otros aspectos de la moderna biotecnología, tales como la clonación, genómica y selección asistida de marcadores, así como la posibilidad de sintetizar nuevas formas de vida (biología sintética);<sup>39</sup> nuevas posibilidades para manipular las plantas que han provocado que algunas de las mayores empresas agroquímicas a nivel mundial se hayan diversificado hacia la biotecnología vegetal y el negocio de las semillas, produciendo una convergencia sin precedentes entre segmentos clave del sector agrario (productos químicos, semillas y tecnología agrícola) en la búsqueda de la consolidación del agronegocio global en unas cuantas manos.

La revolución biotecnológica constituye la antítesis de la agricultura tradicional e inaugura una nueva era agrícola mediante el uso de la ingeniería genética, la cual ofrece un conjunto de técnicas que permiten modificar la he-

<sup>37</sup> TANSEY, *op. cit.*, p. 36.

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 35.

rencia de los seres vivos, creando nuevos organismos, usando combinaciones novedosas de material genético que no existían antes en la naturaleza y no han pasado por el proceso de evolución. Entonces, la biotecnología moderna permite una combinación de patrimonios genéticos de especies que no se cruzarían naturalmente, rompiendo las barreras naturales de cruzamiento entre ellas mediante la introducción directa de genes obtenidos de otros seres, ya sean vegetales, animales, bacterias, virus, etc. Estos nuevos Organismos Genéticamente Modificados (OGM's) son producidos en laboratorios —mediante un proceso biotecnológico moderno— para aumentar rendimientos, resistir heladas, sequías, plagas, enfermedades y herbicidas, producir sus propios insecticidas u obtener nuevos productos a fin de responder a los mercados globalizados. En este sentido, la revolución biotecnológica constituye la continuación de la Revolución Verde; obedece a su misma lógica y, como aquella, pretende ser una panacea para acabar con el hambre en el mundo. Comparte también con ella una visión fragmentada de la socio-bio-diversidad, basada en la homogenización de los cultivos (monocultivos), y la búsqueda de altos rendimientos.<sup>40</sup>

Sin embargo, aun cuando se hace uso de una retórica “humanitaria”, mediante la cual se quieren imponer a toda costa, la verdad es que el uso de estas nuevas tecnologías constituye un riesgo sumamente desproporcionado, ya que los riesgos por el uso de estas nuevas tecnologías (OGM's) no sólo implican el —sumamente grave— despojo de conocimiento y la creación de dependencia campesina a las corporaciones biotecnológicas; además, la liberación de las variedades de maíz transgénico en el campo mexicano, entraña el grave riesgo de que las variedades de maíz nativo —tradicionalmente cultivadas en México— se vean irremediabilmente contaminadas en su centro de origen y de diversificación constante a través de la polinización abierta,<sup>41</sup> lo que conlleva la devastación más brutal de las estrategias de supervivencia de la humanidad de que se tiene noticia, así como de la subsistencia, la se-

<sup>40</sup> Cfr. AGUILAR, Jasmín, ILLSLEY, Catarina y MARIELLE Catherine, “Los sistemas agrícolas del maíz y sus procesos técnicos”, en *Sin maíz no hay país*, Gustavo Esteva y Catherine Marielle (Coords), México, CONACULTA, 2003, pp. 105-106.

<sup>41</sup> El maíz es un grano de polinización abierta o fertilización cruzada. Por lo tanto, las distintas variedades de maíz locales y mejoradas (híbridos mejorados industrialmente) se pueden entrecruzar de manera natural entre sí y con sus parientes silvestres, los teosintles. En caso de crecer en cercanía, las variedades transgénicas podrían, de manera natural, polinizar y ser polinizadas por las variedades nativas y los maíces silvestres o teosintles. Tomado de ALVAREZ BUYLEA, Elena R., *Aspectos Ecológicos, Biológicos y de Agrobiodiversidad de los Impactos del maíz transgénico*. Estudio para el Secretariado de la Comisión de la Cooperación Ambiental de América del Norte. Como parte de la Iniciativa del Artículo 13: Maíz y Biodiversidad. Efectos del maíz transgénico en México, p. 7.

guridad y la soberanía alimentaria real de las poblaciones urbanas y rurales de nuestro país. Asimismo, en el ámbito de la agricultura, el uso de semillas genéticamente modificadas implica la adquisición, junto con la semilla, de un paquete tecnológico (pesticidas o agroquímicos). De modo que no sólo se trata de la contaminación transgénica (flujo génico), sino también de la contaminación del suelo y la pérdida de biodiversidad por el uso de agroquímicos y pesticidas, provocando una ausencia de sustentabilidad y ruptura en los agroecosistemas y las economías familiares comunitarias, basadas en la autosubsistencia, además de los peligros de impacto medioambiental, dependencia tecnológica, así como riesgos a la salud humana y animal por el uso y consumo de productos elaborados con OGM's.

La introducción de OGM's en la agricultura no solamente crea dependencia de los paquetes tecnológicos de las agrocorporaciones, con base en el desarrollo de tecnologías que impiden la germinación o activación de caracteres específicos de las semillas si no se compra y aplica un cierto insumo —las denominadas tecnologías genéticas de restricción de uso o también apodadas “tecnologías traidoras”;<sup>42</sup> si no que, no satisfechos con el control mediante las patentes, éstas empresas han desarrollado una “patente biológica” denominada tecnología *terminator*,<sup>43</sup> que produce semillas estériles en la segunda generación. Una patente típica le otorgaría al propietario un monopolio legal exclusivo por 20 años. Con las semillas *terminator*, este monopolio no tiene fecha de expiración, se trata de una herramienta perfecta para la industria corporativa de semillas en el mercado global.<sup>44</sup> Como lo dice Shiva, “el desarrollo desenfrenado, ética y ecológicamente, de la biotecnología, proporciona nuevas herramientas para la manipulación; y las patentes proporcionan nuevas herramientas para la apropiación de los monopolios de lo que es gratis

<sup>42</sup> TANSEY, *op. cit.*, p. 46.

<sup>43</sup> En marzo de 1998, el USDA y la Delta and Pine Land Company anunciaron que habían desarrollado y patentado conjuntamente una nueva biotecnología agrícola a la que denominaron, en términos benignos, *control de la expresión genética de las plantas*. La nueva patente hace posible que sus dueños y los poseedores de una licencia creen semillas estériles mediante la programación selectiva del ADN de la planta para que mate a sus propios embriones. Tomado de SHIVA, Vandana, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 102.

<sup>44</sup> RIBEIRO, Silvia, “Cultivos transgénicos: Contexto empresarial y nuevas tendencias”, en *Alimentos transgénicos. Ciencia, ambiente y mercado: un debate abierto*, México, Siglo XXI, UNAM, 2004, p. 85. Mediante esta nueva tecnología se rompe el ciclo ancestral que subyace a la agricultura, mediante el cual los campesinos recuperan las semillas con la cosecha, reservándolas para ciclos de cultivo posteriores. Consecuentemente también se acaba el intercambio de semillas entre agricultores y comunidades, degradando el tejido social y la generación de conocimiento ligado a la práctica en el manejo de semillas y recursos naturales. Lo único que se crea es dependencia de los campesinos hacia las empresas agrobiotecnológicas, que son las únicas beneficiadas al ser las productoras y vendedoras de las semillas.

por su propia naturaleza".<sup>45</sup> Así como en sus inicios, las patentes son usadas como instrumento encaminado a proteger el derecho e intereses de grandes corporaciones, ya que el régimen jurídico de patentes y protección a la propiedad intelectual ligados a la ingeniería genética permiten la creación de nuevas colonias sobre los saberes tradicionales y los seres vivos, dentro del marco de una nueva división internacional del trabajo.

Cuando Europa empezó a colonizar el mundo, su objetivo era colonizar territorios; ahora su objetivo es conquistar economías. El empleo de las patentes como instrumento de descubrimiento y conquista ha sido el telón de fondo de los conflictos contemporáneos en materia de patentes, creados por el GATT/OMC. Para el Tercer Mundo, las patentes representan las herramientas de una nueva colonización, pero las potencias occidentales las consideran un derecho "natural" como lo fue la conquista durante el colonialismo. Naturalmente entre la colonización de ayer y la de hoy hay diferencias. La religión no es la justificación última de la conquista actual. La recolonización es un proyecto "secular", pero hay una nueva religión del mercado que es la que impulsa este proyecto secular.<sup>46</sup>

Las consecuencias que implica la protección en exclusividad de ese conocimiento, mediante la figura de la patente como régimen de protección de la propiedad intelectual con fines comerciales, van desde la creación de dependencia alimentaria, la restricción o limitación de las condiciones de existencia humana y la no satisfacción de necesidades humanas reales. Esto debido al pago obligado —y excesivo— por semillas genéticamente modificadas, medicamentos básicos o productos farmacéuticos con sustancias de origen animal o vegetal.<sup>47</sup> Esta colonización y monopolización de las bases materiales de vida, a través del "libre comercio", produce lo que Iván Illich atinó en llamar *monopolios radicales*, mediante la creación de nuevas formas de escasez; limitando el acceso a los recursos e instalando a la gente dentro de la dependencia mediante la transformación de la agricultura y la alimentación en una realidad económica y artificial; sustituyendo valores de uso por valores de cambio; sometiendo a la gente a la necesidad de bienes y servicios escasos. Illich llamó *monopolio radical* más a la dominación de una marca, que a la de un tipo de producto. Un proceso de producción industrial que ejerce un control exclusivo sobre la satisfacción de una necesidad apremiante excluyendo en ese sentido todo recurso a las actividades no industriales. "Hay mo-

<sup>45</sup> SHIVA, Vandana, *Las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*, Madrid, Ed. Popular, 2007, p. 56.

<sup>46</sup> *Id.*, *¿Proteger o... op. cit.*, p. 18

<sup>47</sup> Cfr. SÁNCHEZ RUBIO y SOLÓRZANO ALFARO, *op. cit.*

opolio radical cuando la herramienta programada despoja al individuo de su posibilidad de hacer. Esta dominación de la herramienta instaaura el consumo obligatorio y con ello limita la autonomía de la persona. Es un tipo particular de control social, reforzado por el consumo obligatorio de una producción en masa que sólo las grandes industrias pueden garantizar".<sup>48</sup> Así, las empresas biotecnológicas pretenden ejercer el *monopolio radical* de la agricultura y la alimentación, apropiándose de las fuentes materiales de subsistencia a través de la biotecnología y el régimen de patentes y de protección a la propiedad intelectual, alterando la relación entre lo que la gente necesita y hace por sí misma para obtener su alimento, y lo que obtiene de la industria.

Se trata de nuevos "*cercamientos del saber*" [o *alambradas del saber*],<sup>49</sup> cuyos pivotes son el refuerzo de los derechos de propiedad intelectual, las patentes sobre la vida y la piratería sobre saberes tradicionales<sup>50</sup> [*biopiratería*],<sup>51</sup> como forma de apropiación por parte de corporativos transnacionales y también de algunas instituciones públicas de investigación —a menudo en curso de privatización— de los recursos genéticos y los conocimientos asociados a ellos, para su privatización y con la finalidad de lucrar con ellos. De esta forma opera la apropiación de estos espacios vitales, como son las especies vegetales, con el afán de obtener ganancias, sin el consentimiento y excluyendo a los pueblos indígenas y campesinos, creadores y conservadores de dichos conocimientos.<sup>52</sup> Así, utilizando los sistemas de protección a la propiedad intelectual, se legitima la propiedad y el control exclusivo de los recursos, productos y procesos biológicos que han sido utilizados libremente por siglos por las culturas no industrializadas, produciendo nuevas *alambradas*, como en los albores del capitalismo industrial.

El célebre historiador de la economía, Karl Polanyi, muestra en su obra fundamental *La gran transformación*, cómo los cercados de tierra en Inglaterra, y posteriormente en toda Europa, sentaron las bases de una sociedad re-

<sup>48</sup> ILLICH, Iván, *La Convivialidad*, México, Ed. Joaquín Mortiz/Planeta, 1985, pp. 81-83.

<sup>49</sup> El hecho de utilizar en este trabajo el concepto "*alambradas del saber*" en vez del concepto utilizado originalmente por Carlo Vercellone —*cercamientos del saber*— atiende a la pretensión de aterrizarlo al contexto iberoamericano, no porque no se comprenda el concepto "cercamiento", sino porque se pretende posteriormente hacer un homenaje y una propuesta.

<sup>50</sup> VERCELLONE, Carlo, "Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo", en *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Olivier Blondeau, et. al., Madrid, Traficantes de Sueños, 2004, p. 69.

<sup>51</sup> Previo a la biopiraterización existe un proceso de búsqueda y evaluación, que permite identificar, seleccionar y aislar componentes últimos de estos recursos. A este proceso se le conoce como bioprospección, el cual consiste en la exploración de la diversidad biológica y el conocimiento indígena y tradicional asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar aplicables en productos comerciales Cfr. SHIVA, *Cosecha... op. cit.*, p. 102.

<sup>52</sup> *Idem.*

gulada por el mercado —es decir por la ley de la escasez—; movimiento que transformó las tierras comunes —bienes de ámbitos de comunidad— y dedicadas a actividades de subsistencia en campos reservados a la producción de valores económicos (el móvil de la ganancia sustituyó al de la subsistencia).<sup>53</sup> Los ámbitos de comunidad —explica Illich— eran las tierras a las que todos los habitantes de una comunidad tenían derechos de uso adquiridos, no para extraer una ganancia monetaria, sino para asegurar la subsistencia familiar. Los ámbitos de comunidad son esa parte del medio ambiente cuyo usufructo está garantizado por la costumbre, respecto a las cuales ésta impone formas específicas de respeto comunitario.<sup>54</sup>

Bajo otros cielos, otras constelaciones históricas, los comunes se han llamado *commons*, *wastes*, *open fields*, *usi civici*, *mir*, *ejidos*, *Allmende*, *Marknutzungen*, *Almeinde*, *Algeme*, *allmaenning*, *alminde*, *talvera*, *tournière*, *communaux*, *altepetl*, *gemeente-gronden*. Todas estas venerables palabras españolas, inglesas, italianas, rusas, alemanicas, noruegas, catalanas, francesas, nahuas, neerlandesas —y muchas otras más—, con sus variaciones semánticas locales, nos remiten a espacios que no son ni “privados” ni “públicos” en el sentido moderno. La dualidad moderna público-privado opone la esfera privada del consumo al espacio público de la circulación de los recursos. En cambio, la realidad que designan estas palabras olvidadas se encontraba más allá de los umbrales domésticos, pero no estaba dedicada a la producción y circulación de recursos económicos, sino a actividades autónomas de subsistencia. Era la encarnación espacial del ancestral *ethos* de subsistencia, cuya primera regla era asegurar los medios de sustento del más débil.<sup>55</sup>

De tal modo que los cercados de tierra [*enclosure acts*] sientan las bases de una sociedad regulada por el mercado, proceso que implicó dos cosas, según Jean Robert: 1. Transformar un bien otrora común en un recurso para la producción de valores; y 2. Impedir un derecho atávico, el libre acceso a los campos o a las fuentes. La primera cosa instituye el valor, mientras que la segunda destruye la capacidad innata de preparar comida o saciar la sed sin recurrir a los valores de mercado. En el orden filosófico, la segunda cosa, la desvalorización de una capacidad natural, es primero. De modo que el “desvalor” —la desvalorización de capacidades de acción autónoma, de libertades civiles elementales ancladas en la cultura— precede la constitución del valor. Cuando un bien económico o escaso prevalece sobre todas las alternativas no escasas, podemos decir que este bien ejerce un *monopolio*

<sup>53</sup> Cfr. POLANYI, Karl, *La gran transformación*, México, Juan Pablos Editor, 2009.

<sup>54</sup> ILLICH, Iván, *Obras Reunidas I*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 196.

<sup>55</sup> ROBERT, Jean, *La crisis: el despojo impune. Cómo evitar que el remedio sea peor que el mal*, México, Jus, 2010, p. 223.

*radical* sobre la satisfacción de una necesidad o de un deseo. De modo que el *monopolio radical* nace de algo estructuralmente semejante a un cercado o una alambrada.<sup>56</sup>

La falta del peligro del hambre individual es lo que hace más humana en un sentido a la sociedad primitiva que la economía mercantil, y al mismo tiempo menos económica. Irónicamente, la contribución del hombre blanco al mundo del negro fue el hacerle conocer los usos del flagelo del hambre. Así los colonizadores pueden decidir cortar los árboles del pan a fin de crear una escasez artificial de alimentos o pueden imponer una tasa sobre las chozas al indígena a fin de obligarlo a vender su trabajo. En cualquier caso el efecto es similar al de los cercados de los Tudor con su secuela de hordas vagabundas. Un informe de la Liga de las Naciones mencionaba con el horror debido la creciente aparición de aquella figura sombría de la escena europea del siglo XVI, el “hombre sin amo”, en la selva africana. Durante la última fase de la Edad Media solamente fue encontrado en los “intersticios” de la sociedad. Y sin embargo fue el antecesor del trabajador nómada del siglo XIX.<sup>57</sup>

Uno de los aportes fundamentales de Karl Polanyi es que mostró de forma magistral cómo un modo de producción industrial requiere del mecanismo de la escasez; esto es, la creación de escasez artificial de todos aquellos medios sobre los cuales el modo de producción capitalista descansa y posibilita la producción en masa de —como diría Iván Illich— *pobres modernizados*. Este es el sentido de las políticas de patentes y de protección a la propiedad intelectual, que posibilitan la creación de monopolios radicales, al proteger únicamente al conocimiento científico empresarial orientado al lucro, revelándose como instrumento ideológico que justifica las nuevas *alambradas del saber* y la exclusión del Sur del acceso a la nueva división cognitiva del trabajo.<sup>58</sup> Tres son los argumentos, según Carlo Vercellone, que permiten apuntalar esta tesis: 1. La mayor parte de los costes fijos en investigación se localizan en realidad en la fuente del propio sistema de empresas y de sus centros de I + D. Esta constatación es todavía más pertinente si se considera el hecho de que el coste marginal de estas producciones es cercano a cero, y que por tanto estos bienes deberían ser considerados como bienes públicos; 2. Las patentes sobre la vida reposan en su mayor parte sobre la apropiación gratuita, por no decir sobre un verdadero pillaje [biopiratería] de los recursos genéticos y de los saberes tradicionales del Sur y más en concreto de las regiones tropicales que son las que sufren dramáticamente los efectos de

<sup>56</sup> *Id.* “Las aguas arquetípicas y la globalización del desvalor” (mimeo).

<sup>57</sup> POLANYI, *op. cit.*, p. 230.

<sup>58</sup> VERCELLONE, *op. cit.*, p. 69.

la “desconexión forzada” de la nueva División Internacional del Trabajo; y 3. Las patentes de los saberes tradicionales y de los recursos derivados de la biodiversidad se traducen en la prohibición de utilizar las semillas agrícolas patentadas y en la imposición de monocultivos que terminan por destruir esa misma biodiversidad y la reserva de saberes sobre la que se apoya el desarrollo de las empresas biotecnológicas del Norte.<sup>59</sup>

Así se comprende, como dice Enzo Rullani, que el conocimiento no es un bien naturalmente escaso, su escasez es solamente artificial; el valor del conocimiento no es el fruto de su escasez —natural—, sino que se desprende únicamente de limitaciones establecidas —institucionalmente o de hecho— sobre el acceso al conocimiento. La escasez del conocimiento, eso que le da valor, tiene de esta suerte, una naturaleza artificial; derivada de la capacidad de un poder, cualquiera que sea su género, para limitar temporalmente su difusión y para reglamentar el acceso.<sup>60</sup> De modo que al ser registradas (patentadas) las semillas de cultivos genéticamente modificados, el conocimiento tradicional se vuelve objeto de apropiación individual [u corporativa], oponiéndose frontalmente a la naturaleza colectiva y gratuita de dicho conocimiento, y tiene como consecuencia la supresión del derecho de uso y disfrute de los bienes comunes —*alambradas del saber*— y la eliminación de las formas autónomas de producción y consumo, en beneficio de formas neocoloniales de apropiación de los saberes tradicionales, la biodiversidad y la vida misma. De este modo se agudizan las dependencias hacia el mercado, “volviendo ‘económico’, es decir, escaso, lo que anteriormente no lo había sido”.<sup>61</sup>

...para expandir la esfera mercantil, hay que volver escaso lo que otrora fuera gratuito. La historia del capitalismo es la de la invasión de los dominios de gratuidad por la necesidad creada de mercancías. La máquina financiera y económica se parece en eso a una máquina termodinámica: concentra valores en pocos puntos de acumulación, mientras que diluye el “desvalor” sobre todo el mundo en forma de desechos, basura, contaminación, destrucción de capacidades y saberes, despojos territoriales, miseria.<sup>62</sup>

Estas *nuevas colonias del capital*, como las llaman, atinadamente, David Sánchez Rubio y Norman Solorzano Alfaro, instrumentalizadas por medio del sistema de propiedad intelectual, priorizan las relaciones mercantiles sobre las necesidades humanas, perpetrando un desequilibrio en la relación

<sup>59</sup> *Ídem*.

<sup>60</sup> RULLANI, Enzo, “El capitalismo cognitivo: ¿Un déja-vu?”, en Blondeau *op. cit.*, pp. 101 y 102.

<sup>61</sup> ROBERT, *La crisis: el despojo...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>62</sup> *Ídem*.

ser humano-ser humano y de éste con la naturaleza, fuente de su sustento y cosmovisión. Este sistema económico, que valora y subordina todos los elementos de la realidad en función de la obtención del máximo beneficio, termina por articular de manera consistente una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de imperio, dominación, explotación, exclusión y marginación.<sup>63</sup> Así, la “cosificación de los seres vivos —ahora denominados recursos naturales, elementos genéticos, material orgánico— supone también su adaptación forzosa a los instrumentos jurídicos que son propios de los bienes materiales de naturaleza patrimonial”.<sup>64</sup>

Las patentes no solamente garantizan un esquema de derechos de la propiedad, sino que promueven el proceso de la invención de dos formas que pueden considerarse como intrínsecamente políticas. Una es designar las clases de cosas que pueden considerarse como propiedad. La extensión de las patentes a nuevos campos altera nociones básicas de lo que es un producto y quién puede reivindicar la propiedad sobre él. Cuando se concede una patente a un producto biológico, tiene el efecto de pasar la cosa que se está patentando de la categoría de naturaleza a la categoría de artificio —profundo cambio metafísico que, al menos en teoría, debe invitar a la deliberación pública. La segunda función política es distributiva. Las patentes otorgan derechos de propiedad dentro de los sistemas de producción, premiando a algunos participantes más que a otros en el proceso de descubrimiento [...] De esta forma, las patentes actúan como instrumentos de distribución económica.<sup>65</sup>

De tal modo que mediante las patentes opera la reducción de los bienes materiales de subsistencia y del conocimiento tradicional, a bienes susceptibles de apropiación y regulación por intereses de libre mercado y su control corporativo. Se les desliga de su ancestral significación cultural, operando un despojo que implica la previa desvalorización de los sistemas de conocimiento indígena y las formas de vida vernácula para justificar la “innovación” hecha por la ciencia occidental moderna, descalificando la innovación histórica previa hecha por pueblos indígenas y campesinos con base en sus saberes de subsistencia (procesos de domesticación e innovación informal no patentada). Esto nos lleva a preguntarnos sobre la innovación y su validez para legitimar las nuevas *alambradas del saber* levantadas por las patentes y la ingeniería genética.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ RUBIO y SOLÓRZANO ALFARO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>64</sup> CALDAS, *op. cit.*, p. 122.

<sup>65</sup> JASANOFF en TANSEY, *op. cit.*, p. 38.

LAS PATENTES:  
PRIVILEGIOS QUE SOLAPAN EL ROBO

Como ya habíamos mencionado, en la actualidad el fundamento para proteger los activos intangibles creados por la propiedad intelectual en los países industrializados es esencialmente utilitario, esto es, la utilidad centrada en la promoción de la innovación, asumiendo que esta aporta beneficios a todos. El problema —hablando en términos de economía de mercado— es que, aunque la difusión más amplia posible de los nuevos conocimientos contribuye a la mayor eficiencia económica, se considera que si todos son libres para emplear tales conocimientos, los inventores tienen pocos incentivos para invertir en su producción. Es por lo anterior que las diversas formas de propiedad intelectual impiden ese compartir (en general, temporalmente), transformando los conocimientos de un bien público compartido en un bien privado. En otras palabras, los regímenes de propiedad intelectual crean escasez donde no es necesario y donde no existía; lo que otorga a los titulares de los DPI un importante poder de mercado y, además, les permite el uso de la fijación monopolística de los precios a través de los cuales pueden recuperar los gastos de I + D. Desde esta lógica, se considera al régimen de propiedad intelectual como un importante incentivo para el sostenimiento de la innovación dirigida al sector privado. Así, la justificación de los defensores del régimen de propiedad intelectual se sostiene en que éste proporciona el incentivo necesario, la compensación apropiada y la seguridad requerida para la inversión de I + D que produzca innovaciones que mejoren la calidad de vida de todos.<sup>66</sup>

No obstante, en los hechos, las patentes ponen de manifiesto la vigencia de la colonialidad del saber, del poder y del ser, esto es, presuponen y definen a las sociedades no industriales/no occidentales y sus formas de conocimiento como inferiores negando la pluralidad epistemológica del mundo. Como explica Shiva, al transformarse la pluralidad de conocimientos en un jerarquía de conocimientos (superiores e inferiores), el ordenamiento horizontal de sistemas diferentes, pero igualmente válidos y diversos, se torna en un ordenamiento vertical de sistemas desiguales, imponiéndose unos cimientos epistemológicos particulares —occidentales y orientados al lucro— a los otros para invalidarlos. Posteriormente, esta transformación de las variedades de conocimientos en jerarquías de conocimientos se utiliza para reivindicar los

<sup>66</sup> *Ibidem.*, p. 40.

actos de interpretación como actos de “invención”. La interpretación se malinterpreta y se denomina “creación” de conocimiento.<sup>67</sup>

De esta manera, un cambio sociológico se trata, falazmente, de cambio epistemológico. Esta falacia de considerar el desplazamiento sociológico y cultural como un cambio epistemológico que genera nuevos conocimientos ha sido posible gracias a la parcialidad colonial que ha tratado los conocimientos occidentales de exclusivamente científicos y los conocimientos no occidentales de acientíficos. Sin embargo, a diferencia en los cimientos epistemológicos no hace que los conocimientos tradicionales sean inferiores; sólo los hace diferentes.<sup>68</sup>

El fenómeno de la biopiratería se produce por la insuficiencia de los sistemas de patentes occidentales y el prejuicio intrínseco de occidente frente a otras culturas. Como ya vimos, las patentes fueron creadas para favorecer los monopolios de importación, no para separar todos los sistemas de conocimientos con el fin de excluir las innovaciones existentes y establecer una realización anterior en otras culturas y, por tanto, darle una protección jurídica. Según Shiva, la cultura occidental ha sufrido el *error columbano* consiste en el derecho de saquear, tratando a otra gente, sus derechos y conocimientos como inexistentes. De este modo se actualiza la colonialidad; “el concepto de ‘terra nullius’ tiene su equivalente contemporáneo en ‘bio nullius’: tratar los conocimientos en materia de biodiversidad como si carecieran de creatividad y derechos previos y, por consiguiente, de estar disponibles para su ‘apropiación’ por medio de una solicitud de ‘invención’”. Esta postura —evidentemente colonial— escamotea el hecho fundamental de que así como los procesos cognitivos parten de contextos particulares y variados, así también la innovación y las mejoras son una cuestión contextual; es decir, que no son únicamente las semillas comercializadas por las corporaciones transnacionales las que representan una contribución intelectual, sino que las semillas que guardan e intercambian los campesinos también expresan una aportación intelectual significativa y valiosa (*innovación campesina informal*). Esto demuestra el hecho de que la innovación y la mejora de las semillas no es independiente del contexto, sino que como dice Shiva: “la mejora es una categoría contextual”. La mejora de los cultivos se hace también desde la perspectiva de los agricultores, en función de sus necesidades, gustos y posibilidades; mientras que la agroindustria “mejora” los cultivos para la

<sup>67</sup> SHIVA, ¿Proteger o... *op. cit.*, p. 52.

<sup>68</sup> *Ibidem.*

transformación industrial o para aumentar el empleo de insumos químicos; para satisfacer necesidades industriales y comerciales.<sup>69</sup>

La agricultura industrial, como hija legítima del capitalismo, promueve la eficiencia y uniformización de los cultivos, esto en virtud de que el “capitalismo es producción masiva de mercancías estandarizadas, provenientes de factorías especializadas y por tanto eficientes: capitalismo es uniformidad”.<sup>70</sup> En contraposición a esto, como bien explica la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad (UCCS), el maíz nativo es toral para México por tres razones: 1. Es el único tipo de maíz que prospera en tierras de baja calidad agrícola, que son la mayoría de las dedicadas a su cultivo y de las que dependen millones de familias campesinas; 2. Produce el maíz de especialidad que requiere la cocina mexicana; y 3. Su biodiversidad es la mejor apuesta de México y el mundo para enfrentar al cambio climático. De modo que su importancia radica en su diversidad. Por consiguiente, los monopolios de semillas que disfrutaban las grandes compañías semilleras, gracias a los DPI, no son necesarios ni deseables desde el punto de vista del interés público y mucho menos del interés campesino e indígena. El hecho de que una comunidad indígena o campesina innove o mejore una determinada semilla, propiciando el surgimiento de una característica nueva en su maíz, atiende a una necesidad o un gusto particular a nivel familiar o comunitario. La constante selección y adaptación de las plantas domesticadas al medio ambiente y preferencias culturales han generado razas y variedades adaptadas a los distintos climas, regiones, altitudes de nuestro país, en función de las necesidades, limitaciones y gustos de los campesinos.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>70</sup> BARTRA, Armando, *El hombre de hierro. Los límites sociales y naturales del capital*, México, Itaca, 2008, p. 113.

<sup>71</sup> En la actualidad existen más de 600 preparados alimenticios a base de maíz nixtamalizado, cada uno de los cuales requiere como materia prima una raza nativa específica (creada a través de sucesivas innovaciones campesinas). Estos preparados alimenticios incluyen unos 300 tipos de tamales, tlayudas, totopos, tlacoyos, el pozole, el pinole, etc. y bebidas como el pozol, atoles, el tascalate, el tehuino, etc. Por ejemplo, la tlayuda tradicional sólo se puede hacer a partir de masa de la “raza Bolita” para que cumpla con su calidad organoléptica (textura, sabor, olor, color) a su vez, el totopo oaxaqueño sólo se puede hacer a partir de la raza “Zapalote Chico”. Así, muchos más platos tradicionales mexicanos. De modo que ninguno de los maíces mejorados en México o en el extranjero (en su mayoría de calidad forrajera), incluyendo a los transgénicos, sirve para preparar la comida típica regional a base del maíz nativo. En cambio, sí funcionan para hacer la tortilla industrial uniformizada de pésima calidad organoléptica, a la que hemos tenido que adaptarnos en las ciudades. Asimismo, los maíces transgénicos añaden, a la mala calidad organoléptica de sus preparados, el riesgo a la salud y a la ecología y la dependencia tecnológica. De modo que el concepto de que el maíz es el alimento básico de México no puede separarse de las más de 60 razas nativas, necesarias como ingredientes especializados de los más de 600 preparados alimenticios y bebidas que conforman la cocina mexicana. TURRENT FERNÁNDEZ, Antonio et al., *El maíz transgénico en México en 15 píldoras*, México, UCCS, 2014, p. 34.

Ahora bien, la agricultura campesina, con menor aporte de sustancias químicas externas, mecánicas y de energía, implica tanto o más conocimientos que las llamadas ciencias para la agricultura industrial. La agricultura campesina se trata, sencillamente, de una forma de conocimiento diferente, que no se reconoce como ciencia porque no está suficientemente orientada al control y al reduccionismo. Asimismo, este tipo de conocimiento no es considerado confiable en términos comerciales porque no puede ser controlado como un objeto de propiedad y explotación, mucho menos se asocia con un propietario particular (corporativo o individual); sino que este tipo o forma de conocimiento —holístico— se comparte como un recurso cultural colectivo de aprendizaje experimental y empírico no comercializable y no dogmático. De modo que resulta fundamental el rescate de memorias y saberes de la agricultura campesina, calendarios, cosmovisiones, formas de relacionarse con el territorio y construir territorialidad, buenas prácticas e innovaciones campesinas, a fin de que este carácter de innovación constante sea reconocido con un verdadero derecho de propiedad intelectual *sui generis* de los conocimientos tradicionales, como se plantea en el Artículo 8 del Convenio de Diversidad Biológica, firmado y ratificado por el estado mexicano.

La agricultura tradicional, transmitida oralmente y por demostración de agricultor a agricultor, familiar y/o comunitario se enriquece con la experimentación, modificación de prácticas, implementos, semillas, y calendarios, conservando aquellas que tienen éxito. El uso de los multicultivos, y de heterogeneidad genética en lugar de materiales genéticos uniformes es preferido en este tipo de agricultura. Los procesos agrícolas en estos sistemas tienen una racionalidad ecológica y muestran estrecha liga con la superestructura emanada de la cosmovisión particular de las sociedades. Además estos sistemas se adaptan a diferentes formas de organización y pueden incorporar “innovaciones modernas” según sus propios razonamientos. El conocimiento de los principios y prácticas de manejo se transmite oralmente (educación no formal) o por demostración de agricultor a agricultor en el ámbito familiar y comunitario. La transmisión de conocimientos se ve afectada por muerte o exilio de los más experimentados, en busca de trabajos mejor remunerados que los obliga a emigrar perdiéndose el conocimiento y la continuidad.<sup>72</sup>

Asimismo, Geoff Tansey explica que el mismo concepto ordinario de la propiedad no es un fenómeno natural, sino un concepto elaborado socialmente y, por tanto, contextualmente. Incluso refiere que para algunos pueblos indígenas o grupos religiosos, la idea de propiedad sobre la tierra o el agua,

<sup>72</sup> KATO, Yamazake, et al., *Origen y diversificación del maíz: una revisión analítica*, México, UNAM-CONABIO, 2009, p. 23.

fundamental en las ideas actuales de propiedad tangible, es literalmente una “tontería” y no figura en su manera de contemplar el mundo.<sup>73</sup> Como explica Shiva, la biodiversidad ha sido un “recurso” utilizado y perteneciente a las comunidades indígenas, si por recurso se entiende un patrimonio común cuando existen sistemas sociales que lo utilizan según los principios de justicia y sostenibilidad, lo que implica una mezcla de utilización y conservación y un sentido de co-producción de la naturaleza. No se concibe este patrimonio en términos de propiedad —en el sentido occidental—, es decir, un bien que tiene un propietario y se utiliza para sacar un beneficio económico, sino más bien como una posesión comunal y una responsabilidad individual. Se trata de “un manojo de relaciones más que un paquete de derechos económicos”.<sup>74</sup>

La idea de crear una forma intangible de propiedad, que se desarrolló en los últimos siglos en Europa, es “enteramente una elaboración legal”. En otras palabras, los seres humanos, al menos los que tienen poder en la sociedad, la inventan y después intentan justificarla. Para ser socialmente aceptable en la sociedad europea, por ejemplo, la noción de propiedad intelectual requería también una sociedad suficientemente secularizada, para aceptar que el genio creativo era un carácter personal, no un regalo divino, que los productos intelectuales tenían que tener un valor comercial por su propio derecho y que los derechos privados tenían que ser distinguibles de los soberanos.<sup>75</sup>

Por su parte Tansey, señala que las diversas formas de propiedad intelectual, en los diferentes países, difieren en cuanto a lo que es idóneo para ser protegido, el alcance (qué puede protegerse), la duración de la protección y las posibles excepciones a los derechos exclusivos. Lo que refleja el hecho de que son una concesión otorgada por una sociedad mediante leyes que ella misma elabora, leyes que favorecen a un grupo específico con amplios objetivos sociales (aumento de la creatividad y de la inventiva) y tratan de equilibrar los intereses de los productores y usuarios de obras intelectuales.<sup>76</sup> De lo que se desprende la posibilidad de crear leyes que protejan la *innovación campesina informal*, desde la perspectiva de los pueblos campesinos e indígenas, en función de sus necesidades, gustos, posibilidades y acorde a su cultura.

Sin embargo, lo cierto es que en nuestro país las leyes nacionales no son el reflejo de la sociedad, no responden a las necesidades reales de las personas y colectividades a las que van dirigidas, sino que constituyen un obstáculo para la efectivización de sus derechos. Es por esto que muchas veces pueblos

<sup>73</sup> TANSEY, *op. cit.*, p. 36.

<sup>74</sup> SHIVA, *¿Proteger o... op. cit.*, pp. 18-48.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>76</sup> TANSEY, *op. cit.* p. 40.

indios y campesinos se ven obligados a actuar al margen y abiertamente en contra de la ley para garantizar sus derechos. Como nos recuerda Ramón Vera, “por lo menos desde 1992, las leyes en México se cocinan para servir de obstáculo concreto a los afanes de justicia de la población. Con este férreo control jurídico legal, quienes hacen leyes orillan a la gente a no tener cabida en la ley y, valga la obviedad, a quedar y a actuar fuera de la ley”.<sup>77</sup> Así se comprende la denuncia de Vandana Shiva, cuando dice que “el fenómeno de la biopiratería y la piratería intelectual por los intereses comerciales occidentales ha surgido como consecuencia de la devaluación y la invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena, y la falta de protección para estos sistemas”,<sup>78</sup> ya que la imposición de un orden normativo— a través de las políticas de la OMC y el FMI—, como el que rige el régimen de patentes y de protección a la propiedad intelectual, tiene como consecuencia la descalificación y ocultamiento de los sistemas normativos campesinos e indígenas, a favor de un paradigma estatista de producción del Derecho.

Así se mutila la gran riqueza y complejidad del fenómeno de lo jurídico, íntimamente ligado a realidad social y cultural de los procesos sociales donde nace y se nutre el Derecho, y que permiten la constante transformación y reflexión de lo jurídico. Se trata, como se ha venido sosteniendo desde el *Tribunal Permanente de los Pueblos: Capítulo México*, de un auténtico “Desvío de Poder”, esto es, el uso —por parte de los gobiernos, representantes políticos, autoridades y poderes fácticos— de las capacidades económicas, políticas, culturales y jurídico-institucionales del Estado, con el propósito de satisfacer o beneficiar intereses privados y particulares —locales o extranjeros— en contra o en detrimento del interés público y general de la población, y a costa de desatender las condiciones mínimas de reproducción y desarrollo de la vida social y de supeditar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de las personas a dinámicas económicas ajenas a sus intereses; violando en dicho proceso todas y cada una de las conquistas históricas de los pueblos en su larga lucha. Este desvío de poder se realiza en todos los planos del funcionamiento estatal: político, legislativo, judicial, incluso económico, en tanto expropiación del aparato público que, despojado de las características que intentan justificar su legitimidad (representar los intereses del conjunto de la población), queda vaciado.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> VERA HERRERA, Ramón, “El maíz y su defensa más transparente”, en *Ojarasca “Voces de un mundo en movimiento”*, No. 168, México, abril de 2011. p. 8.

<sup>78</sup> SHIVA, Vandana, *Las nuevas... op. cit.* p. 90.

<sup>79</sup> Sentencia Tribunal Permanente de los Pueblos 2014. Disponible en: <http://www.tppmexico.org/sentencia-de-la-audiencia-final-del-capitulo-mexico-del-tpp/> consultado el 23 de junio de 2015.

A continuación se hará un sucinto análisis del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), ambos firmados y ratificados por el Estado mexicano.

#### ADPIC Y UPOV

Como describe Víctor Toledo, desde la década de los ochenta del siglo pasado, bajo el impulso de los países desarrollados y las corporaciones transnacionales, se ha venido construyendo un sistema global de DPI como pieza fundamental del régimen internacional de comercio o *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*. Éste régimen internacional se caracteriza por el incremento sucesivo de los niveles de protección de los DPI, la ampliación creciente de las materias que comprende, la tendencia a su globalización, su estrecho vínculo con las regulaciones de inversiones y la lógica multiescalar y simultánea de negociación y regulación en pos de un mismo programa: un sistema global de patentes.<sup>80</sup>

Hasta inicios de la década de los 90's casi ningún país del Tercer Mundo reconocía ningún tipo de DPI sobre las semillas, no obstante, las presiones ejercidas por Estados Unidos de América han logrado que varios países adopten en su legislación interna el régimen de protección de variedades vegetales. Por lo que en los últimos años, los DPI han adquirido una inusitada centralidad en la nueva economía global, donde predomina el factor conocimiento, las dimensiones simbólicas, la información y las biotecnologías (capitalismo cognitivo). Según Víctor Toledo, esta mutación se tradujo en presiones políticas y comerciales de los corporativos transnacionales —principalmente de la industria farmacéutica, biotecnológica, informática y de industria cultural— en dos direcciones complementarias. En primer lugar establecer sistemas de protección mundial que blinden la seguridad jurídica de los titulares de *patentes, marcas, copyright*, etc. en los distintos territorios nacionales y regionales. Esto es lo que se conoce como régimen internacional de Propiedad Intelectual. En segundo lugar, establecer regímenes internacionales que faciliten y legalicen la apropiación de recursos biológicos de los países del Sur, incluidos los recursos genéticos y bioquímicos de los territorios indígenas y sus conocimientos tradicionales asociados, esto es, el

<sup>80</sup> TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor, "El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas", en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Mikel Berraondo (Coord.), Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 509.

régimen de "acceso a recursos genéticos" y el mercado de "servicios ambientales".<sup>81</sup>

Estos regímenes se ven materializados en una diversidad de tratados y convenciones promovidas bajo el liderazgo de los países del Norte, en los que la biodiversidad ha adquirido un nuevo valor como mercancía susceptible de diversos modos de apropiación, ya sea como patentes, derechos de obtentor, marcas, derechos de autor. Estos nuevos regímenes ambientales crean nuevos mercados y regulaciones, tales como los "servicios ambientales", el acceso a recursos genéticos y bioquímicos, así como a los conocimientos asociados a la biodiversidad de los territorios indígenas, por lo que es de suma importancia —como nos dice Toledo— "prestar atención a los escenarios y debates del régimen de los DPI, acceso y comercio de la biodiversidad y servicios ambientales, no sólo para advertir los riesgos y contener la desposesión, sino también para reclamar y defender derechos colectivos, el control y protección del patrimonio cultural e intelectual y la soberanía sobre los territorios de los pueblos indígenas".<sup>82</sup>

El régimen internacional de Propiedad Intelectual se compone de tres grandes sistemas de derechos. Los *Derechos de Autor*, la denominada *Propiedad Industrial* y los *Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales*; estos últimos son los que nos interesan para los fines de este artículo, ya que se refieren a los derechos de propiedad que se otorgan a una persona —o empleador de dicha persona—, que haya creado, descubierto o desarrollado una variedad de planta, otorgando derechos exclusivos para controlar la reproducción (o copia) de su material protegido. No obstante, como señala Dutfield, es a partir del Acuerdo sobre los ADPIC que todos los miembros de la OMC tienen que suministrar alguna forma de protección de DPI para las variedades vegetales, pero depende de cada Estado firmante la forma de hacerlo.<sup>83</sup>

El Acuerdo ADPIC es un instrumento de la OMC por el que se rigen las patentes de los procesos biotecnológicos y ciertos productos derivados, a efecto de garantizar normas nacionales mínimas de protección a la propiedad intelectual. Sin embargo, sus críticos señalan que se basa en un concepto muy limitado de innovación, ya que por definición favorece a las corporaciones transnacionales en franco detrimento de los pueblos campesinos y sus formas culturales/contextuales de innovación; además de considerar que este Acuerdo es resultado de una imposición de los valores occidentales e intere-

<sup>81</sup> *Ídem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>83</sup> DUTFIELD, Graham, "La conversión de las obtenciones vegetales en propiedad intelectual: el Convenio de la UPOV", en Tansey y Rajotte, *op. cit.*, p. 53.

ses de las multinacionales del Norte a expensas de las diferentes sociedades y culturas del mundo. De hecho, el cambio más significativo y controvertido que produjo el APDIC en los DPI fue la ampliación del campo de la materia que es patentable. Esto en función de que la eliminación de todo límite a la patentabilidad es una exigencia de las empresas multinacionales dedicadas a la biotecnología.<sup>84</sup> Como señala Pedro Roffe, una de las disposiciones más polémicas del Acuerdo y de suma trascendencia para la agricultura, la biodiversidad y, por tanto, el futuro de la alimentación mundial, se refiere a si los organismos vivos son patentables o no patentables.<sup>85</sup> El Artículo 27.3 (b) del Acuerdo establece lo siguiente:

Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste.

El ADPIC trata cuestiones referidas a la biotecnología y patentabilidad de materia viva, incluidos recursos biológicos y genéticos, con el propósito de ampliar el ámbito de la materia patentable y de elevar los niveles de protección de la propiedad intelectual. De modo que este artículo obliga a todos los estados parte a modificar las leyes de patentes con el fin de introducir las patentes sobre seres vivos y la respectiva legislación en materia de obtención vegetal. Como bien observa Shiva, de la primera parte del Artículo 27.3 (b) del Acuerdo pudiera interpretarse que se trata de una exclusión de la patentabilidad de las plantas y animales. No obstante, las palabras “que no sean microorganismos” y plantas y animales fabricados mediante procesos “no biológicos” y “microbiológicos” obligan a patentar los microorganismos y las plantas modificadas genéticamente; “como los microorganismos son organismos vivos, obligar a patentarlos es el comienzo de un viaje de descenso por la pendiente resbaladiza que lleva a patentar todo en la vida”.<sup>86</sup>

Por su parte, el Convenio de la UPOV tiene como objetivo proteger las obtenciones vegetales (variedades de plantas de reciente creación) mediante un derecho de propiedad intelectual, por lo que ha creado los Derechos de los

<sup>84</sup> SHIVA, *¿Proteger o...*, op. cit., p. 96.

<sup>85</sup> ROFFE, Pedro, “La expansión de niveles globales mínimos de propiedad intelectual al ámbito de la agricultura: el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (acuerdo sobre los ADPIC)” en Tansey y Rajotte, op. cit., p. 85.

<sup>86</sup> SHIVA, *¿Proteger o...* op. cit., p. 96.

Obtendores (persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad). Prevé una forma *sui generis* de protección por propiedad intelectual adaptada específicamente al proceso de fitomejoramiento y elaborada con el fin de alentar a los obtendores a desarrollar obtenciones vegetales, ya que las innovaciones en otras esferas de la tecnología relativas a las plantas están protegidas por otras formas de derechos de propiedad intelectual, entre ellas y en particular, las patentes. De modo que el Convenio de la UPOV se propone lograr un equilibrio entre la protección de los derechos de los agricultores a reproducir semillas en sus campos de cultivo, por un lado, y los derechos de los obtendores a utilizar y desarrollar recursos genéticos de plantas con fines comerciales, por el otro.

Este Convenio fue adoptado inicialmente en 1961, con base en los sistemas de protección de obtenciones vegetales de diversos países europeos; no obstante, fue revisado en 1978 y nuevamente en 1991. La versión de 1978 protege el derecho de los agricultores al uso tradicional de variedades vegetales protegidas para actividades de propagación en sus propios campos de cultivo; en cambio, la versión de 1991 amplía la protección de las opciones e incentivos de los obtendores para innovar, extendiendo sus DPI a los materiales cultivados (por ejemplo, semillas) y a la propagación de materiales de variedades protegidas, al tiempo que elimina los derechos de los agricultores a reproducir, intercambiar o replantar variedades de semillas protegidas. Por lo que la versión de 1991 favorece ampliamente a las empresas transnacionales y corporaciones que promueven los transgénicos. A decir de Shiva, el Convenio UPOV es rígido y exige a sus miembros la adopción de sus normas y ámbito de protección como legislación nacional, lo que se ha traducido en un elevado grado de estandarización normativa, en contra de la diversidad biológica, socioeconómica y cultural de los diferentes países miembros; por ellos considera que es inadecuado como sistema *sui generis* para la protección de las plantas, las personas y la creatividad e innovación a partir de realidades distintas.<sup>87</sup> En síntesis, los derechos de obtentor están controlados por la UPOV; el acta UPOV 1978 confiere menos derechos a las empresas que el acta UPOV 1991, pues reconoce dos principios: a) el privilegio de los agricultores para guardar semillas para su propio uso y b) la excepción de los fitomejoradores, es decir, que ellos pueden usar semillas registradas para usarlas en programas de mejoramiento genético. En cambio, el acta UPOV 1991 reconoce DPI sobre variedades esencialmente derivadas de aquellas registradas.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 98

Es importante mencionar que actualmente existe una tentativa en curso —dirigida desde los lobbys pro transgénicos— para ubicar a México en el acta UPOV 91 a través de la aprobación de una nueva Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV). Escenario que sólo favorece —como hemos visto— a las empresas transnacionales y corporaciones que promueven los OGM's, ya que esta nueva ley —en caso de ser aprobada— constituiría el marco legal adecuado para consumir el despojo de variedades nativas en caso de contaminación transgénica de maíces nativos, provocando graves y profundas afectaciones a prácticas campesinas milenarias, como el uso de semillas propias (que se vean contaminadas) y el libre intercambio de semillas entre campesinos. El acta UPOV 91 favorece patentar genes y semillas afectando los derechos de los campesinos, ya que protege en exceso a los obtentores (empresas como Monsanto, Pioneer, Dupont, etc.) estableciendo un marco jurídico para la protección de los transgénicos, posibilitando el apoderamiento de maíces nativos, con base en los DPI. De modo que la incorporación del acta UPOV 91 en la legislación mexicana, constituiría la situación legal ideal para despojar de las variedades de maíz nativas a los campesinos —sus creadores milenarios— en caso que estas variedades sufrieran contaminaciones con transgénicos, que estarían patentados con amparo de la nueva LFVV, lo que no podría ocurrir en el acta UPOV 78, ya que protege la propiedad de los maíces en forma “*sui generis*”, pero no patenta los eventos transgénicos.<sup>88</sup>

Es importante decir, que a pesar de los múltiples empeños políticos y legales en contra de la agricultura campesina en México, las empresas agrobiotecnológicas no han logrado salirse con la suya y aún subsiste la esperanza. A la fecha persiste la medida precautoria que obliga al Poder Ejecutivo a suspender cualquier permiso para cultivar maíz transgénico “a cielo abierto” en México a partir del 17 de septiembre de 2013. Esto mientras se desahoga la Demanda Civil de Acción Colectiva en vía de acción difusa, sobre el derecho humano a la Diversidad Biológica de los maíces nativos de México; interpuesta por ciudadanos y organizaciones campesinas y urbanas. La finalidad de esta demanda es que los tribunales federales declaren que la liberación o siembra de maíces transgénicos daña el derecho humano de conservación, utilización sostenible y participación justa y equitativa de la diversidad biológica de los maíces nativos (o criollos); así como los derechos que de éste derivan: derecho a la alimentación, derecho a la salud y derechos de los pueblos originarios. De modo que la justicia mexicana tiene en estos momentos en sus manos determinar si la siembra y comercialización de las semillas de maíz transgénico es legal o no en México.

<sup>88</sup> ESPINOSA-CALDERÓN *et al.*, *op. cit.*, p. 295.

### Esquizofrenia gubernamental

El contexto legal en México respecto a la defensa del maíz es abiertamente adverso, aun cuando el Estado mexicano ha firmado y ratificado tratados y convenios internacionales en los que se encuentran reconocidos los derechos de los pueblos indígenas y campesinos, así como obligaciones positivas del Estado para salvaguardar bienes fundamentales como lo son las semillas nativas y los conocimientos, costumbres y prácticas culturales de pueblos indígenas y campesinos asociados a la biodiversidad (Convenio 169 de la OIT, Convenio de Diversidad Biológica, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).<sup>89</sup> Esta contradicción, a la que hacemos referencia, puede comprenderse —como explica Alejandro Medici— en virtud de que dentro del contexto de la globalización coexisten una pluralidad de fuentes de órdenes normativos, es decir, que se da una co-vigencia y co-presencia de formas de derecho de geometría variable y con distintos objetivos, racionalidades, velocidades y niveles de eficacia. Lo que significa que los sistemas universales y regionales de protección de los Derechos Humanos coexisten con otras formas de juridicidad, como la *nueva lex mercatoria* y el *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*.<sup>90</sup>

Sin embargo, en los hechos no existe punto de comparación entre el poder de los corporativos transnacionales en relación con la capacidad de las personas de a pie —las *personas de la milpa*— para defender sus derechos, aunque reconocidos por el derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta asimetría de derechos y subjetividades se hace evidente al analizar la diferencia de efectividad y la capacidad de influenciar u obligar a los estados y

<sup>89</sup> La reforma del Artículo primero constitucional de 2011 reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los Tratados Internacionales, abriendo el sistema jurídico mexicano de forma clara y contundente al derecho internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, en dicho Artículo primero constitucional se recoge la figura de la *interpretación conforme*, pues se señala que todas las normas relativas a Derechos Humanos, cualquiera que sea su rango jerárquico, deberán interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los Tratados Internacionales. Esto implica la creación del llamado bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la Carta Magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se debe interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. De modo que a la luz de esta reforma constitucional obliga al Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) a promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los Tratados Internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas, y deberán cumplirse conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

<sup>90</sup> MEDICI, *op. cit.*, pp. 183-184.

las instituciones económico-financieras y comerciales internacionales. Como explica Tansey, diferentes intereses han propulsado las diversas negociaciones respecto a las reglas en torno a la propiedad intelectual, las cuales han conducido a la creación de nuevas instituciones globales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), que surgió de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales, iniciadas en 1986 bajo el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT), esto es, el sistema GATT /OMC, en relación a los avances y la efectividad en materia de protección internacional de los Derechos Humanos; en particular, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La diferencia fundamental entre la OMC y las organizaciones existentes de Naciones Unidas —agencias especializadas como la Organización Mundial de la Salud y la FAO, o la que se ocupa del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), que administrativamente forma parte del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)— es que la OMC tiene un mecanismo vinculante de resolución de disputas respaldado con sanciones. Esto significa que los países que no pueden cumplir sus reglas se enfrentan a consecuencias reales, lo cual no es el caso en la mayoría de las otras agencias internacionales, excepto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.<sup>91</sup>

Bajo esta lógica corporativa y mercantilista los ordenamientos jurídicos vigentes de los Estados nacionales se han venido subordinando a las directrices marcadas por la OMC (Organización Mundial de Comercio), a través del APDIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los DPI relacionados con el Comercio), el UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales) y el GATT (Acuerdo General de Tarifas y Comercio), los cuales exigen la configuración de un sistema de leyes uniformes sobre patentes y derechos de propiedad intelectual, sin tomar en cuenta las diferencias éticas y culturales de los pueblos y comunidades tradicionales del Tercer Mundo y sus formas de relacionarse con la naturaleza. Cada estado signatario de estos acuerdos (como México), debe hacer su legislación interna compatible con los mismos. Estos mecanismos jurídicos tienen una gran fuerza operativa y acaban siendo cumplidos con mayor eficacia que las normas protectoras del medio ambiente y de Derechos Humanos. De este modo, leyes, políticas públicas, programas gubernamentales y megaproyectos (públicos o privados) operan el despojo. Se escinde maíz, tierra, agua, biodiversidad, cultura comunitaria, trabajo y saber campesino acumulado, con la consecuente destrucción de los vínculos socio-bio-culturales de los pueblos que viven con la naturaleza [en un territorio], a fin de facilitar la apropiación privada de todo

<sup>91</sup> TANSEY, *op. cit.*, p. 30.

aquello susceptible de generar ganancia, en un proceso actualizado de acumulación de capital.

Según explica Vercellone, existe una íntima vinculación entre el capitalismo cognitivo y la nueva división internacional del trabajo, ya que el proceso de globalización actual puede, en algunos de sus aspectos, interpretarse como la renovación de un vasto proceso de acumulación primitiva. Combina estrictamente los métodos tradicionales de la expropiación originaria y la tentativa de transformación en mercancías de la totalidad del mundo de la vida y del pensamiento. Se trata de “una nueva dinámica de privatización, parasitaria, de lo común, que subsume del Norte al Sur de la economía mundo los saberes tradicionales como saberes nuevos de la economía del conocimiento, con independencia de que se trate de antiguos derechos colectivos sobre los espacios agrícolas o forestales o de los servicios colectivos del Estado del Bienestar”.<sup>92</sup> Este proceso que se viene realizando en México, no obstante la evidente importancia socio-bio-cultural del maíz para los pueblos indios y campesinos mexicanos y su protección formal en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Es de este modo que mediante el uso del Derecho —en su versión positiva— el proceso de globalización neoliberal se viene imponiendo, incorporando a su lógica todos los ámbitos de la vida humana, en un proceso cada vez más amplio de homogenización, donde lo “global” no responde a un interés humano universal, si no que representa un interés y una cultura particular, que ha adquirido el rango global a través de su capacidad de dominio y control”.<sup>93</sup> Se puede decir que la hegemonía del neoliberalismo y la fuerza estructural del capital es capaz de activar diferencialmente porciones del dispositivo jurídico. Sólo así se entiende que pueda globalizarse los derechos que son retóricamente compatibles con la acumulación de capital a escala mundial y que suponen marcos de previsibilidad y seguridad jurídica para la libertad de inversión y el derecho de propiedad privada. Es decir, se globalizan los “derechos” que no suponen regulaciones jurídicas a los corporativos transnacionales y mucho menos transferencias de poder a grupos históricamente subalternizados —como comunidades tradicionales, pueblos indígenas y campesinos— que interfieran con el “orden natural” del mercado globalizado. Por tanto, es en virtud de la hegemonía del neoliberalismo y su capacidad de imponer, no sólo una lógica de actuación, sino también regulaciones jurídicas al interior de los estados nacionales, que se ven desactivados

<sup>92</sup> VERCELLONE, *op. cit.*, 67.

<sup>93</sup> SHIVA en Sánchez Rubio y Solórzano Alfaro, *op. cit.*, p. 27.

los Derechos Humanos de pueblos indígenas y campesinos así como su garantía de efectivización.<sup>94</sup>

*Apropiación crítica de la historia  
y el Derecho que nace del Pueblo*

La supervivencia de los pueblos indígenas y campesinos, su identidad y sus formas de reproducción social han estado por largo tiempo amenazadas. En las últimas décadas, los ajustes estructurales se han venido creando y modificando leyes que territorializan un nuevo orden colonial en nuestro país, cuyas consecuencias son palpables en la acelerada transformación de dinámicas sociales, culturales, políticas y estéticas, así como de lugares y representaciones simbólicas que son base y fundamento de formas de convivencia y subsistencia (territorios campesino/indígenas). Estos ordenamientos jurídicos, impuestos desde un horizonte de sentido neoliberal, han venido construyendo hacia el interior de nuestro país un orden jurídico adverso que no sólo no responde a las necesidades reales de los pueblos a los que van dirigidas, sino que constituyen un gran obstáculo para la efectivización de sus derechos y la posibilidad de una vida digna. Sin embargo, en este contexto, los saberes campesinos —los saberes de subsistencia— son y han sido fundamentales para la resistencia y la supervivencia de los pueblos. Los saberes comunitarios, muchos de ellos ancestrales, constituyen la base para imaginar y pensar un mundo diferente en tanto camino para cambiar éste; el “camino mismo como gestación de un escenario diferente”.<sup>95</sup> Como dice don Pablo González Casanova, haciendo alusión a la experiencia indígena chiapaneca:

En la práctica combinan las experiencias de la historia —“el saber” de los pueblos— con la creación histórica, con la imaginación y la razón realizadas entre vericuetos imprevistos. Enriquecen de variadas maneras su pensamiento, sus conocimientos y sus “saberes”, y hacen de su movimiento uno de los más creadores del mundo alternativo. La creación está lejos de ser un acto meramente intelectual y moral. Requiere también de un admirable sentido de la resistencia y de una sorprendente fortaleza de ánimo frente a los recursos escasos con que se cuenta y a los asedios constantes que se sufren y enfrentan.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> MEDICI, *op. cit.*, 198.

<sup>95</sup> Palabras del obispo Raúl Vera López en plática con estudiantes y académicos en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, 16 de junio de 2015.

<sup>96</sup> GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, “El discurso de la rabia (Lo que dije y no alcance a decir) 5 de enero 2009, CIDECI, San Cristóbal de las Casas, México”, en *Rebeldía*, No. 67, México, 2009, p. 72.

El proceso de colonización, a través de la ya arcaica estrategia del despojo de la tierra, ocasionó la pérdida de variedades y formas nativas de diferentes cultivos, lo cual no fue resultado de un accidente o de una casualidad, sino de un proceso en el que la tierra y las semillas se transformaron en mercancías. En México, durante el siglo XVI, la muerte por el holocausto colonial significó la disminución de una población de 25 millones de indígenas a una de alrededor de un millón. No obstante, con ese millón de personas, con esos pueblos supervivientes, sobrevivieron también saberes, rebeliones y culturas, y dentro de éstas, cientos de variedades y formas de cultivos y formas de consumirlos.<sup>97</sup> Precisamente mediante el cuidado, preservación y transmisión de estos saberes, es que las culturas campesinas mexicanas existen hoy día; es también gracias a estos que han logrado y mantenido cierto grado de autonomía, que les ha permitido recordar y valorar el pasado, vivir el presente acorde a su identidad y cultura propia, e imaginar el futuro al margen y como contrapunto del pensamiento hegemónico.

Es importante decir también que estos saberes no son, ni han sido, estáticos, ya que han estado expuestos a muchos intercambios culturales y su pertinencia y actualidad también ha sido posible gracias a su puesta en peligro; y al constatar su vigencia e importancia actual para la permanencia de la forma de vida campesina y los valores que ésta encarna como *praxis* liberadora. De modo que el conflicto generado con el proceso de la colonización, mediante la imposición de una epistemología excluyente —colonialidad del saber—, el despojo de la tierra y la imposición de una forma de producción ajena y desastrosa para las comunidades indígenas, no sólo puede plantearse en términos de una victimización pasiva, sino que también estos conflictos constituyen una experiencia histórica y cognoscitiva de liberación para los pueblos;<sup>98</sup> es decir, un elemento decisivo para la conformación de los saberes de los pobres del campo, mayoritariamente indígenas. Como afirma el historiador Francisco Pineda —haciendo referencia al zapatismo revolucionario—, el proceso civilizatorio del maíz, sus códigos de la tierra, auto-organización y auto-determinación de hombres libres, es una experiencia de la resistencia al colonialismo y la dominación extranjera, y fueron vertientes fundamentales en la revolución del sur (1912-1914).

<sup>97</sup> JARDÓN BARBOLLA, Lev, “La lucha por las semillas: el gris de la conquista y la policromía de la resistencia”, en *Rebeldía*, No. 71, México, 2010, p. 67.

<sup>98</sup> En la literatura latinoamericana existen obras que han mostrado magistralmente el conflicto por la tierra y la experiencia histórica de liberación de los pueblos campesinos. Véanse las obras de RULFO, Juan; SCORZA, Manuel; ARREOLA, Juan José; ARGUEDAS, José María; y ALEGRÍA, Ciro.

El conflicto nuclear de la revolución del sur, entre las haciendas y los pueblos, puede considerarse, también, como la confrontación violenta entre la economía del azúcar, con sus formas de sometimiento, y la economía del maíz con sus formas de autoorganización y libertad. En ese núcleo, son decisivos los saberes y emociones de los campesinos revolucionarios. [...] Los saberes del zapatismo representan uno de los aspectos más negados por la historiografía dominante. “No tenían proyecto de nación”, dijo uno y, en seguida, muchos más recitaron a coro: “no tenían proyecto de nación y no sabían qué hacer”. Otro, más profundo, arguyó: “sólo eran maiceros y chileros”. La negación de los saberes zapatistas opera no con información sino con racismo y desprecio por la gente del campo, dos constituyentes de la colonialidad del poder actual.<sup>99</sup>

Como dice Armando Bartra, el desprecio racial a los pueblos originarios se complementa con la subestimación de las lenguas, culturas y alimentos vernáculos.<sup>100</sup> Estas citas muestran las agudas contradicciones que reflejan las distorsiones estructurales arraigadas desde la conquista, sus prácticas biopolíticas de normalización y control de las poblaciones, así como los procesos de aculturación etnocida y ocultamiento de las memorias populares. De modo que cuando hablamos de los saberes [campesinos] de subsistencia se hace prácticamente inevitable confrontarlos con los saberes “científicos”, pues se trata de poner en juego y afirmar unos saberes locales, discontinuos, descalificados, no legitimados para oponerlos al paradigma hegemónico del conocimiento que pretende ocultarlos, anularlos u omitirlos en nombre del “conocimiento verdadero” o en nombre de los derechos de una ciencia que algunos poseen. De modo que la recuperación y revaloración de los saberes [campesinos] de subsistencia constituye una *insurrección de los saberes sometidos*.<sup>101</sup> Lo que se pone de manifiesto en el estudio realizado por más de 200 investigadores pertenecientes a 70 instituciones mexicanas es que en la actualidad existen alrededor de sesenta razas de maíz; todas fruto de un milenario, amplio y generoso proceso de selección y de compartir material genético realizado —y que sigue realizándose— por campesinos mexicanos en el sistema milpa. Proceso que en términos “modernos” puede ser calificado como un paciente proceso biotecnológico a escala humana.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> PINEDA, FRANCISCO, “Emiliano Zapata y los saberes de los campesinos revolucionarios” disponible en: <http://desinformemonos.org.mx/2011/03/emiliano-zapata-y-los-saberes-de-los-campesinos-revolucionarios/> citado 22 de junio de 2015.

<sup>100</sup> BARTRA, ARMANDO, “De milpas y otras quimeras”, en *La jornada*, México, 17 de febrero de 2007.

<sup>101</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 21-22.

<sup>102</sup> Al respecto dice Sarukhán, “el maíz es —probablemente— el ejemplo que ilustra de mejor manera el proceso de evolución bajo la domesticación y que sigue vigente, aunque en algunos casos de manera muy vulnerable, en el presente. En términos “modernos” uno podría describir ese proceso de domesticación como una investigación meticulosamente monitoreada por las personas que atendían

Atrás de los conflictos en torno a la repartición desigual de lo que aún se llama “riqueza”, hay una pugna despiadada entre dos tipos de saberes. Los primeros son empíricos, generalmente transmitidos oralmente, locales y concretos. Los segundos son formalizados o hasta matematizados, conservados por escrito, desterritorializados, desmaterializados, de pretensión universal, y abstractos. En la sociedad contemporánea, los primeros dan prestigio, hacen parecer inteligentes a los que los detienen y dan prestigio y poder. Los segundos han sido tildados de “arcaicos”, “despreciables”, “provincianos”. Los primeros se catalogan como “científicos” y los otros como retrógrados y obsoletos, o se catalogaban así antes de la crisis de 2008. Los primeros son saberes de subsistencia que permiten vivir a partir de lo que nos dan el suelo, el cielo y las aguas. Los segundos son saberes económicos que permiten obtener de otros, frecuentemente muy lejanos, de hecho, lo más lejanos posible, los elementos de nuestra subsistencia. Los primeros presuponen capacidades concretas, únicas, apropiadas a un lugar, una cultura, un clima: autonomía. Los segundos prosperan cuando el mundo parece haberse transformado en un desierto cultural, un espacio “sin fuegos ni lugares”, abstracto, falsamente universal, desarraigado de todo suelo, toda materia, toda carne. Los primeros saberes son los que se enseñan en las universidades —las “transgénicas” de los ricos, como dijo el Comandante Tacho— y los que abren al éxito profesional, político, científico y social que buscan las élites. El segundo tipo de saberes son los de la gente humilde que no ha roto del todo con su anclaje en una tradición local.<sup>103</sup>

En este contexto epistémico-conflictivo se ve plasmada la estructura dominante y la institucionalización global de la dicotomía superior-inferior que implica la colonialidad del poder, del saber y del ser. Dicha colonialidad, vigente hasta nuestros días, explica la actual organización del mundo en su conjunto, como producto de la complicidad existente entre la ciencia occidental moderna y el modelo de desarrollo dominante, entendido éste como la ideología de la superioridad del modelo civilizatorio occidental capitalista, basado en un paradigma científico-tecnológico ligado al colonialismo y la imposición

las zonas de cultivo, evaluando las diferentes características de las plantas de maíz, desde su capacidad de crecimiento y rendimiento en las condiciones ambientales de que se trataba, el tiempo de maduración de las mazorcas, hasta las características organolépticas de los granos, esto se complementa con una selección de las mazorcas que resultaban interesantes para los propósitos, entrecruzando sus materiales con los de otras regiones (sí, si estaban haciendo biotecnología!), guardando semilla para futuras cruces, intercambiando parte de ellas con sus vecinos o con otros grupos étnicos en otras regiones, lo que resultaba en la distribución espacial de genotipos y la ampliación de variabilidad genética del “pool” global de genes de maíz en nuestro territorio”. Tomado de SARUKHAN KERMEZ, José, “Prefacio” en *El maíz en peligro ante los transgénicos. Un análisis integral sobre el caso de México*, Elena Alvaréz-Buylla y Alma Piñeyro Nelson (Coords.), México, CEIICH-UNAM, 2013, p. 11.

<sup>103</sup> ROBERT, Jean, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, en *Conspiratio “Los motivos de la esperanza”*, No. 1, México, septiembre-octubre 2009, p. 59.

violenta de una epistemología excluyente, que priva a los pueblos de culturas diferentes la oportunidad de definir sus propias formas de su vida social.<sup>104</sup>

Sin embargo, si bien la modernidad colonial ha sido en gran medida ocultadora y esclavizante para los pueblos indígenas de América, también ha sido escenario de resistencias y conflictos; una serie continua de levantamientos y despertares, proyectos y propuestas contrahegemónicas fruto de la memoria y una *praxis* social liberadora generadora de conocimiento. Con esto no queremos afirmar que todo conocimiento humano es fruto de la lucha, la confrontación o el conflicto. Sí se trata, sin embargo, de traer a colación la formación de ciertos dominios de saber a partir de las relaciones de poder y relaciones políticas en México, producto precisamente de los procesos de colonización/despojo y las luchas de resistencia propositiva a los mismos. Así se explica la formación de conocimiento como reacción a ciertas situaciones y relaciones de fuerza y dominio, es decir, el conocimiento como una relación estratégica en la que el sujeto está situado. En este sentido se puede hablar del carácter perspectívico del conocimiento porque hay batalla, porque el conocimiento es efecto de la batalla;<sup>105</sup> y podemos afirmar que los saberes [campesinos] de subsistencia —como fundamento de un proceso civilizatorio— constituyen un verdadero *saber histórico de las luchas*, generado en el seno de los pueblos y comunidades campesinas mexicanas, mediante una *recuperación crítica de la historia* y de experiencias conflictivas.

Acertadamente advierte Orlando Fals Borda que “saber también es organizarse para la acción”,<sup>106</sup> pues en verdad —como afirma el filósofo cubano Raúl Fonet-Betancourt— “comunitariamente estamos pensando, ahí precisamente donde pensamos que no estamos pensando”;<sup>107</sup> en las luchas; en las relaciones; las reivindicaciones políticas y sociales; en la forma de intervenir en el mundo. Se trata de una *praxis* liberadora que genera de conocimientos y reconocimientos que sientan las condiciones materiales e inmateriales para una vida digna de ser vivida. Esto es así, porque el ser humano no puede ser comprendido fuera de sus relaciones con el mundo, puesto que es un “ser-en-situación”, es también un ser de trabajo y de transformación del

mundo; un ser de la “*praxis*”, de la acción y de la reflexión.<sup>108</sup> De tal modo que las luchas campesinas históricas y contemporáneas constituyen prácticas de saber, refinadas en el conflicto, en la confrontación y la resistencia, y en la defensa de la diversidad y la riqueza humana. Saberes y conocimientos generados en el centro de las dinámicas de explotación y dominio y desde las prácticas de autoorganización y creación constante de la autonomía en los hechos, como herramientas de futuras prácticas de libertad. La reivindicación de la milpa —la defensa de la producción campesina de maíz— y los saberes que ésta encarna, es una lucha contra el hambre y el éxodo, un combate por la soberanía alimentaria y por la soberanía laboral. Pero es también una batalla, aún más profunda y decisiva, por preservar la pluralidad cultural y la diversidad biológica, la riqueza de la experiencia humana de las que depende no sólo el futuro del México, sino también el futuro de la humanidad.

Es, pues, ante este panorama, que pueblos indígenas y campesinos —que ven afectados sus intereses y formas de reproducir la vida— cuestionan la relación saber-poder impuesta desde una concepción autoritaria de la ciencia moderna y la legitimidad del poder estatal como único productor válido de derecho; por lo que se ven obligados a actuar al margen o abiertamente en contra de la ley, estableciendo amplios y diversos procesos de lucha encaminados a reivindicar espacios para abrir a debate la utilidad y el sentido de la aplicación de la ciencia y el derecho estatal subsumidos a la lógica neoliberal. Se apela a la constitución un modelo civilizatorio capaz de reconocer y comprender la complejidad de las relaciones sociales y del ser humano con su entorno, como un mundo natural próximo, fuente de sustento, cosmovisión y saber. De tal modo que el ejercicio de la autonomía, en los hechos, por parte de pueblos indios y campesinos, muestra como estos afirman y demuestran desde su *praxis* cotidiana que el fenómeno de lo jurídico no se limita al derecho positivo estatal vigente, sino que hay que comprender la existencia de una brecha entre las estructuras formales y reales en la sociedad mexicana, que implica la coexistencia de jurisdicciones que entran en conflicto en el ámbito nacional, a saber, entre un derecho que nace del Estado y otro *derecho que nace del pueblo*<sup>109</sup> —como pluralismo jurídico y epistemológico contrahegemónico—.

Esta disputa, inscrita en nuestra realidad abigarrada, revela la distancia entre las estructuras coloniales que se han impuesto a contrapelo de la condición cultural y las que se han mantenido vivas, contra todo y contra todos,

<sup>108</sup> FREIRE, Paulo, *¿Extensión o comunicación? La concientización en el medio rural*, Siglo XXI, Montevideo, 1975, p. 29.

<sup>109</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El Derecho que nace del pueblo*, México, Porrúa, 2006.

<sup>104</sup> Cfr. FONET-BETANCOURT, Raúl, *La interculturalidad a prueba*. Disponible en: <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> citado el 4 de junio de 2012.

<sup>105</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 30-31.

<sup>106</sup> FALS BORDA, Orlando, *Conocimiento y poder popular. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México y Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Siglo XXI, 1985, pp. 88 y 81.

<sup>107</sup> Clase en el Doctorado de Pensamiento Político. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. 5 de febrero de 2008.

como expresión de formas propias de pensamiento y comportamiento.<sup>110</sup> Es por esto que es importante resaltar el carácter dinámico del derecho indígena y su capacidad para dialogar —aunque conflictivamente— con el derecho estatal; rescatarlo de la visión errónea, prejuiciosa y negativa que lo define como un derecho arcaico (junto con su cultura). Es precisamente en este ámbito de resistencia e insubordinación que se entabla la defensa del maíz, encontrando de manera comunitaria y colectiva los caminos para protegerse y defenderse del despojo impune de las políticas neoliberales. En este contexto, sembrar maíz —como explica Alvaro Salgado— es un acto de protesta y de resistencia política activa;<sup>111</sup> significa moverse en los márgenes del sistema capitalista y su lógica sacrificial, ejerciendo autonomía en los hechos, como *praxis* y discurso disidente, que afirma otro lugar de enunciación diverso al de la modernidad capitalista y descubre el engaño implícito del *bluff biotecnológico* del capitalismo transnacional.

#### Profanar/Desalambra

Si la sociedad moderna se caracteriza —siguiendo a Jacques Ellul—, no por el sometimiento tecnológico, sino por la transferencia de lo sagrado a la tecnología, entonces lleva razón Armando Bartra cuando dice que —así como la mayor astucia de Satanás radica en hacernos creer que no existe— el gran engaño del capital consiste en persuadirnos de que no está en la tecnología, en convencernos de que la ciencia y sus aplicaciones son asépticas y neutrales.<sup>112</sup> Hoy más que nunca, somos testigos del desastre medio-ambiental desatado por la tecnología al servicio del capitalismo y de cómo los seres humanos se hacen esclavos de las cosas y de otras personas. Lo que sucede, como explican Sbert y Schwarzbeck, es que en el mundo moderno la técnica se ha convertido en una nueva variedad de lo sagrado; las actitudes religiosas hacia la técnica se revelan en la esperanza que la humanidad ha puesto en el desarrollo científico-tecnológico, viendo en éste una suerte de poder redentor, de tal modo que en las sociedades secularizadas lo sagrado persiste por

<sup>110</sup> ESTEVA, Gustavo, “Los árboles de las culturas mexicanas”, en Esteva y Marielle, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>111</sup> SALGADO, Álvaro, “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*, José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (Coord), México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2010, p. 125. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2898/16.pdf> citado 13 de junio de 2011.

<sup>112</sup> BARTRA, *El Hombre... op. cit.*, p. 95

medio de la técnica, cuya idolatría está muy lejos alcanzar el futuro utópico prometido.<sup>113</sup>

Las instituciones de la sociedad tecnológica se expanden hasta abarcar cada vez más terreno, adquiriendo una significación espiritual. Así es como logran impedirnos ejercer la facultad crítica y hacer que la tecnología sirva realmente al desarrollo humano. Tal como los ídolos acechan y seducen más efectivamente porque no se declaran abiertamente como dioses, la técnica nos engaña con su apariencia meramente práctica. Si la sociedad tecnológica parece ser un fenómeno totalitario gobernado por la necesidad, si la técnica se presenta como una especie de destino que priva de alternativas a los seres humanos, esto sucede, en opinión de Ellul, sólo porque las personas contemporáneas han sucumbido ante un temor religioso. Con todo y su sofisticación científica y racional, o como compensación de ella, se encuentran en realidad en el corazón sagrado de un universo técnico.<sup>114</sup>

El conocimiento se ha puesto al servicio de la producción capitalista en tanto que conocimiento determinista, cuya tarea es la de controlar a los hombres a través de la jerarquía, y a la naturaleza a través de la técnica. Esto por medio de la aplicación de la llamada racionalidad instrumental,<sup>115</sup> impuesta como criterio para todas las formas y dominios del conocimiento, y aplicada a la economía y al concepto de desarrollo. Se afirma un sentido del mundo y de la vida cimentado en la idea de producción a gran escala, a partir de principios normativos de eficiencia, competitividad y la obtención de los máximos beneficios. Estos principios se ven absolutizados y convertidos en los únicos parámetros de dotación de sentido de la realidad, provocando efectos aniquiladores y perversos sobre las condiciones de existencia humana y la base de su sustento: la naturaleza y el conocimiento ligado a ella. De este modo, explica Rullani, opera un reduccionismo del conocimiento a un simple modo de cálculo y de control técnico, reprimiendo la variedad, la variabilidad y la indeterminación del mundo, para conformarlo a las exigencias de la producción capitalista. En otros términos: “la modernidad ha reducido de manera forzosa la complejidad —variedad, variabilidad, indeterminación— del entorno natural, del organismo biológico, del espíritu pensante y de la cultura

<sup>113</sup> Cfr. SBERT y SCHWARZBECK, *op. cit.*, pp. 5-7.

<sup>114</sup> SBERT, *op. cit.*, pp. 165-166.

<sup>115</sup> Jean Robert nos explica, siguiendo a Iván Illich, que “según él, algo en el siglo XII abrió la posibilidad de existencia a lo que llamamos hoy la tecnología. Este algo es el surgimiento de la *causa instrumentalis* en la filosofía escolástica temprana: el concepto de que ciertas cosas, exteriores a la persona, pueden ser medios para alcanzar fines de la misma, idea que, a partir de Roger Bacon, desemboca en la fantasía de que la naturaleza es una mina de recursos que gritan para ser explotados con los instrumentos adecuados. Tomado de ROBERT, Jean, “La custodia de la mirada en la época del “show” en *Ixtus. Espíritu y Cultura “La custodia de la mirada”*, No. 31, Año VIII, México, 2001, p. 27.

ra social, a las dimensiones toleradas por la fábrica industrial.” El capital ya no sólo debe subsumir —hablando en términos marxistas— el “trabajo vivo”, sino también el “conocimiento”, lo que da sentido a la idea de capitalismo cognitivo;<sup>116</sup> en aras de la culminación de la subsunción material, de la naturaleza y la vida al capital. Esto supone que las relaciones laborales, económicas, políticas, afectivas y culturales, deben comportarse acordes a la producción de plusvalor, de ganancia; quedando subsumidas en un fundamentalismo de mercado: “la anhelada transformación de la agricultura en una rama más de la industria con lo que —¡por fin!— el terrateniente, el campesino, el burócrata y otras perversiones rurales saldrían sobrando”.<sup>117</sup>

Toda la historia del capitalismo industrial, durante sus dos siglos de existencia, es la historia de la extensión progresiva de las capacidades de previsión, de programación y de cálculo sobre los comportamientos económicos y sociales a través de la utilización del conocimiento. El «motor» de acumulación del capital ha sido puesto a punto por el positivismo científico, que ha recogido, en el último siglo, la herencia de las Luces, y que ha inscrito el saber en la reproductibilidad.<sup>118</sup>

Entonces, la alienación de la ciencia por el capitalismo radica —parafraseando a Bartra y Robert— en que, a diferencia de los *saberes de subsistencia* del campesino —aquellos conocimientos precisos, apropiados al lugar, adecuados a su clima y en armonía con su cultura material—, la ciencia del capitalismo está impresa en la tecnología y no inscrita en la mente del labriego, de modo que, al usarla éste, en realidad está siendo usado por ella. Es necesario comprender, como enseña Orlando Fals Borda, que la ciencia no posee valor absoluto y neutral, como si fuera un fetiche con vida propia, sino que es un conocimiento válido y útil para determinados fines y que funciona con verdades relativas. Toda ciencia, como producto cultural, busca un propósito humano determinado y, por lo mismo, lleva implícitos los sesgos valorativos de quienes la producen y controlan. Sólo a partir de esta comprensión será posible remover las relaciones de producción del conocimiento que sostienen ideológicamente estructuras injustas y destructivas, que invisibilizan y descalifican formas de producción de conocimiento ajenas a la jerarquización científica y sus efectos de poder.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> RULLANI, *op. cit.*, p. 100.

<sup>117</sup> BARTRA, *El hombre...* *op. cit.*, p. 135.

<sup>118</sup> RULLANI, *op. cit.*, p. 99.

<sup>119</sup> FALS BORDA, *op. cit.*, pp. 136-137.

Lo cierto es que la ciencia, quienes la hacen y las instituciones en que se desarrolla no son entidades esotéricas sino terrenales, que responden a políticas públicas, financiamientos privados, criterios de rentabilidad e incluso enfoques “ideológicos” (que no son incompatibles con el proverbial rigor metodológico de la profesión). La ciencia tiene la huella de su tiempo: lleva la marca de las relaciones económicas y sociales donde se desarrolla, y la lleva no sólo en sus aplicaciones sino también en sus valores, estructura y objetivos.<sup>120</sup>

Ahora bien, la reflexión de Walter Benjamin en torno al capitalismo como religión nos sirve como pista a seguir en este análisis, ya que para el filósofo judío-alemán el capitalismo es una religión. Es decir, el capitalismo sirve esencialmente a la satisfacción de las mismas preocupaciones, penas e inquietudes a las que daban antiguamente respuesta las denominadas religiones. De modo que es posible comprender al capitalismo como fenómeno esencialmente religioso.<sup>121</sup> Por su parte, Giorgio Agamben —en esta línea— explica que es posible definir la religión como aquello que sustrae cosas, lugares, animales o personas del uso común y los transfiere a una esfera separada; “no sólo no hay religión sin separación, sino que toda separación contiene o conserva en sí un núcleo auténticamente religioso.”<sup>122</sup> El dispositivo que realiza y regula la separación es el sacrificio —a través de una serie de rituales minuciosos dependiendo la cultura— que sanciona el pasaje de algo que pertenece al ámbito de lo profano al ámbito de lo sagrado; de la esfera humana a la divina. En este pasaje es esencial la cesura que divide las dos esferas, el umbral que separa lo profano de lo sagrado. No obstante,

<sup>120</sup> BARTRA, *El hombre de...* *op. cit.*, p. 73.

<sup>121</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Profanaciones*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2009, p. 105.

<sup>122</sup> “Sagradas o religiosas eran las cosas que pertenecían de algún modo a los dioses. Como tales, ellas eran sustraídas al libre uso y al comercio de los hombres, no podían ser vendidas ni dadas en préstamo, cedidas en usufructo o gravadas de servidumbre. Sacrilego era todo acto que violara o infringiera esta especial indisponibilidad, que las reservaba exclusivamente a los dioses celestes (y entonces eran llamadas propiamente “sagradas”) o infernales (en este caso, se las llamaba simplemente “religiosas”). Y si consagrar (sacrare) era el término que designaba la salida de las cosas de la esfera del derecho humano, profanar significaba por el contrario restituirlos al libre uso de los hombres. “Profano —escribe el gran jurista Trebacio— se dice en sentido propio de aquello que, habiendo sido sagrado o religioso, es restituido al uso y a la propiedad de los hombres”. Y “puro” era el lugar que había sido desligado de su destinación a los dioses de los muertos y, por lo tanto, ya no era más “ni sagrado, ni santo, ni religioso, liberado de todos los nombres de este género” (D. 11, 7,2). Pura, profana, libre de los nombres sagrados es la cosa restituida al uso común de los hombres. Pero el uso no aparece aquí como algo natural: a él se accede solamente a través de una profanación. Entre “usar” y “profanar” parece haber una relación particular, que es preciso poner en claro. El pasaje de lo sagrado a lo profano puede, de hecho, darse también a través de un uso (o, más bien, un reuso) completamente incongruente de lo sagrado”, *Ibidem*, p. 97.

es importante precisar que lo que ha sido ritualmente separado (consagrado) puede ser restituido por el rito a la esfera profana.<sup>123</sup>

El término religio no deriva, según una etimología tan insípida como inexacta, de religare (lo que liga y une lo humano y lo divino), sino de relegere, que indica la actitud de escrúpulo y de atención que debe imprimirse a las relaciones con los dioses, la inquietud vacilación (el “releer”) ante las formas —las fórmulas— que es preciso observar para respetar la separación entre lo sagrado y lo profano. Religio no es lo que une a los hombres y a los dioses, sino lo que vela para mantenerlos separados, distintos unos de otros. A la religión no se oponen, por lo tanto, la incredulidad y la indiferencia respecto de lo divino sino la “negligencia”, es decir una actitud libre y “distraída” —esto es, desligada de la religio de las normas— frente a las cosas y a su uso, a las formas de la separación y a su sentido. Profanar significa abrir la posibilidad de una forma especial de negligencia, que ignora la separación o, sobre todo, hace de ella un uso particular.<sup>124</sup>

En este sentido, el capitalismo como fenómeno religioso se constituye como un gran dispositivo de captura de bienes —materiales e inmateriales—. Dispositivo que sustrae los bienes comunes y las prácticas del libre uso para transferirlos a una esfera separada, indisponible, acorde a una concepción absoluta de propiedad privada avariciosa y concentrada. Esta *religio* opera —en el caso que nos ocupa— mediante un férreo engarce entre los derechos de propiedad intelectual y la biotecnología moderna, lo que se traduce en el ámbito de la agricultura en la capacidad que tienen los corporativos agrobiotecnológicos de limitar la libre difusión, uso y disfrute de bienes —anteriormente comunes y gratuitos— mediante medios jurídicos, sustentando su actuar en el discurso “humanitario” según el cual la biotecnología —neutra y aséptica— acabará con el hambre en el mundo.

Es por esto que se hace preciso desacralizar la ciencia y el derecho modernos, en tanto instrumentos de naturalización y legitimación del orden social capitalista, para pensarlos como lo que son: productos culturales forjados en un sistema de relaciones que constituye sus condiciones de existencia. Así, frente al proceso de subsunción material de la naturaleza y la vida al capital, la apuesta es por un diálogo intercultural y de saberes mediante la actualización de un pluriversalismo de confluencia —como lo llama Sánchez Rubio. Esto es un orden social, jurídico, político y epistémico en el que sea posible “la fecundación mutua entre las culturas y las diversas modalidades de saber y conocer, considerando que todas las culturas —que son incomple-

<sup>123</sup> *Idem*.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 99.

tas— se construyen a través de procesos de lucha de signos, saberes y significaciones, donde permanentemente se transforman las relaciones sociales, culturales e institucionales, y en esas relaciones es donde se edifican los significados. De modo que para este tipo de interculturalismo toda cultura está contaminada por muchas culturas y racionalidades, y lo que debe defender el orden jurídico es una igualdad en la diferencia, que sepa combinar ambos principios frente a toda situación que produce desigualdad”,<sup>125</sup> en aras de la dignificación de pueblos acallados por la colonialidad. Esto radica en el convencimiento, como explica Fernet-Betancourt, de que la diversidad cultural, aunque marginada y amenazada por el modelo de desarrollo tecnológico hegemónico (capitalista), sigue representando una fuerza de realidad alternativa que no debe ser reducida a un simple adorno (mero folclor de identidades despolitizadas) de la realidad que realmente vivimos, ni a un momento de entretenimiento para paliar el curso de la aburrida vida cotidiana en la sociedad dominante. “O sea que reclamamos la dignificación de la diversidad cultural como fuerza real que ofrece ejes alternativos para que el mundo y la humanidad puedan encontrar un nuevo quicio o, si se prefiere, otros centros de gravitación para su desarrollo”.<sup>126</sup>

Si bien esta es la apuesta y el horizonte, no podemos obviar la realidad de nuestro país. Debemos, ser conscientes de que si pueblos indígenas y campesinos —sus culturas y saberes— han sobrevivido, ha sido con base en una obstinada existencia-resistencia. Una voluntad de vivir,<sup>127</sup> mediante la cual constituyen constantemente un discurso crítico y afirman un lugar de enunciación distinto al de la modernidad capitalista. Desde los pueblos indígenas y campesinos se plantean alternativas al cultivo de la uniformidad y la acumulación por despojo, promovidos por el capitalismo. Mediante su *praxis* de liberación/descolonización y la inmanencia de las relaciones que construyen en sus asediados ámbitos de comunalidad,<sup>128</sup> llevan a cabo una labor profa-

<sup>125</sup> SÁNCHEZ RUBIO, “Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y Derechos Humanos” en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, No. 17, San Luis Potosí, UASLP, 2010, p. 12.

<sup>126</sup> FERNET-BETANCOURT, Raúl, “La pluralidad de conocimientos en el diálogo intercultural”, Disponible en: <http://www.icergua.org/latam/pdf/09-segsem/05-07-ep7/doc10.pdf> citado 13 de junio de 2015.

<sup>127</sup> Cfr. DUSSEL, Enrique, *20 tesis de política*, México, Siglo XXI, 2006.

<sup>128</sup> “Los nuevos ámbitos de comunalidad son modos de vida y regímenes políticos de diversos grupos humanos, principalmente indígenas, que han recuperado sus antiguos ámbitos de comunalidad y los están regenerando, dándoles una forma contemporánea. La comunalidad define un modo de ser y experimentar la realidad desde la condición comunitaria, en que las personas no han sido aún individualizadas”. Tomado de ESTEVA, Gustavo, “Los ámbitos sociales y la democracia radical” Ponencia para la Conferencia Internacional sobre Ciudadanía y Comunes, Ciudad de México, 7-9 de diciembre, 2006, (mimeo).

natoria y desalambratoria<sup>129</sup> —si se me permite el neologismo— del orden de relaciones impuesto por el capital.

Labor profanatoria en virtud de que, a partir de su *praxis* —traducida en acciones concretas de construcción de la autonomía y la defensa/recuperación de sus contextos de vida—, restituyen al libre uso los bienes capturados por el capitalismo —territorios, saberes y semillas—. Profanatoria<sup>130</sup> en el sentido de que consiste en una “actitud libre y desligada de la *religio* de las normas frente a las cosas y a su uso, a las formas de la separación y a su sentido”.<sup>131</sup> Así, en sus procesos de reconstitución, los pueblos no sólo crean y recuperan instrumentos jurídicos propios —pluralismo jurídico—, además de utilizar otros del derecho estatal e internacional para poder defender su territorio y el maíz frente a las estrategias de despojo [de separación] empresariales y gubernamentales, sino que, además, se niegan a acatar un orden jurídico impuesto, haciéndolo inoperante en sus ámbitos de comunalidad. De este modo desactivan la norma jurídica como dispositivo de poder que permite el despojo [la captura], salvaguardando y restituyendo al uso común de los seres humanos los espacios y bienes que habían sido separados, y desactivan el derecho positivo, en tanto que no sirve al bien de los pueblos.

A su vez, la labor es desalambratoria, ya que consiste, precisamente, en desalambrar, no sólo las alambradas que cercan la tierra (tierra/territorio), sino también las alambradas del saber (propiedad intelectual), mediante la afirmación de la modernidad india (episteme india) y la pertinencia y puesta en juego de racionalidades y tecnologías diversas a la occidental/capitalista; negando de este modo que la producción de conocimiento y bienes inmateriales estén sujetos a la lógica de la escasez que subyace al capitalismo cognitivo. Se trata de establecer una suerte de estatuto común como garantía de respeto y expansión de la diversidad epistemológica del mundo, que reconozca las *recreaciones, entornos y espacios comunes de la humanidad*;

<sup>129</sup> Tomamos la idea de la canción “A desalambrar” del músico y activista político uruguayo Daniel Viglietti.

<sup>130</sup> Recordemos que “profana” es la cosa restituida al uso común de los hombres—. Es preciso distinguir, en este sentido, entre secularización y profanación. “La secularización es una forma de remoción que deja intactas las fuerzas, limitándose a desplazarlas de un lugar a otro. Así, la secularización política de conceptos teológicos (la trascendencia de Dios como paradigma del poder soberano) no hace otra cosa que trasladar la monarquía celeste en monarquía terrenal, pero deja intacto el poder. La profanación implica, en cambio, una neutralización de aquello que profana. Una vez profanado, lo que era indisponible y separado pierde su aura y es restituido al uso. Ambas son operaciones políticas: pero la primera tiene que ver con el ejercicio del poder, garantizándolo mediante la referencia a un modelo sagrado; la segunda, desactiva los dispositivos del poder y restituye al uso común los espacios que el poder había confiscado”, *Ibidem*, p. 102.

<sup>131</sup> AGAMBEN, *op. cit.*, p. 99.

esto es, los cuidados, obras y las recreaciones que los pueblos indígenas y campesinos han desarrollado localmente desde tiempos inmemoriales, en sus relaciones con la naturaleza, todo lo cual nos beneficia a todos los seres humanos, a nivel global,<sup>132</sup> lo que conlleva, a su vez, rescatar de sus entrañas las posibilidades de las cosmovisiones, saberes, instituciones y derecho indígena y las posibilidades y respuestas que estos encarnan.

Pueblos indígenas y campesinos oponen su vida, como seres humanos concretos/situados, al orden jurídico —nacional e internacional— que no permite vivir. Este posicionamiento permite desacralizar el desarrollo científico/tecnológico y el orden de relaciones capitalista y plantear que la vida, la libertad y la dignidad del sujeto humano no descansa en la ley, sino que el ser humano concreto es el límite para el funcionamiento de la legalidad (*el sabbat se hizo para el hombre, y no el hombre para el sabbat*). En este sentido sostenemos que el Derecho y los Derechos Humanos deben imponer un cerco al desarrollo de una lógica que mata al ser humano. Debemos poner límites al desarrollo tecnológico e industrial, sin los cuales la dignidad y la libertad humanas seguirán siendo avasalladas y destruidas por la lógica de la eficiencia y la productividad a gran escala, pregonada y materializada por el fundamentalismo de mercado. Así también, creemos que la apuesta india y campesina por la modernidad nos ayuda a comprender la otra etimología de la palabra religión —*religare*— de generar y mantener vínculos; lo que religa, lo que vincula a los hombres entre sí mediante su memoria y la preservación de sus formas autóctonas de vida”,<sup>133</sup> y lo que une lo humano con lo divino; lo profano con lo sagrado. Caer de una buena vez en la cuenta, de que la importancia crucial del maíz para los pueblos indígenas y campesinos mexicanos, se debe a que es el principio y sustento de todas las cosas (lo que da la vida y el sustento). Precisamente esto es lo que le valió su ingreso al ámbito de lo sagrado, no obstante ser un elemento enteramente profano. Se trata de una específica relación entre ser humano y naturaleza que produjo una determinada identidad —diversa a la occidental— sobre la que se edificó toda una cultura material integrada a un sistema cósmico perfectamente sagrado y perfectamente profano.<sup>134</sup>

<sup>132</sup> Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, David, “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la Humanidad, Pueblos Indígenas y Derechos Humanos”, en *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*, Alejandro Rosillo (Coord.), San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.

<sup>133</sup> SICILIA, Javier, *La voz y las sombras. Artículos de “Proceso”*, San Luis Potosí, CENEJUS y UASLP, 2009, p. 128.

<sup>134</sup> MERTON, *op. cit.*, p. 104.

## LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE OSCAR A. ROMERO: PASTOR, PROFETA Y PADRE DE LA IGLESIA LATINOAMERICANA

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL\*

### INTRODUCCIÓN

Hace 35 años, el 24 de marzo de 1980, cuando se encontraba celebrando misa en la Capilla del Hospital La Divina Providencia, en la capital salvadoreña, fue asesinado Monseñor Oscar Arnulfo Romero, Arzobispo de San Salvador. Precisamente en el momento del Ofertorio, cuando ofrecía al Padre el pan y el vino, frutos de la tierra y del trabajo de los hombres, se escuchó el disparo y la bala asesina se incrustó en su cuerpo. Así quiso acallarse la voz de la justicia; la voz de aquel que, junto con el pan y el vino, ofreció diariamente su vida al Padre de Jesús, al denunciar la injusticia que se comete con el pueblo trabajador, al cual se le arrebató el fruto de su trabajo, al cual se le quita el pan que produce.

Por decreto de 3 de febrero de 2015, firmado por el Papa Francisco, se reconoce a Romero, oficialmente, como mártir, y se sientan las bases para su beatificación. Nos da gusto, porque desde su muerte, para muchos salvadoreños y centroamericanos y cristianos en general, es un santo, por la defensa que hizo de los pobres y sus denuncias sobre la represión y violación de Derechos Humanos.<sup>1</sup>

\* Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

<sup>1</sup> Cfr. GUTIÉRREZ, Jorge y MELÉNDEZ, José, "El Papa acelera la beatificación de monseñor Arnulfo Romero", en *El Universal*, 4 de febrero de 2015.

Romero hace Filosofía y Teología del Derecho; no de una manera sistemática, pero en sus mensajes y homilias, se expresa la visión que tenía de lo jurídico. El objetivo de estas líneas es hablar del Derecho, expresado como ley, Derechos Humanos y justicia, relacionado con el pensar y el actuar de Monseñor Romero. Sobre este tema escribí recién el martirio de Romero;<sup>2</sup> ahora lo retomo y presento un trabajo más profundo y ampliado.

### 1. ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS

Oscar Arnulfo Romero y Galdámez nació en Ciudad Barrios, El Salvador, Centroamérica, el 15 de agosto —fiesta de la Asunción de María— de 1917. Sus padres fueron Santos Romero y Guadalupe Galdámez.

Ingresó desde muy joven al Seminario Menor, ubicado en San Miguel, capital del oriente del país. De allí pasa a estudiar al Colegio Pío Latino Americano de Roma, con los jesuitas. En 1942 es ordenado sacerdote. Fue un sacerdote tradicionalista y “en lo que a la caridad se refiere, Romero era insuperable”. Agrega su biógrafo Jesús Delgado que: “La espiritualidad de monseñor Romero siempre estuvo cultivada por las dos riberas de un mismo río: la espiritualidad jesuítica y la obediencia eclesial del *Opus Dei*”.<sup>3</sup>

En 1967, a los veinticinco años de su ordenación sacerdotal, recibe el título honorífico de *monseñor* por la Santa Sede y es nombrado secretario de la Conferencia Episcopal de El Salvador (CEDES). En 1970 el Papa lo nombra obispo, y funge como auxiliar del arzobispo de San Salvador, Luis Chávez y González. En 1974, es asignado obispo de la diócesis de Santiago de María. Allí empieza a conocer de cerca la represión al pueblo, y el asesinato de trabajadores y campesinos, pero sus acciones como obispo siguen siendo sumamente conservadoras y de cercanía al gobierno, como había sido como secretario del CEDES y como auxiliar en la arquidiócesis de San Salvador.

El 8 de febrero de 1977, Romero es nombrado arzobispo de San Salvador; es amigo del presidente, Coronel Arturo Armando Molina, de políticos en-

<sup>2</sup> Se publicó originalmente en *Christus* 567-568, México, agosto-septiembre de 1983 (una primera versión la publicó *Garantía*, revista jurídica de alumnos de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, marzo-abril de 1983), se tituló: “La legalidad vista desde los oprimidos. Derecho y justicia en Monseñor Romero.” Pasó después a formar parte de mi libro *El derecho que nace del pueblo*, Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes y Fideicomiso Profesor Enrique Olivares Santana, 1986; Fundación para la Cultura Jurídica (FICA), Asonal Judicial e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2004; y Ed. Porrúa, México, 2005.

<sup>3</sup> DELGADO, Jesús, *Oscar A. Romero. Biografía*, San Salvador, Ed. UCA (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas), 1990, p. 32.

cumbrados y de los terratenientes; el clero más cercano al pueblo, esperaba que se nombrara para el cargo al obispo auxiliar Arturo Rivera y Damas, que seguía las líneas de renovación eclesial impulsadas por el Concilio Vaticano II y por la Conferencia Episcopal Latinoamericana celebrada en Medellín, Colombia, en 1968; así que no ven con buenos ojos su nombramiento.

Sin embargo, en Romero se operó un cambio total de actitud. Esto comenzó a darse a pocos días de haber asumido su nuevo cargo eclesial, y fue motivado por el artero asesinato del sacerdote jesuita Rutilio Grande y de dos campesinos que lo acompañaban, el 12 de marzo de 1977. Precisamente Rivera y Damas escribe:

Conocí a Monseñor Romero como hombre, como sacerdote y como obispo. Estoy de acuerdo con aquellos que hablan de una ‘conversión’ de Monseñor Romero, en el momento en que asumió el cargo pastoral de la arquidiócesis de San Salvador. Un mártir dio vida a otro mártir. Delante del cadáver del Padre Rutilio Grande, Monseñor Romero, en su vigésimo día de arzobispo, sintió el llamado de Cristo para vencer su natural timidez humana y llenarse de la intrepidez del apóstol. Desde aquel momento, Monseñor Romero dejó las tierras paganas de Tiro y Sidón, y marchó libremente hacia Jerusalén.<sup>4</sup>

Todavía sorprendido Romero por la noticia del asesinato del Padre Grande, recibe la primera llamada de “pésame”, precisamente del Presidente Molina; al principio la interpreta como “signo de amistad”, pero pronto se da cuenta que es cinismo, al tener noticia cierta de que el asesinato procedía de hombres al servicio del Estado. El hecho es que, el nuevo arzobispo de San Salvador comienza a conocer la dura realidad de su país y a actuar de manera consecuente con ella, en cuanto que cristiano, Pastor de su pueblo; comenzó a defender a sus ovejas, a sus sacerdotes y a la gente común. En la homilía de la misa del funeral de Rutilio Grande y los campesinos, ante autoridades civiles y eclesiásticas, además de solicitar que se aclarara el asesinato; de decir que la solución para los problemas de El Salvador eran las que ofrecía la Iglesia: fe, doctrina social y amor, señaló que “el primer gran don y milagro que estaba produciéndose con la muerte del padre Grande era la unidad del clero en torno a su nuevo arzobispo”.<sup>5</sup>

Se iniciaba, así, el caminar de Romero hacia su propio martirio. Comenzaba a ser auténtico Pastor, Profeta y Padre de la Iglesia.

<sup>4</sup> RIVERA DAMAS, Arturo, en la Presentación del libro de Jesús Delgado, *op. cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> Cfr. Delgado, *op. cit.*, pp. 75-80.

## 2. PASTOR, PROFETA Y PADRE

Monseñor Romero fue auténtico Pastor y auténtico Profeta, consecuentemente, Mártir.

Como Profeta tocó la dimensión social e histórica. Como Profeta abordó, entonces, lo jurídico, la legalidad, las cuestiones de Derecho y justicia.

La primera afirmación fundamental sobre el profeta es que *proclama la voluntad de Dios* —escribe Sobrino— y la proclama *en directo* sobre la realidad histórica en toda su complejidad cultural, social, económica, política y cultural... La palabra profética versa sobre la vida y la muerte de los hombres, sobre las relaciones de justicia e injusticia que se generan entre ellos; sobre la opresión y la liberación.<sup>6</sup>

En todo su discurso profético, pues, aborda lo jurídico. Se refiere a la legalidad en general, a ciertas leyes en especial y lo relativo a la administración de justicia. Denuncia la legalidad injusta estructural por un lado, y la violación de las normas jurídicas vigentes que protegen los derechos fundamentales de la persona humana, por otro.

Oscar Arnulfo Romero aborda lo jurídico como Profeta y también como Pastor. Me explico: como Profeta, al abordar toda la problemática histórica, toca lo relativo al Derecho, pero además, se inscribe, podríamos decir, en una línea teológica-filosófica del Derecho, según la tradición profética del Antiguo Testamento; y como Pastor, está inscrito también en la tradición más pura de la corriente filosófica del iusnaturalismo católico, es decir en la tradición del pensamiento jurídico-político de la Iglesia, y además, también como parte de su misión pastoral, cuida de sus ovejas, busca proteger a su pueblo, concretamente dando apoyo al Socorro Jurídico.

Al hacer las afirmaciones arriba escritas estoy pisando terrenos de teología eclesial, al referirme a la pastoral y a la profecía sintetizados en la persona de un obispo. Por lo tanto debo intentar desentrañar la cuestión. Habitualmente se entiende como una tensión dialéctica dentro del seno de la Iglesia, la que se da entre el *conservar* la tradición y la institución, que sería la misión del Pastor, del obispo, y por otro el profetismo, la *innovación*. Estos dos carismas en el seno de la Iglesia, en muchas ocasiones, la dividen, hacen que atravesese el conflicto dentro de sí misma. Jon Sobrino escribe: "Profecía e institución son elementos indispensables, pero históricamente están en pugna, y por ello surge el conflicto".<sup>7</sup>

<sup>6</sup> SOBRINO, Jon, *Oscar Romero, profeta y mártir de la liberación*, Lima, Centro de Estudios y Publicaciones, 1981, p. 15.

<sup>7</sup> SOBRINO, Jon. "La Conflictividad Dentro de la Iglesia", *Christus*, No. 493. México, diciembre de 1976, p. 26.

Institución y profecía son elementos indispensables, los dos, en la Iglesia.

La institución se va haciendo para tomar decisiones a nivel doctrinal, ético y de vida litúrgica y comunitaria. Se necesita la creación de una tradición sobre Jesús que se mantenga viva, puede ser mantenida a lo largo de la historia, y mantenida en pureza, por lo que toca a lo fundamental... Pero la profecía es la que justifica en último término a la misma institución. Sin profecía la Iglesia desaparecería literalmente. Se convertiría en depósito de una verdad abstracta; negaría su verdad fundamental de que Jesús es el Hijo y es capaz de hacer de los hombres hermanos suyos que recorran en la historia el camino que el Él recorrió.<sup>8</sup>

En Monseñor Romero se da esa rarísima síntesis de lo profético y lo institucional en una persona. A pesar de lo afirmado arriba, esto es posible porque Oscar Arnulfo Romero busca la unidad eclesial "no basada en la uniformidad impuesta, ni en una fe expresada genéricamente, sino en la misma misión, en el hacer como Jesús en una situación determinada".<sup>9</sup>

Oscar Arnulfo Romero se encontró, históricamente, como obispo, responsable de conservar lo establecido, la tradición en la Iglesia; pero al mismo tiempo supo discernir el momento histórico de su pueblo, oprimido, humillado, vejado. Y entonces, como hombre de Dios, tuvo que asumir la misión de la Iglesia de hacer presente al Jesús histórico que busca el Reino de su Padre. Y tuvo que asumir esa misión profética sin dejar de ser obispo responsable de una institución, de una comunidad eclesial.

Estas rarísimas síntesis de Pastor y Profeta son posibles sólo asumiendo la misión de Jesús; sólo se pueden dar en hombres fidelísimos a Dios y a su pueblo. Monseñor Romero sin desatender la institución que se le encomendó, es capaz de denunciar la injusticia y anunciar el Reino de Dios.

Gracias a Dios "no han desaparecido del todo de la Iglesia esos obispos de los cuales San Ambrosio decía que eran de oro y que consagraban el vino en cálices de madera".<sup>10</sup> Porque felizmente si bien:

...es verdad que se establecerá siempre una dialéctica entre el misterio establecido y el carisma innovador. Sin embargo, en los grandes momentos históricos de cambio, donde la Iglesia debe comprometerse con los más pobres, el episcopado ha brillado frecuentemente...<sup>11</sup>

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>10</sup> PAOLI, Arturo, "Golpearé al Pastor: ¿Quién asesinó al obispo Angelelli?", en *Christus*, No. 503, octubre de 1977, p. 42.

<sup>11</sup> DUSSEL, Enrique, "Orígenes del Episcopado", en *Servir*, No. 99. 1982, p. 395.

### 2.1. Padre de la Iglesia Latinoamericana

Oscar Arnulfo Romero es, también, Padre de la Iglesia. Y como tal, se justifica que me ocupe de su pensamiento jurídico; de su Filosofía del Derecho.

Como es sabido, el iusnaturalismo clásico de tradición cristiana, arranca y pone sus fundamentos en el pensamiento de la Patrística, de los llamados Padres de la Iglesia. Tradicionalmente se entiende por tales a un conjunto de pensadores cristianos de los primeros siglos de la Iglesia, que escriben más bien con intenciones pastorales y de defensa de la fe; pero que, marginalmente, tocan en sus escritos cuestiones de tipo social y jurídico, aunque no de una manera sistemática. Se les suele dividir en dos grupos: griegos y latinos; y se les considera desde la segunda generación de cristianos —después de los apóstoles, compañeros de Jesús— y hasta el siglo V. No existe una lista oficial. Según Comblin las cualidades de estos Santos Padres son:

1. La santidad de vida... 2. La ortodoxia de la fe; todos fueron luces que iluminaron al pueblo de Dios a través de la profunda inteligencia de la Biblia; 3. La comprensión de las señales de los tiempos, lo que les permitió imprimir en la Iglesia orientaciones que estuvieron vigentes durante muchos siglos; 4. Ser reconocidos y aclamados por el pueblo de Dios.<sup>12</sup>

Menciono, a manera de muestra, como algunos Padres se refiere a cuestiones relacionadas con temas de Filosofía Jurídica.

San Ireneo (137-202?), aunque nacido en Esmirna, Asia Menor, escribe en latín. Su maestro Policarpo, lo envía a las Galias, a Lugdunum (Lyon). Justifica de una manera teológica la existencia del poder en la comunidad —lo que hoy sería el Estado— como un organismo coercitivo; funda la necesidad del Estado como poder coercitivo, para evitar —dice— “que los hombres se devoren mutuamente como lo hacen los peces”.

Pero San Ireneo, segundo obispo de Lyon, con su teología pone las bases de una antropología que fundamenta la justicia y los Derechos Humanos individuales y sociales al afirmar que “la gloria de Dios es el hombre vivo”.<sup>13</sup> En ese sentido, Alonso escribe:

<sup>12</sup> COMBLIN, José, “Los Santos Padres de América Latina”, en *Concilium*. Revista Internacional de Teología, No. 333, Estella, Ed. Verbo Divino, noviembre 2009, p. 654.

<sup>13</sup> Citado por Jorge Alonso, del *Adversus Haereses (Contra las herejías)*, en “La Liberación del hombre es la gloria de Dios. (Una fundamentación teológica)”, en dos partes *Christus*, 446 y 447, enero y febrero 1973, respectivamente; primera parte, p. 19.

El compromiso con lo humano, con cada uno de los hombres, implica una liberación con todo lo que los minoriza: liberarlos de los que los arrojan a planos infra-humanos de la alienación, del no ser hombre.

La gloria de Dios es la manifestación plena del hombre. Ésta manifestación es la glorificación de su carne. Los diferentes signos de ésta gloria se muestran en su ser histórico.<sup>14</sup>

Orígenes (185-254), de la Escuela de Alejandría, habla del derecho natural de *resistencia*. Ante la acusación de que los cristianos formaban entre sí sociedades secretas “contra la ley”, Orígenes les responde: “No es, consiguientemente, contra razón formar asociaciones que van contra la ley, pero son en favor de la verdad. Si unos cuantos conjuraron secretamente matar al tirano que se apoderó de la ciudad, obrarán lícitamente”.<sup>15</sup>

Otro Padre, de tradición griega, es San Juan Crisóstomo (354-407) o San Juan de Antioquía. Este extraordinario orador, con relación al derecho de propiedad privada, pensaba lo siguiente: “¡El solo no compartir tus bienes ya es una rapiña!... no únicamente robar lo ajeno sino también no compartir con otros lo propio, es robo y avaricia injusta y despojo... los ricos que retienen lo de los pobres, aunque les lleguen por herencia paterna o de otra parte cualquier”.<sup>16</sup>

Tomando ejemplos de la tradición latina, citamos a San Ambrosio (340-397) obispo de Milán. Dice que “la justicia es una virtud social”,<sup>17</sup> y la une a la que se considera la plenitud de las virtudes, la misericordia; pregunta: “¿Qué es la justicia, sino la misericordia?”.<sup>18</sup> Por otro lado, considera que la propiedad privada no es de derecho natural, sino la propiedad colectiva: “Las riquezas no son nuestras, puesto que ellas están fuera de nuestra naturaleza y, ciertamente, ni nacieron con nosotros, ni con nosotros perecerán”.<sup>19</sup>

Otro ejemplo de Padre latino es San Agustín (354-430), discípulo de San Ambrosio. Agustín fue obispo de Hipona, en el norte de África. Considera que el derecho positivo humano, tiene su fuente y medida en el derecho natu

<sup>14</sup> Alonso, *op. cit.*, Segunda Parte, pp. 16 y 17.

<sup>15</sup> Orígenes, *Contra Celso*, Introducción, versión y notas de Daniel Ruíz Bueno, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1967, p. 40.

<sup>16</sup> San Juan Crisóstomo, *Obras Completas* Tomo II, versión directa del griego por Rafael Ramírez Torres, S.J. Ed. Jus, México, 1966, p. 85. (Palabras tomadas de la Homilía Segunda acerca de Lázaro).

<sup>17</sup> San Ambrosio, *Tratado sobre el Evangelio de San Lucas*, en *Obras de San Ambrosio* I, Introducción y traducción de Manuel Garrido Bonaño, O.S.B., Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966, Libro Segundo, No. 30, p. 101.

<sup>18</sup> *Ibidem*, Libro Segundo, No. 90, p. 141.

<sup>19</sup> *Ibidem*, Libro Séptimo, No. 246, p. 473.

ral.<sup>20</sup> Sostiene que el Derecho es lo que es justo, “y no todo lo que es llamado derecho es derecho... sólo es verdadero derecho aquel que es justo.”<sup>21</sup> Para Agustín, el fin del derecho positivo es la paz; pero para que la paz sea posible, se requiere la justicia. “Cumple la justicia y tendrás la paz, a fin de que se besen entre sí la justicia y la paz. Sino amas la justicia no tendrás la paz, pues ambas se aman y se abrazan”,<sup>22</sup> escribe. Sostiene, además, que: “Si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en que se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala? Y estas bandas, ¿Qué son sino reynos en pequeño?”<sup>23</sup>

De un tiempo acá, cada vez con más fuerza, se habla de los Padres de la Iglesia Latinoamericana, refiriéndolos a dos grupos; uno primero, a la Iglesia primitiva indiana, y otro grupo de Padres, ya en el siglo XX, después del Concilio Vaticano II y de la Conferencia Episcopal celebrada en Medellín, Colombia, en 1968. Dussel escribe:

Una de las etapas más bellas y más cubierta por el olvido de América Latina es la lucha que en favor del indio llevó a cabo un grupo de obispos hispanoamericanos en el período comprendido entre 1544-1568. En nuestra América, más que a los ‘Padres de la Iglesia’ bizantina o latina (los ejemplares Basilio, Gregorio, Agustín...) deberían hoy leerse las obras de Las Casas, los sínodos de Juan del Valle, o las cartas del Valdivieso, obispo de Nicaragua (1544-1550), los ‘Padres de la Iglesia’ latinoamericana.<sup>24</sup>

Estos Padres de la Iglesia inicial de América Latina, incursionan fuerte en temas de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos; hacen defensa teórica y práctica de los derechos de los empobrecidos de las Indias. Son de hecho los iniciadores de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos (TIDH).<sup>25</sup> De estos Padres, destacaron con obra jurídica el dominico Bartolomé

<sup>20</sup> RECASÉNS SICHES LUÍS, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, México, Ed. Jus, 1947, p. 33.

<sup>21</sup> Citado por RAMÍREZ RUÍZ, Esteban O.S. A., *Introducción a la Filosofía Política de San Agustín*, Guadalajara, 1988, p. 70.

<sup>22</sup> *Justicia y Explotación en la tradición cristiana antigua*. Textos seleccionados por Juan Leuridan, Lima, Centro de Estudios y Publicaciones, 1978, p. 130.

<sup>23</sup> San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Edición preparada por Santos Santamarta del Río, Miguel Fuertes Lanero, Teodoro Calvo Madrid y Victorino Capánaga, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, Libro 4, Cap. IV, 2013, p. 150.

<sup>24</sup> DUSSEL, Enrique D. *Historia de la Iglesia en América Latina. Coloniaje y Liberación 1492/1973*, Ed. Nova Terra, Barcelona, 1974, p. 95.

<sup>25</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa y Escuela Libre de Derecho. ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Los inicios de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, 2011.

de las Casas,<sup>26</sup> el agustino Alonso de la Veracruz,<sup>27</sup> y el gran juez (oidor) primero y obispo después, Vasco de Quiroga.<sup>28</sup>

Bartolomé de las Casas (1474 ó 1484-1566). La vida de este religioso sevillano es apasionante; de encomendero explotador de indios y comerciante, se convirtió en acérrimo defensor de los derechos de los empobrecidos de las Indias. Su defensa la hizo como religioso dominico, como obispo de Chiapas y en tanto que jurista; como hombre conocedor del Derecho, recurrió a memoriales, tratados y litigios; el uso de lo jurídico para la causa de los Derechos Humanos, lo llevó a cabo en la teoría y en la práctica.

En su sentido estricto, Las Casas no tiene una Filosofía del Derecho sistemática ni completa; tiene en sus diversos escritos, sin embargo, intuiciones filosóficas con relación al Derecho muy valiosas e interesantes.

Como un precioso ejemplo del pensamiento jurídico y de la actividad gestora y litigiosa de Las Casas, tenemos su intervención en la defensa que hace de sí mismo Francisco Tenamaztle, señor caxcan de Nochistlán uno de los principales insurrectos de la llamada “guerra del mixtón (mizton)” (1541-1542), ante el Consejo de Indias y la justicia de Valladolid. Tenamaztle gestiona poder volver a su tierra, ya que había sido deportado a España por la Audiencia de México en 1552.

El documento de defensa y demanda de justicia del cacique caxcán, elaborado por Bartolomé de Las Casas, es un estupendo ejemplo de práctica jurídica en la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos. Parte del reclamo de justicia por quien padece la injusticia; es una exigencia de derechos, desde aquel que es agraviado por la conculcación de los suyos. Se trata de proclamar derechos en concreto, en el aquí y el ahora, históricamente, precisamente desde el lugar del *pobre*, esto es, el *empobrecido*, del que ha sido reducido a la pobreza porque le ha sido quitada su libertad, su poder de decisión, y porque ha sido privado de las condiciones materiales que posibilitan su vida digna.

Además se trata de un alegato argumentativo que contradice una especie de *inversión* de la idea de derechos y de justicia, pues pone en claro que en la “guerra del mixtón” en especial y en la guerra chichimeca en general, el agresor es el conquistador español y no el indio.

<sup>26</sup> Ver DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Centro de Reflexión Teológica, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, (CENEJUS) y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

<sup>27</sup> Ver DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1998.

<sup>28</sup> Cfr. VASCO DE QUIROGA, *Información en Derecho*, Introducción de Carlos Herrejón Paredo, México, Secretaría de Educación Pública, 1985.

Veamos un párrafo clave del documento de Tenamaztle al Consejo de Indias, vía el litigante Las Casas:

Este huir, y esta natural defensa, muy poderosos señores, llaman y an llamado siempre los españoles, usando mal de la propiedad de los vocablos, en todas las Indias, contra el Rey levantarse. Juzgue Vuestra Alteza, como espero que juzgará justa y cathólicamente, como jueces rectísimos, quién de las naciones aunque carezcan de Fe de Christo, ni de otra ley divina ni humana, sino enseñada por sola razón natural y qué especie de bestias hobiera entre las creaturas irracionales a quien no fuera lícito y justísimo el tal huir, y la tal defensa, y el tal levantamiento como ellos lo quieren llamar. Cuánto más que ellos an deservido a su rey y violado su fidelidad porque nunca nos an dado a entender a otro [fol.3r] rey sino a sí mismos. Y cuando an usado del nombre del rey no a sido sino para imponer y levantarnos culpas y pecados que nunca pensamos cometer, y para escusar sus injusticias y violencias tiránicas, estrañas de toda humanidad, en nosotros por ellos inhumanísimamente cometidas.<sup>29</sup>

A continuación citamos una preciosa reflexión teológica de Las Casas, que, como veremos, es equiparable al sentido más profundo del Derecho que tenía Oscar Arnulfo Romero, al expresarse la injusticia como violación de Derechos Humanos que ultrajan a Dios mismo. En sus gestiones de defensa de los derechos de los indios ante un funcionario de la Corte, Las Casas dice:

Yo dejo en las Indias a Jesucristo, nuestro Dios, azotándolo y afligiéndolo y abofeteándolo y crucificándolo, no una sino millones de veces, cuanto es de parte de los españoles que asuelan y destruyen aquellas gentes...<sup>30</sup>

Alonso de la Veracruz (1507-1584). Las obras de Derecho del agustino son sobre cuestiones jurídicas concretas, con el objeto de iluminar, debatir y dar soluciones a problemas reales de relaciones humanas en el tiempo mismo en que se dan y, por ende, se requiere de su sentir; así aborda la encomienda, la urgente necesidad del respeto a las tierras de los pueblos indios, el diezmo de los indios, etcétera.

Veracruz es un iniciador de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos, por lo siguiente. El agustino es receptor del modo de entender el Derecho por la Escuela de Salamanca, vía su maestro Vitoria; y en segundo lugar, junto con Las Casas y varios otros misioneros indios, gesta e im-

<sup>29</sup> CARRILLO CÁZARES, Alberto, *El debate sobre la Guerra Chichimeca 1531-1585*, México, El Colegio de Michoacán y Colegio de San Luis, Vol. II, Cuerpo de Documentos, pp. 515 y 516.

<sup>30</sup> Bartolomé De las Casas, *Historia de las Indias III*, edición de Agustín Millares Carlo, México, Fondo de Cultura Económica, 1981. Libro III, Cap. CXXXIX, p. 309.

pulsa el modo de entender la juridicidad, y con ella los Derechos Humanos, en hispanoamérica. Veracruz es un fiel representante de la Escuela de Salamanca, en cuanto a que tiene claridad con relación a los derechos subjetivos acentuando su importancia como Derechos Humanos naturales, aunque fiel al tomismo considere como prioritario en el Derecho lo justo objetivo, como analogado principal. Y, por otro lado, el profesor de la Universidad de México, radicaliza sus posturas, tanto teórica como práctica, y da el salto en concebir el mundo jurídico desde aquellos que padecen la injusticia y les son violados sus derechos, desde el pobre.

En su tratado o reelección *De Dominio Infidelium et Iusto Bello*, Alonso de la Veracruz escribe:

De esta octava conclusión se sigue que el Virrey y los Oidores, obraron injustamente cuando en tierra donde se cultiva *gossypium* que llamamos algodón, se imponen los tributos en vestidos, o lienzos elaborados, o tejidos con dicha materia, lo cual es contra el derecho y la justicia. Es claro: porque, aunque en la tierra haya algodón, sin embargo no hay lienzos o sábanas, que llaman *mantas*, y que las mujeres tejen con enorme trabajo, y gran peligro para su cuerpo y para su alma.

Yo ví y no solo una vez que las mujeres trabajan en esto día y noche, encerradas por fuerza y violencia en un lugar como si estuvieran condenadas a la cárcel y con sus niños que están nutriendo. Y de tal reclusión se sigue que si están embarazadas sufran aborto a causa del excesivo trabajo; si amamantan y debido a que trabajan demasiado y comen mal y fuera de hora, dan a sus hijos una leche pésima y así estos mueren. Y ahí mismo los hombres que dirigen este tipo de trabajos tienen ocasión de ofender a Dios. Hablo por experiencia, porque ví estas cosas que tan injustamente se hacen, pues se les señala la tarea, se les da la medida de ancho y largo, y tejen tan fuertemente y las hiladas deben ser tan apretadas y compactas que difícilmente podría pasar una aguja.

Estas cosas y otras aún mayores son fruto de tal tributo, quienes exigen esas cosas pecan y están obligados a restitución, porque de acuerdo al mandato del emperador sólo están obligados a dar el algodón y nada más.<sup>31</sup>

Vasco de Quiroga (147?-1565), fue una de las grandes figuras del siglo XVI mexicano. Forjador —como jurista, oidor, evangelizador y obispo— de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos (TIDH) por la promoción y defensa de los derechos de los indios. Como promotor de sus derechos al formar las repúblicas de indios, sus *pueblos-hospitales*, para que pudieran vivir con pleno respeto de su dignidad, teniendo un desarrollo integral como personas y comunidades, y al mismo tiempo pudieran vivir su fe cristiana en

<sup>31</sup> DE LA VERACRUZ, Alonso, *Sobre la Conquista y los Derechos de los Indígenas*, texto íntegro en castellano del tratado *De Dominio Infidelium et Iusto Bello*. Trad. Rubén Pérez Azuela, O.S.A. México, Ed. Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA). 1994. Parágrafos 212, 213 y 214. p. 65.

la esperanza y la caridad mutua y hacia los demás; y como defensor de los derechos, porque hizo "uso del derecho en la defensa del indio".<sup>32</sup>

En la obra jurídica de Vasco de Quiroga, claramente se encuentra la noción de Derechos Humanos; porque el jurista castellano, sigue al nominalista Juan Gerson (+ 1429) y desarrolla la idea del *derecho subjetivo* como *libertad*. Gerson aparece en la obra de Don Vasco implícitamente, animando toda su concepción del Derecho; y explícitamente, en muchos lugares citado.

La obra jurídica más importante de don Vasco de Quiroga es su *Información en derecho*, que está fechada en México el 24 de julio de 1535. El título completo del documento es *Información en derecho del licenciado Quiroga sobre algunas provisiones del Real Consejo de Indias*. Sus objetivos son dejar sin efectos una provisión real que permitía la esclavitud de los indios e insistir en su remedio general para el "Nuevo Mundo": la creación de sus pueblos-hospitales.<sup>33</sup>

También, una de las raíces de la TIDH es la Patrística. Y mucho se ha dicho de la influencia específica de San Ambrosio en Vasco de Quiroga, sobre todo por su idea de propiedad comunitaria. La influencia del obispo de Milán en el obispo de Michoacán, es también en el modo de entender la *justicia* ligada a la *misericordia*.

En la tradición del mundo grecolatino están las fiestas en honor de Cronos o Saturno, llamadas *Saturnalia*. Por escritos de Luciano (120-180) y Macrobio (S. IV), sabemos que se trata de una fiesta muy antigua; durante la acción festiva se concedía a los esclavos un periodo de libertad absoluta, comían con los patronos y durante el banquete estos servían a los esclavos. Hay una inversión simbólica de *status* entre patronos y esclavos.<sup>34</sup>

Traemos esto a cuento, porque Vasco de Quiroga en su *Información en derecho* hace alusión a los *Saturnales* de Luciano. En este texto Quiroga hace una enérgica defensa de la libertad de los indios y hace elogios de su bondad y de sus relaciones en justicia. Recuerda como en el reinado de Saturno todos eran iguales, en la llamada "edad dorada". Quiroga hace la aplicación a los indios, naturales del "Nuevo Mundo".<sup>35</sup>

<sup>32</sup> HURTADO, Juan Manuel, *Don Vasco de Quiroga. Una visión histórica, teológica y pastoral*, México, Ed. Dabar, 1999, p. 125.

<sup>33</sup> Cfr. HERREJÓN PEREDO, Carlos, "Introducción", en *Información en derecho de Vasco de Quiroga*, op. cit. p. 9.

<sup>34</sup> Cfr. DESTRO, Adriana y PESCE Mauro, *Cómo nació el cristianismo joánico. Antropología y exégesis del Evangelio de Juan*, Santander, Ed. Sal Terrae, 2002, pp. 96-99. Ver DE SAMOSATA, Luciano, *Novelas Cortas y Cuentos Dialogados*, versión del griego de Rafael Ramírez Torres, S.J., Ed. Jus, México, Tomo II, 1966, pp. 511-531.

<sup>35</sup> QUIROGA, *Información en derecho*, p. 195.

Como hombre de su tiempo, como intelectual del siglo XVI, Quiroga recurre a los clásicos. Pero su alegato es de profunda raíz cristiana y más adelante es explícito en ello. En su mente está esa otra inversión simbólica, en el rito que narra el Evangelio de Juan, cuando el Maestro Jesús lava los pies de sus discípulos (13, 1-20). Es el servicio al otro. Es la concepción de la justicia del antiguo Oriente, que implica paz, y plenitud, misericordia y acción benéfica.<sup>36</sup> Así entendía Tata Vasco el Derecho.

Comblin dice que en el siglo XX "aparece también en América Latina varios obispos que merecen el título de Santos Padres, porque trazaron los caminos de la Iglesia en el Continente".<sup>37</sup> Silva Arévalo, en ese mismo sentido, dice: "La cuestión social, la doctrina social de la Iglesia, el catolicismo social es lo que defenderán los Padres de la Iglesia latinoamericana, verdadero enjambre de gigantes que se dan muy de tarde en tarde en la Iglesia".<sup>38</sup> Tanto Comblin como Silva, mencionan entre estos Padres a Oscar Arnulfo Romero.<sup>39</sup>

El teólogo Jon Sobrino, nos recuerda que Ignacio Ellacuría, recién el asesinato de Romero, dijo: "con Monseñor Romero Dios pasó por El Salvador", y que más tarde escribió "fue un enviado de Dios para salvar a su pueblo"; Sobrino agrega que desde "esta perspectiva teológica nos acercamos a Monseñor Romero, 'Padre de la Iglesia'".<sup>40</sup>

### 3. LA TRADICIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO

Ese 24 de marzo, día de su martirio, fue un lunes. El domingo anterior Monseñor Romero había quitado toda legitimidad al sistema. Si durante los dos últimos años de su vida había estado denunciando, día tras día, la injusticia y violación de los Derechos Humanos de que era objeto su pueblo, ninguna de sus denuncias había calado tan hondo como la homilía del 23 de marzo. Fue la gota que derramó el vaso si se quiere, pero la más pesada de todas: tocando el terreno de la más estricta moral, mandó rechazar toda orden injusta.

<sup>36</sup> Cfr. DESTRO y PESCE, op. cit., pp. 98-99.

<sup>37</sup> Comblin, op. cit., p. 654.

<sup>38</sup> SILVA ARÉVALO, Eduardo, S. J., "Católicos más allá de liberales y conservadores", en *Mensaje*, No. 538, Santiago de Chile, mayo de 2005, p. 29.

<sup>39</sup> La revista *Christus* dedicó su entrega de marzo-abril de 2003 a esta temática, fue el número 735 y se tituló *Latinoamérica. El Buen Pastor da la vida por sus ovejas*. Artículo dedicado a Romero JUDD MOCTEZUMA, Elizabeth, "Monseñor Romero: sentir con la Iglesia".

<sup>40</sup> SOBRINO, Jon, "Con Monseñor Romero Dios pasó por El Salvador", en *Concilium*, op. cit., p. 727.

Yo quisiera hacer un llamamiento de manera especial, a los hombres del Ejército y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la Policía, de los cuarteles. Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos, y ante una orden de matar que dé un hombre debe prevalecer la ley de Dios que dice: NO MATARAS... Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios... una ley inmoral nadie tiene que cumplirla... La Iglesia defensora de los derechos de Dios, de la ley de Dios, de la dignidad humana de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación... En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo, cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: cese la represión...<sup>41</sup>

Este alegato político, jurídico y moral de Monseñor Romero, va encaminado a la ruptura de un orden establecido —“desorden” diría Mounier— basado en la violencia y en la injusticia. Y lo fuerte del discurso es que va dirigido precisamente a los sostenedores, en última instancia, de ese “orden”: los soldados. Como escribe Alponte:

Monseñor Romero, no sólo eligió al pueblo, sino que estableció un propósito, en la historia social de la lucha, que merece, en este punto, extrema atención: la legitimidad de la desobediencia, es decir, la moral de la desobediencia, la moral, en síntesis, del pensamiento crítico ante la opresión.<sup>42</sup>

Y esa moral de la desobediencia de toda ley u orden injusta, que postuló Oscar Arnulfo Romero, está inscrita dentro de la más pura tradición filosófica, política y jurídica, iusnaturalista. Santo Tomás de Aquino y los teólogos juristas españoles Juan de Mariana y Francisco Suárez, por mencionar sólo unos cuantos, avalan la postura de Monseñor Romero.

Santo Tomás afirma en la *Suma Teológica* que las leyes humanas que se establecen contra la ley de Dios “de ningún modo pueden observarse” y aquellas que son injustas, “el hombre no está obligado a seguir tales leyes”.<sup>43</sup>

El jesuita Francisco Suárez escribe:

Digo, pues, en primer lugar, que al concepto y a la esencia de la ley pertenece que mande cosas justas. Esta tesis no sólo es cierta según la fe, sino además clara según la razón natural...<sup>44</sup> Hemos dicho que la ley humana puede obligar en conciencia; ahora

<sup>41</sup> *El Salvador. La situación de los Derechos Humanos*: octubre 1979-julio 1981. Socorro Jurídico. Arzobispado de San Salvador. Impreso en México, 1981, p. 253.

<sup>42</sup> ALPONTE, Juan María, “Monseñor Romero”, en *Unomasuno*, México, 26 de marzo de 1980.

<sup>43</sup> Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica. Tratado de la Ley*. Artículo Cuarto, México, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos. No. 301, 1981, pp. 42-43.

<sup>44</sup> SUÁREZ, Francisco, *Tratado de la Ley y de Dios Legislador*. Edición bilingüe de *Tractatus de Legisbus ac Deo Legislatore*, versión castellana de José Ramón Muniosguren, Libro I. Cap. IX, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, T. I, 1967, p. 47.

investigamos si esto es intrínseco a la ley. Damos por supuesto que se trata de una ley verdadera y válida, porque, para que una ley obligue, es preciso que sea verdadera ley, pues la que no es verdadera ley tampoco puede obligar como ley. Y para que una ley sea verdadera ley, es preciso que tenga las propiedades esenciales a la ley que se pusieron en el libro 1º, y sobre todo que sea justa y razonable, porque una ley injusta no es ley y, por consiguiente, conforme a lo dicho en el mismo libro 1º tampoco puede obligar en conciencia.<sup>45</sup>

Ahora bien, si en la homilía del domingo 23 de marzo de 1980, Oscar Arnulfo Romero, ordenó a los soldados la resistencia pasiva, esto es, la desobediencia legítima por razones de tipo moral, esto es, por motivos de justicia, y con esto le quitó al régimen todo tipo de legitimidad, durante los dos últimos años de su vida hizo una denuncia constante de la opresión sufrida por su pueblo.

Monseñor Romero, como Pastor, no sólo recurre a la tradición filosófico-jurídico-política de raíz cristiana para defender, con su discurso pastoral, a su pueblo. Sino que, además, cuida de sus ovejas; se preocupa de los sufrimientos concretos de su pueblo y trata de ayudar a resolverlos. Tiene una práctica social acorde con su discurso pastoral, también en lo relativo a la legalidad. Monseñor Romero le da un impulso al Socorro Jurídico y lo incorpora al Arzobispado. El Socorro Jurídico había sido formado en 1975 por abogados y estudiantes católicos para defender los derechos de los pobres.

Con el apoyo del Arzobispado por un lado, y la creciente violación de los Derechos Humanos por otro, la importancia del Socorro Jurídico en El Salvador se hizo hecho fundamental en la tarea de aliviar sufrimientos del pueblo por el ataque institucional a sus derechos.

El abogado Roberto Cuéllar, fundador del Socorro Jurídico y por muchos años abogado del mismo, proporciona datos muy importantes de esta institución que impulsó Monseñor Romero:

A finales de 1975, estando en el segundo año de la carrera, organizamos nuestros servicios en función de la gente de las comunidades marginales, de los obreros, de la gente que necesitaba de nuestro conocimiento y representación ante la justicia, de nuestra participación como abogados de los pobres; fue entonces cuando formamos el Socorro Jurídico, que entonces no era del Arzobispado. Era un Socorro Jurídico Católico, formado por 10 abogados y 5 estudiantes de Derecho, yo entre ellos, para representar a los pobres y a los marginados en materia de Derecho, en la que se cometían muchas injusticias en el tratamiento del proceso legal.

El 30 de junio de 1977 se dio la primera masacre connotable del régimen en contra del pueblo, asesinaron muchos estudiantes que participaban en una manifestación de

<sup>45</sup> SUÁREZ, *op. cit.* Libro 111, cap. XXII, t. II, p. 291.

protesta, por la represión a los estudiantes de occidente. En ese momento comenzamos a involucrarnos en los problemas de carácter político...

En 1976 continuamos defendiendo a algunos presos políticos que había en El Salvador bajo el régimen del Coronel Molina. En 1977, con la llegada de Mons. Romero, la Iglesia de San Salvador reconoce el trabajo del Socorro Jurídico como una instancia oficial de la Arquidiócesis, para la defensa de los derechos básicos, sociales, económicos y políticos del pueblo salvadoreño.

Nosotros no nos quedamos únicamente como abogados de la Iglesia, trabajando en el respeto a los Derechos Humanos, entendemos, como lo decía Mons. Romero, que éste se va a lograr en la medida en que el pueblo tenga un nivel de vida mínimo, donde pueda satisfacer sus necesidades básicas.

Es por la iniciativa de Mons. Romero que el grupo de abogados del Socorro Jurídico aceptó asesorar a sindicatos, organizaciones campesinas y defender a los presos políticos. A quien debemos el impulso principal del Socorro Jurídico es a Mons. Romero.<sup>46</sup>

Como Pastor, pues, conservó la tradición del mensaje cristiano, oponiéndose a la conservación de los privilegios de las clases dominante y practicando la caridad.

#### 4. LA LÍNEA JURÍDICO PROFÉTICA

Si hemos acentuado el carácter filosófico jurídico de la última homilía dominical, la cual vimos apegada a la más pura tradición iusnaturalista, queremos seguir en la misma perspectiva y afirmar que la denuncia de los sufrimientos de su pueblo se inscribe en la línea bíblico-profética, enfatizando en muchas ocasiones, como los profetas del Antiguo Testamento, en denuncias de la legalidad opresora.

Su denuncia profética, en lo que a cuestiones de Derecho se refiere, se presenta de dos formas: 1. en general a la legalidad opresora; y 2. la corrupción de la administración de justicia, en concreto.

Respecto de la denuncia general al Derecho vigente en El Salvador, sintetizó, con una frase original escuchada a un campesino, la "legalidad de la injusticia" —como diría Dussel—: "La ley es como la serpiente. Solo pica al que está descalzo".

Monseñor Romero constató que las leyes promulgadas y su aplicación favorecían siempre a los poderosos y aplastaban al débil, al descalzo. En su mensaje del primero de enero de 1980, afirmó que la ley debe ser para de-

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ, Salvador D., "Abogado de los Pobres". Entrevista a Roberto Cuéllar, en *Brecha*, México, mayo-junio de 1981, pp. 4-8.

fender al pobre y no una ley, supuestamente imparcial, que de hecho siempre favorece a los poderosos.

Esas injusticias arrojadas con legalidad, fueron denunciadas constantemente por Romero en sus homilias dominicales. Y es que el obispo mártir, en sus prédicas, muestra su erudición teológica y bíblica, además de su amplia cultura. Pero también se constata que era un Pastor muy bien informado de lo que acontece en el mundo en general —en la Iglesia y fuera de ella—, y en El Salvador en particular. En cada homilía, además de la ubicación teológica de acuerdo a la fecha litúrgica, y la reiteración de sus líneas pastorales, hace comentarios a la realidad y se compromete con ella. A continuación cito puntualmente algunas referencias de Romero en diversas homilias, a la *legalidad de la injusticia*:

No una legalidad que oculte injusticias, sino una estructura donde la justicia de Dios encuentre el encauce para que todos los salvadoreños podamos vivir a la luz de Cristo: la paz, la alegría, el amor.<sup>47</sup>

Y... repito mil veces y no nos cansaremos de repetir: 'No es el hombre para la ley sino la ley para el hombre'.<sup>48</sup>

Nos vamos a acercar al altar con el tercer pensamiento, ya solamente lo insinúo: la ley es necesaria pero no basta la letra, sino que es necesario el espíritu de la ley, sólo Cristo es la plenitud de la ley.<sup>49</sup>

Así parecen las leyes: piedras. Sobre todo cuando el pueblo está cansado, qué pesadas son las leyes.<sup>50</sup>

...cuántos crímenes se cometen en nombre de la legalidad.<sup>51</sup>

En concreto, se opuso a las leyes de Garantía y Defensa del Orden Público —pretexto jurídico para matar al pueblo—; protestó contra los decretos de Estado de Sitio; y las leyes que introducían supuestas reformas sociales las veía con reserva porque "van teñidas de sangre".<sup>52</sup>

<sup>47</sup> ROMERO Oscar A. Mons., *Su Pensamiento VI*, Homilias Ciclo B Adviento-Pascua, 3 de diciembre de 1978-17 de junio de 1979, Publicaciones Pastorales del Arzobispado, San Salvador, 1981, p. 173.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 409.

<sup>52</sup> *Homilia dominical* del 23 de marzo de 1980, en *El Salvador. La situación... op. cit.*

Ahora bien, Monseñor Romero concretó la crítica a la injusta legalidad opresora de su pueblo, en la acusación directa a la administración de justicia por su corrupción, y en concreto culpó de la misma al máximo tribunal de la nación: la Suprema Corte.

Por otra parte, hermanos, no podemos olvidar que un grupo de abogados lucha por una amnistía, y publica sus razones que le han movido a pedir esta gracia a tantos que perecen en las cárceles. Estos abogados denuncian también anomalías en el procedimiento en la Cámara Primera de lo Penal, donde el juez no permite a los abogados a entrar con sus defendidos; mientras se permite a la Guardia Nacional una presencia que atemoriza al reo, que muchas veces lleva las marcas evidentes de la tortura. Un juez que no denuncia las señales de la tortura sino que sigue dejándose influir por ellas en el ánimo de su reo, no es juez justo.

Yo pienso hermanos, ante estas injusticias que se ven por aquí y por allá, hasta en la Primera Cámara y en muchos juzgados de pueblos, ¡ya no digamos: jueces que se venden! ¿Qué hace la Corte Suprema de Justicia? ¿Dónde está el papel trascendental de una democracia de este Poder que debía estar por encima de todos los poderes y reclamar la justicia a todo aquel que lo atropella? Yo creo que en gran parte del malestar de nuestra Patria tiene allí su clave principal. En el Presidente y en todos los colaboradores de la Corte Suprema de Justicia, que con más entereza debería de exigir a las Cámaras, a los juzgados, a los jueces, a todos los administradores de esa palabra sacrosanta LA JUSTICIA, que de verdad sean agentes de justicia.<sup>53</sup>

Ante el requerimiento de la Corte de Justicia de que dijera los nombres de los jueces "venales", Monseñor Romero en su homilía dominical del 14 de mayo de 1978, les contesta profundizando su acusación y denuncia de la corrupción de la administración de justicia haciéndolo pormenorizadamente, repasando cada uno de los derechos fundamentales del hombre y del trabajador que consagra la Constitución salvadoreña. Y termina diciendo que esa denuncia que hace de la injusticia que sufre el pueblo, se la impone el Evangelio "y estoy dispuesto a enfrentar el proceso y la cárcel aunque con ellos no se haga más que agregar otra injusticia".<sup>54</sup>

De esta homilía de domingo de Pentecostés, entresacamos algunos párrafos:

...los derechos fundamentales del hombre salvadoreño son pisoteados día a día, sin que ninguna institución denuncie los atropellos, y proceda sincera y efectivamente a un saneamiento de los procedimientos... Varias madres, esposas e hijos, que de extremo a extremo, en todo el territorio han recorrido el triste calvario de la búsqueda de aquel

<sup>53</sup> Homilía dominical del 30 de abril de 1978, en ROMERO, Oscar A. Monseñor, *Su Pensamiento*. IV. San Salvador, Publicaciones Pastorales del Arzobispado. 1981, pp. 192-193.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 247.

ser querido, sin encontrar absolutamente ninguna respuesta. Nos consta que existen cerca de ochenta familias con algún miembro que ha sido capturado, sin que hasta hoy hayan sido consignados a ningún tribunal... ¿Cuántos reos no han sido presentados ante los Tribunales con evidentes marcas, señales de malos tratamientos...? ...Los obreros, de conformidad con el artículo 191 de nuestra Constitución "tienen derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos". Este principio... es vulnerado en diversas formas. Desde el hecho de restringir la libertad de dirigentes obreros, hasta otorgar sutilmente prebendas y concesiones a aquellos laborantes que rechacen la organización sindical... Ya no digamos el derecho que "tienen los trabajadores a la huelga" (Art. 192 Constitución Política). Esta medida utilizada en caso extremo por el obrero salvadoreño ha sido reprimida y tergiversada a mansalva. Se dice que la mayoría de las huelgas son "subversivas", "que obedecen a consignas internacionales", a pesar de que como medida legal son puestas en práctica por el trabajador para defender contratos colectivos de trabajo, salarios, días de vacaciones reconocidos en la ley laboral, y para proteger sus intereses profesionales...<sup>55</sup>

Su denuncia jurídica, recuerda a los profetas:

¿Hasta cuándo Yavé, te pediré socorro  
sin que tú me hagas caso,  
y te denunciaré que hay violencia  
sin que tú me liberes?

¿Por qué me obligas a ver la injusticia  
y te quedas mirando la opresión?

Sólo observo robos y atropellos  
y no hay más que querellas y altercados.

La ley, prácticamente, ya no existe, nadie se comporta  
como es debido

Como los malvados  
tienen atemorizados a los buenos,

el derecho aparece  
más torcido que nunca.

(Habacuq 1, 1-4)

##### 5. LAS PALABRAS Y LA PRÁCTICA DE ROMERO, INSCRITAS EN LA TRADICIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (TIDH)

Sobre Derechos Humanos existen dos tradiciones teóricas: la de la Ilustración, dividida por tres fuentes: las revoluciones inglesas del XVIII; la Revolución Francesa; y la Independencia de Estados Unidos. Las tres de corte

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 245-247.

eminentemente individualista, y otra tradición, la Iberoamericana, que se inicia en el siglo XVI por la denuncia de injusticias y defensa que hacen algunos de los primeros evangelizadores de las víctimas de las acciones de conquista y colonización llevadas a cabo por los europeos.

La TIDH se caracteriza por lo siguiente: primero, su base teórica es el iusnaturalismo clásico, sobre todo cultivado por la Escuela de Salamanca que sigue las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino; segundo, tiene la influencia del nominalismo, también, en parte, proveniente de la propia tradición salmatina, por eso desarrolla la idea del derecho subjetivo o de "sus libertades" como escribe Vasco de Quiroga siguiendo al nominalista Juan Gerson; y, tercero, se conciben los Derechos Humanos *desde el pobre*, desde su defensa concreta.

Las palabras y la práctica de Monseñor Romero, en defensa de Derechos Humanos, se ubican en la TIDH. Esto se demuestra con todo lo que hemos dicho en las páginas anteriores, y se reafirma con las siguientes palabras de Romero, pronunciadas en la Universidad de Lovaina al recibir por esta institución el Doctorado Honoris Causa, refiriéndose a las acciones de la Iglesia de San Salvador en su compromiso en la defensa de los pobres:

La Iglesia no sólo se ha encarnado en el mundo de los pobres y les da una esperanza, sino que se ha comprometido firmemente en su defensa. Las mayorías pobres de nuestro país son oprimidas y reprimidas cotidianamente por las estructuras económicas y políticas de nuestro país. Entre nosotros siguen siendo verdad las terribles palabras de los profetas de Israel. Existen entre nosotros los que venden al justo por dinero y al pobre por un par de sandalias; los que amontonan la violencia y despojo en sus palacios; los que aplastan a los pobres; los que hacen que se acerque un reino de violencia, acostados en camas de marfil; los que juntan casa con casa y anexionan campo a campo hasta ocupar todo el sitio y quedarse solos en el país.

Estos textos de los profetas Amós e Isaías no son voces lejanas de hace muchos siglos, no son sólo textos que leemos reverentemente en la liturgia. Son realidades cotidianas, cuya crueldad e intensidad vivimos a diario. Las vivimos cuando llegan a nosotros madres y esposas de capturados y desaparecidos, cuando aparecen cadáveres desfigurados en cementerios clandestinos, cuando son asesinados aquellos que luchan por la justicia y por la paz. En nuestra Arquidiócesis vivimos a diario lo que denunció vigorosamente Puebla: "Angustias por la represión sistemática o selectiva, acompañada de delación, violación de la privacidad, apremios desproporcionados, torturas, exilios. Angustias de tantas familias por la desaparición de sus seres queridos de quienes no pueden tener noticia alguna. Inseguridad total por detenciones sin órdenes judiciales. Angustias ante un ejercicio de la justicia sometida o atada" (n. 42).

En esta situación conflictiva y antagónica, en que unos pocos controlan el poder económico y político, la Iglesia se ha puesto del lado de los pobres y ha asumido su

defensa. No puede ser de otra manera, pues recuerda a aquel Jesús que se compadecía de las muchedumbres. Por defender al pobre ha entrado en un grave conflicto con los poderosos de las oligarquías económicas y los poderes políticos y militares del Estado.<sup>56</sup>

Ese discurso de Romero, leído en la famosa Universidad belga, lo termina haciendo alusión a las palabras que hemos visto de San Ireneo, sin mencionarlo; las recuerda y las profundiza, estableciendo cual es la gloria de Dios en una situación de tremenda injusticia:

Los antiguos cristianos decían: "Gloria Dei, vivens homo", (la gloria de Dios es el hombre que vive). Nosotros podríamos concretar esto diciendo: "Gloria Dei, vivens pauper". (La gloria de Dios es el pobre que vive). Creemos que desde la trascendencia del Evangelio podemos juzgar en qué consiste en verdad la vida de los pobres; y creemos también que poniéndonos del lado del pobre e intentando darle vida sabremos en qué consiste la eterna verdad del Evangelio.<sup>57</sup>

#### 6. DERECHOS DE LOS POBRES, DERECHOS DE DIOS; DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS, DERECHOS DE DIOS: TEOLOGÍA JURÍDICA DE ROMERO

Las denuncias que hizo Romero a las violaciones de los Derechos Humanos, fueron constantes y muy profundas, enraizadas en la más pura tradición cristiana.

El segundo Domingo de Adviento de 1978, fue el 10 de diciembre. Ese día se conmemoró el XXX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Antes de la homilía en la Catedral, tomó la palabra el Doctor Roberto Lara Velado, en nombre de la Comisión de los Derechos Humanos para El Salvador. Habló de la unión de esa institución con Monseñor Romero y con todo el pueblo salvadoreño, así como su compromiso "de hacer todo el esfuerzo que sea necesario para que en nuestro país se vivan y se respeten los Derechos Humanos".<sup>58</sup> El compromiso de Lara Velado era auténtico. Por eso fue constantemente amenazado de muerte y, ante ello se exilió en México.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> "La dimensión política de la fe desde la opción por los pobres", discurso con motivo del Doctorado Honoris Causa conferido por la Universidad de Lovaina el 2 de febrero de 1980, en *La voz de los sin voz. La palabra viva de Monseñor Romero*, Introducciones, comentarios y selección de textos R. Cardenal, I. Martín-Baro y J. Sobrino, San Salvador, UCA, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 1987, p. 187.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>58</sup> ROMERO, *Su pensamiento...* VI. *op. cit.*, p. 25.

<sup>59</sup> Este jurista ligado a los compromisos de Romero, vivió en Aguascalientes, en donde fue profesor de la Universidad Autónoma de Aguascalientes; continuó con su compromiso por los Derechos Huma-

Para Monseñor Romero, los Derechos Humanos tienen su fundamento en la dignidad y en las necesidades del prójimo, que se identifica con Cristo. Los derechos podrán o no estar reconocidos en las leyes; al fin y al cabo, para el cristiano, la obligación de respetar los derechos de los otros, está en que son prójimos identificados con Cristo.

Así se expresó:

El Adviento debía de llamarnos la atención para descubrir en cada hermano que saludamos, en cada amigo que le damos la mano, en cada mendigo que me pide pan, en cada obrero que quiere usar el derecho de organización en un sindicato, en cada campesino que va buscando trabajo en los cafetales, el rostro de Cristo. No sería capaz de robarle,... de negarle sus derechos, es Cristo y todo lo que haga con Él, Cristo lo tomará como hecho a Él. Este es el Adviento, Cristo que vive entre nosotros.<sup>60</sup>

En esa misma Homilía, Romero recuerda que Adviento, es presencia cristiana en el mundo; ya que celebramos la Encarnación. Decimos esto, porque en el Tercer Domingo de Adviento, el obispo leyó una carta de tres Cardenales europeos solidarizándose con su lucha por los Derechos Humanos del pueblo salvadoreño. En la carta le dicen: "Las violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos son en sí mismas una cruda negación de la fe cristiana en la Encarnación".<sup>61</sup> El Pastor salvadoreño, había predicado minutos antes:

El Verbo se hizo carne... La carne es el hombre concreto... La carne es la situación concreta del hombre, del hombre en pecado, del hombre angustiado por sus situaciones, del hombre que es patria con una historia que perece que se ha metido en un callejón sin salida... Eso se hizo el Verbo, se hizo carne.<sup>62</sup>

Si esto es así, la violación de los derechos atenta contra el misterio de la Encarnación, fundamental en la fe cristiana. Así lo veía Romero. Al no respetarse los Derechos Humanos, se va en contra de Cristo mismo; del mismísimo Dios.

nos, ya que colaboró en el proyecto de educación jurídica popular del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez (CENEJUS). Roberto Lara Velado era doctor en Derecho y en Historia. En la Universidad Autónoma de Aguascalientes estuvo adscrito al Departamento de Sociología, y fue profesor de la carrera de Derecho, en donde impartió la cátedra de Derecho Mercantil de la que era experto; de hecho, su obra jurídica más importante, es su *Introducción al Estudio del Derecho Mercantil*, con varias ediciones. Mencionamos otras obras de carácter histórico: *Los Ciclos Históricos en la Evolución Humana*, Madrid, Ed. Studium, 1963 y *Latinoamérica en la Encrucijada*, San José de Costa Rica, Universitaria Centroamericana (EDUCA), 1972.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 15. Homilía del Primer Domingo de Adviento, 3 de diciembre de 1978).

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 50. La Carta es de los Cardenales Fr. Marty, de París, Basil Hume de Inglaterra y Josef Suenes, de Bélgica.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 43. Homilía del Tercer Domingo de Adviento, 17 de diciembre de 1978.

Termino estas reflexiones de Monseñor Romero, con sus primeras palabras pronunciadas en la celebración de la fiesta del Cuerpo y la Sangre de Cristo (*Corpus Christi*) de 1979. No hace aquí alusión explícita a los Derechos Humanos, pero creo que su sentido más profundo, desde el punto de vista teológico, está implícito; ya que se refiere a que toda sangre es sagrada; y la sangre simboliza la vida, que es el primer derecho y condición de posibilidad del ejercicio de los otros derechos, entre los que se encuentran aquellos relacionados con las condiciones materiales de vida digna.

Romero lo que hace es denunciar la injusticia constituida por tanta sangre derramada —vida truncada—, y la equipara a la Sangre de Cristo.

Resulta bien oportuno un homenaje al Cuerpo y a la Sangre del Hijo del hombre mientras hay tantos ultrajes al cuerpo y a la sangre entre nosotros. Yo quisiera reunir en este homenaje de nuestra fe a la presencia del Cuerpo y de la Sangre de Cristo derramada por nosotros, tanta sangre en el amontonamiento de cadáveres masacrados aquí en nuestra Patria, en nuestra hermana República de Nicaragua y en el mundo entero. Sin duda que Cristo la recoge cada vez que se realiza ese misterio: "Este es mi cuerpo, esta es la sangre de la alianza de los hombres con Dios que se derrama por el perdón del mundo". No toda la sangre derramada es santa como la de Cristo, lamentablemente, pero toda sangre es sagrada; y todo cuerpo inmolado, aunque sea bajo el asesinato, es una vida tronchada y la vida es sagrada.<sup>63</sup>

Estas palabras del Pastor, Profeta y Padre de la Iglesia latinoamericana, desgraciadamente, son actualísimas. Pienso en este México nuestro, por los días que vivimos...

#### REFLEXIÓN FINAL

Monseñor Oscar Arnulfo Romero es Pastor, Profeta y Padre de la Iglesia latinoamericana; asumiendo esa triple misión aborda el Derecho, teórica y prácticamente. Como Pastor, guía a su pueblo con el iusnaturalismo clásico de tradición cristiana, y hace valer la prevalencia de la justicia ante la ley injusta. Como Profeta, denuncia las injusticias revestidas de legalidad, por las que se priva a los pobres de las condiciones materiales de vida, y denuncia también la corrupta administración de justicia, cómplice de la represión del pueblo. Y, finalmente, como Padre, penetra en el sentido más profundo del

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 397. Homilía del 17 de junio de 1979.

Derecho, cuya raíz está en el mismo ser humano, en su carne y en su sangre, y profundizando en el misterio de la Encarnación, puede establecer, implícitamente que los derechos de los seres humanos, son derechos de Dios; por eso, como Padre, clama por la carne y la sangre de las víctimas, sus hijos.

## LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

*"Hagamos como los cazadores, mi querido Glaucón, averigüemos el punto donde la justicia debe encontrarse, tomemos todas las medidas para impedir que se escape y desaparezca a nuestros ojos... El lugar me parece oscuro, embarazoso y de difícil acceso. Sin embargo avanzemos... Hace mucho tiempo mi querido amigo, que la tenemos a nuestros pies, y no la habíamos visto. Merecemos que se rían de nosotros como de los que buscan lo que tienen entre manos. Fijamos nuestras miradas allá lejos, en lugar de mirar cerca de nosotros, que es donde está. Quizá es ésta la causa de habérsenos ocultado por tanto tiempo..."*

PLATÓN, "La República"

*"Misión de la Filosofía del Derecho es también, en segundo lugar, el enseñar en qué consiste la justicia. El concepto del Derecho es una noción parcial que sólo sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías de la voluntad... Pero resuelto este problema, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados... Puede decirse, pues, que la idea (de la justicia) es como la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda presentar en toda su integridad en la realidad sensible."*

Rudolf STAMMLER

"Tratado de Filosofía del Derecho" Introducción I.2.

*"La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas".*

John RAWLS, "Teoría de la Justicia" I.1.

SUMARIO: 1. *El problema de la justicia en el siglo XX*. 2. *Término histórico y polémico*. 3. *Término impreciso. La justicia y sus clases*. 4. *Justicia Distributiva, las concepciones modernas en debate*. 5. *Justicia correctiva*. 6. *La necesidad de encontrar una sola respuesta a los distintos problemas de justicia*. 7. *Conclusión*.

## 1. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN EL SIGLO XX

A Rudolf Stammler, sin duda, le corresponde el mérito de haber rescatado la importancia de retomar en el siglo XX, los estudios sobre la Filosofía del Derecho, para hacer frente a los excesos a los que había llevado el positivismo jurídico, que se perfilaba, a finales del siglo diecinueve, como la visión predominante de explicación del fenómeno jurídico, el cual ponía el énfasis en los particularismos nacionales, en la preponderancia de las experiencias concretas, así como en su carácter coactivo. También para combatir la pretendida necesidad de las leyes económicas que amenazaban desplazar todos los contenidos jurídicos y regir, al amparo de esas mismas leyes, supuestamente *científicas*, el devenir de los estados. De tal manera, con la Filosofía Jurídica se debería retornar la búsqueda de la faceta científica de lo jurídico, elaborando una herramienta conceptual que pudiera distinguir en los fenómenos sociales, aquellos que le dan su peculiaridad y su unicidad frente a otras manifestaciones humanas. De ahí la importancia de estudiar lo que es el concepto mismo del *Derecho* como una noción formal, general y absoluta.

Pero no solo debía ocuparse de esta misión teórica, sino al mismo tiempo y con igual importancia, resultaba inevitable el saber y encauzarse en la pregunta de en qué consiste la *justicia*, que no era otra cosa que el permitir distinguir si son o no legítimos intrínseca y fundamentalmente los dictados de la voluntad contenidos en las normas jurídicas. Es decir, frente a la realidad a la que nos conducía el concepto del Derecho, el tema de la justicia nos dirigía al de su *idea*, esto es, a la posibilidad de armonizar la mente humana de un modo absoluto y general con todas las aspiraciones concretamente históricas que se concibieran. De ahí que este término jugará el papel de brújula hacia donde debería encaminarse el quehacer de los juristas: *la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar en toda su integridad en la realidad sensible*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> SAMPER, Rudolf, "Tratado de Filosofía del Derecho", traducción de Wenceslao Roces, Madrid, Reus, 1930, p. 4. Una de las imágenes que siempre, en el tema de este concepto, podemos encontrar a lo largo de la cultura occidental desde sus inicios, es precisamente el de la estrella, como nos lo apunta también se ha tomado como una metáfora del ideal imposible de alcanzar que implica la necesidad que se tiene de él, pero su incapacidad para lograrlo. El origen de esta idea, al parecer, se encuentra en la

Pero la primera mitad del siglo precedente no fue terreno propicio para que el llamado del profesor de la Universidad de Berlín hiciera eco y tuvieron que transcurrir los desastres de las dos guerras mundiales para que se tuviera que volver a plantear este tema. Primero, en el terreno del derecho internacional, posteriormente, en el plano del derecho constitucional y, al final, como la había vaticinado Hegel con su metáfora del vuelo en el crepúsculo de la lechuza de Minerva, en la filosofía jurídica.

En efecto, como nos lo recordó don Antonio Gómez Robledo, al final de la segunda conflagración internacional, el tema estaba ausente en los proyectos que se habían elaborado para la formación de un organismo internacional que pudiera evitar la generación de un nuevo conflicto armado a nivel mundial. Se hablaba de paz, de seguridad, de la libre determinación de los pueblos, pero no de justicia. No se trataba de una mera omisión, sino, por el contrario, de una acción deliberada. En el viejo pacto que formó la Sociedad de las Naciones se había incluido expresamente este término, como una de las tareas principales para la cual se había constituido, pero esa mención no ayudó en nada a evitar la masacre. En ese sentido, se pensaba que se trataba y, no sin razón, de un concepto vago y hasta de una *noción perturbadora*. No fue sino hasta el 8 de diciembre de 1944, cuando el Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro llamó la atención sobre la necesidad de hacer referencia explícita a la promoción de la justicia en las relaciones internacionales, como una condición necesaria para el mantenimiento de la paz mundial. En ese sentido, se tuvo que dar la batalla por parte de los países hispanoamericanos para lograr la inclusión de este término en la Carta de la ONU, como uno de los propósitos a alcanzar por parte de este organismo internacional, así como uno de los principios sobre los que debe basar su actuación, como se muestra actualmente en sus Artículos 1 y 2 (3) valor que se encuentra al mismo nivel de importancia que la paz y la seguridad.<sup>2</sup>

Más tarde, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana del año de 1949, también incorporó el término *justicia* como un valor relevante en la formación del sujeto estatal, que propicia tanto la paz nacional, como mun-

antigua Grecia, con la tragedia hoy perdida de Eurípides, "*Melampo*". De ahí la tomó Aristóteles en su Ética a Nicómaco, como puede verse en el libro V, 1129b. También esta idea se tomó en el siglo XX, en tono de desprecio y de imposibilidad de encontrar una respuesta satisfactoria a esta interrogante, como lo encontramos en Alf Ross en *Sobre el Derecho y la Justicia: Puesto que la idea formal de igualdad o justicia como estrella polar para la orientación político-social carece de todo significado, es posible abogar por cualquier tipo de postulado material en nombre de la justicia*, traducción de Genaro R. Caró, Exudaba, S.E.M., segunda edición, Buenos Aires, p. 340.

<sup>2</sup> Véase al respecto, GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, "*Meditación sobre la Justicia*", Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pp. 7 a 9.

dial y constituye el fundamento de los Derechos Humanos, como se dispone en su Artículo 1.

Por su lado, la Constitución Española de 1978, en su preámbulo, señala que la Nación busca con ese documento establecer la justicia, la libertad y la seguridad entre sus habitantes, a fin de promover su bien y, por ello, garantiza la convivencia democrática por medio de leyes que se den conforme a un orden económico y social justo.

Sin duda, se trata de dos textos positivos de máximo nivel, actualmente en vigor, que resaltan la importancia del término que nos ocupa, y está en el origen, fundamento y finalidad de la acción pública que debe inspirar a los estados modernos.

En México, a pesar de la relevante reforma constitucional en materia de los Derechos Humanos del mes de junio del 2011, no hemos logrado introducir el tema de la justicia como fundamento mismo del poder público y de la actuación del Derecho. Si bien en muchas de sus disposiciones aparece este término, se hace para referir, en el mejor de los casos, unos de los fines que deben conducir la educación que imparta el Estado, como se señala en el Artículo 3; pero, sobre todo, se utiliza para referirse a los sistemas judiciales de aplicación del derecho o a nuestro máximo tribunal, por lo que su uso es muy limitado. Tal vez se desprende de la constitución, dada ya su casi centenaria vigencia, el escepticismo con que hemos apreciado a este concepto, habida cuenta que la inspiración de nuestra norma constitucional fue de corte positivista, lo que aún no ha logrado desprenderse del todo.

En el plano de las ideas, no cabe duda que desde la aparición de la clásica obra del profesor John Rawls, *A theory of Justice*, en el año de 1971, se ha colocado el debate del término en las principales universidades del mundo, sobre todo, en las áreas de las ciencias políticas, económicas y sociales, donde hoy día es un término debatido y necesario para apreciar la realidad mundial. Sin embargo, por lo que hace al país y dentro de sus facultades de Derecho, este tema no cobra relevancia ni se profundiza en la abundante obra que ha aparecido. Ante esta situación, habría que preguntarse las razones de dicho descuido y si, sobre todo, resulta necesario incorporarse al debate mundial que hay sobre el tema, como parte indispensable para la formación de juristas, lo que se aprecia que así debe de ser; labor que no puede aplazarse más. En ese sentido, las siguientes notas tratarán de justificar esta necesidad y la importancia de ocuparse nuevamente de los temas de la justicia.

## 2. TÉRMINO HISTÓRICO Y POLÉMICO

El término *justicia* proviene del latín *iustitia*, con lo cual se le vincula no sólo a una virtud moral, social o política, sino también al propio Derecho (*ius*). Pero en realidad no se sabe bien cuál es su origen. Se ha llegado a pensar que proviene de la raíz sánscrita *ju* (*yu*) que significa *ligar*, como opinó Santo Tomás de Aquino. Por su parte, Groccio y Vico consideraron que la palabra tenía una misma raíz griega que se vinculaba con Zeus y más tarde, en Roma, con Júpiter, pero también se ha afirmado que la palabra tuvo su origen en el idioma védico *yós* y el avéstico *yaos* que tampoco tienen una precisa significación, pero que se relacionan con el aspecto religioso y, por ello, con la relación del hombre con la voluntad divina, la purificación, la salvación, o la defensa contra el mal.<sup>3</sup>

En ese tenor, es claro que tuvo un origen religioso y de ahí que en los principales textos antiguos de esta naturaleza aparezca como una forma de evaluar el trato de la persona o el grupo al que pertenece con la divinidad, como se aprecia, por ejemplo, en el Deuteronomio 32,4; concepción que de cierta manera, ha permanecido hasta nuestros días, como se puede apreciar en diversos textos del Nuevo Testamento. También por su origen histórico, se refiere la justicia a una idea de juicio u orientación y de guía para la actuación de los dioses y de los hombres, como se aprecia ya con Hesíodo y Homero, por medio de la divinidad Temis, consejera de Zeus, no necesariamente en tono conciliador o pacífico, sino que, algunas veces, incluso para provocar guerras, como la de Troya. De ahí que en su connotación inicial, no necesariamente tenía ese matiz ético que posteriormente vino a unírsele.<sup>4</sup> De la relación Zeus y Temis, nace Dike, la diosa de los juicios y hermana de la verdad, quien será la encargada de resolver las disputas entre los hombres.

De su nacimiento mítico y religioso, pasa al terreno de la poesía, donde también alimentó el espíritu de la sociedad griega. Tan importante fue este medio de comunicación humana, que el propio Platón, en su *República*, pone en voz de un poeta, el primero que cantó al hombre común y no a los héroes ni a los dioses, como lo fue Simónides de Ceos (556 a.C.-468 a.C.) la original definición popular, seguramente muy difundida en esa época, de lo que se entendía como *justicia* y sobre la cual habría que iniciar la especulación ra-

<sup>3</sup> En Homero pueden encontrarse pasajes al respecto como lo es en la *Iliada*, XVIII, o en la *Odisea*, VI, IX o XIII.

<sup>4</sup> DEL VENCIO, Giorgio, "La Justicia", traducción de la tercera edición de Francisco P. Aplaza, Buenos Aires, Ed. Despalma, 1952, pp. 3-4.

cional que nos permitiera desentrañar su sentido. Para este poeta, su correcto sentido obligaba a los hombres a decir la verdad y a devolver a cada uno lo que de ellos se ha recibido, esto es, lo que le es *debido*.<sup>5</sup> Nótese cómo ya esta inicial definición, a pesar de su antigüedad, sigue vigente hoy en día como una concepción común compartida de que lo debe entenderse como justo.

Si somos fieles a las enseñanzas de Platón, fue Sócrates el primero en intentar definir en el terreno racional y científico lo que es la justicia, al parecer, sin mucho éxito; pero sí reconociendo la dificultad que tenemos para llegar a su adecuada comprensión y necesidad de adentrarse en su estudio, debido a que su ejercicio producía la virtud moral de quien la practicaba, lo que se traducía, en el plano social, en la felicidad de los gobiernos en donde imperaba.

En la continuación de esta tarea, Platón pone el énfasis en que hallar el verdadero significado del término permitiría revolucionar a las ciudades estados griegas, pretendiendo vincular acción política con conocimiento racional. La regeneración de las polis sólo podría llevarse a cabo si también se transformaba a los individuos que las conformaban, de ahí que en su obra la *República*, todavía encontramos un significado individual y otro social del término, que se irá perdiendo posteriormente. En ese sentido, el conocimiento de lo que es la justicia social, nos permitirá conocer lo que es la individual, dada sus similitudes. Así, en el nivel de la comunidad política, la cual está necesariamente estratificada en tres niveles sociales, como son los agricultores y trabajadores en general, los guerreros y los gobernantes, la justicia consiste en que cada miembro de la comunidad realice lo que tiene el deber de hacer dentro del segmento al que corresponde y que está de acuerdo con su naturaleza, por lo que debe ejercitar la virtud que le es propia a cada uno de esos niveles, como son la fortaleza, en el caso de los soldados; la templanza, para el pueblo en general y la sabiduría para los dirigentes.<sup>6</sup> A nivel individual, la justicia no es otra cosa que una armonía interior, en donde cada una de las partes del cuerpo y del alma realiza lo que le es propio y en concordancia con la razón. Sólo de esta manera el hombre alcanza su armonía y, por ello, se hace dueño de sí mismo, estableciendo el orden y la concordia entre las distintas partes de su ser.<sup>7</sup>

Figura señera en el tema lo es, sin duda, Aristóteles, quien alcanzó, y conservar al día de hoy, los más grandes avances en su estudio. Apunta en primer lugar, que el saber cómo actuar requiere de una ciencia particular práctica

<sup>5</sup> Platón, *República*, 331d.

<sup>6</sup> *Op. cit.* 433c.

<sup>7</sup> *Op. cit.* 443e.

que nos ayude a dilucidar de manera racional los fines humanos, y entre todos ellos, los que nos permitan escoger los mejores que produzcan en nosotros la felicidad;<sup>8</sup> no estando separada la ética de la política, debido a que para contar con buenos gobiernos, como lo había señalado ya su maestro, se requiere antes, de buenos ciudadanos, por lo que no se puede lograr lo segundo sin que hayamos atendido al primero, cuestión que en estos días se pasa por alto en el debate de los problemas políticos.

Señala que en realidad este concepto es de tipo *relacional*, es decir, que para su existencia se requiere, por lo menos, de dos personas conectadas entre sí y sobre el cual se pueda evaluar la actuación de ellas. Como veremos más adelante, esa relación puede ser de tipo horizontal o vertical, dependiendo del plano en el que están colocados los individuos. En este sentido, la orientación hacia el otro, como lo indica John Finnis,<sup>9</sup> es uno de los rasgos característicos de esta virtud moral, por ello, está fuertemente vinculada al Derecho como ramas de estudio que analizan precisamente ese tipo de relaciones. El segundo elemento es la nota del *deber hacia el otro* que se deriva de esa relación, es decir, la acción u omisión que debemos desplegar hacia esa otra persona, y que en el terreno ético generaría el deber o la obligación moral y en los tiempos modernos la generación de un derecho individual. El tercer elemento sería la *igualdad o proporcionalidad*, como lo trataremos más adelante.

De hecho, como lo han apuntado los críticos modernos, a pesar de que estos tres elementos se encuentran siempre en el concepto de justicia, no bastan para alcanzar un conocimiento pleno de su sentido, por lo que, a pesar de ellos, la palabra sigue, para esos críticos, siendo hueca, al no saber en cada relación humana, el tipo de igualdad que *debe* aplicarse, por lo que es insuficiente la detección de estas tres notas. Otras importantes ya resaltadas por este gran filósofo y que siguen vigentes al día de hoy, consisten en que para que se pueda hablar de este término, como de cualquier virtud moral, debemos presuponer la idea de que el hombre es libre y que, además, es responsable moral y socialmente de sus actos. Sólo con el requisito de que el hombre puede actuar voluntariamente y decidir entre distintas opciones de

<sup>8</sup> Respecto de este tema de la felicidad, que en griego era identificado con la palabra "*eudaimonia*", se ha discutido su posible concepción moderna, la cual no se puede identificar con nuestro sentido usual de la palabra "*felicidad*", sino más bien con la idea de una vida buena, es decir, apegada a las virtudes morales y por lo mismo, no como una buena vida, en donde abunden bienes materiales o ausencia de dolores.

<sup>9</sup> Sobre estas notas puede verse FINNIS, John, *Ley Naturales y Derechos*, traducción de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abelardo Perrot, pp. 191-ss.

conducta se puede hablar de justicia y de que la misma se pueda alcanzar de manera consciente y voluntaria, ya que no existe si no se ha procurado ese resultado, notas que encontraremos en definiciones posteriores.

El estoicismo es una filosofía muy importante para entender el desarrollo posterior que sufrió este término y su vinculación definitiva con los temas jurídicos, sobre todo, por el influjo que ejerció en el Imperio Romano, de ahí al cristianismo y al pensamiento escolástico. Ya su fundador, Zenón de Citio, había señalado que el hombre debía vivir de una manera coherente, con base en un solo principio, porque lo diverso y contradictorio volvía desdichadas a las personas y dicho principio no era otra cosa que el que ordenaba el que se debía vivir conforme a la "naturaleza", lo cual significaba que se debía vivir de acuerdo con la virtud, lo que a su vez nos remontaba otra vez a la naturaleza.<sup>10</sup>

Posteriormente, en Roma, Cicerón se refería a una sola ley eterna e inmutable y, por lo mismo, común para todas las naciones y los tiempos; la cual era conforme con la naturaleza del hombre, la que no podía cambiarse por otra, ni era posible derogarla o abrogarla.<sup>11</sup> Cicerón apuntaba que las obligaciones morales u honestas que tienen las personas con otras surgen, siguiendo a Platón, de la sabiduría, la templanza, la fortaleza y la justicia, entendiendo esta última como el dar a cada uno lo que es suyo.<sup>12</sup> Tal es el espíritu que encontramos en la famosa definición de Ulpiano que se contiene en las Institutas de Gayo; la virtud cívica que se traduce en un hábito y, por ello, en una práctica reiterada y consistente de dar a cada quien lo suyo; siendo que el estudio científico del Derecho tiene como objetivo fundamental este conocimiento de las cosas divinas y humanas, con la ciencia de lo justo y lo injusto, desprendiéndose de ello que los preceptos que se contienen dentro del mismo Derecho son el vivir de manera honesta, el no causar daño a nadie y darle a cada quien lo que le corresponde.<sup>13</sup>

Santo Tomás de Aquino constituye el cruce de caminos en donde confluye la filosofía grecolatina, con el derecho romano y la filosofía escolástica para fundirlos en un solo pensamiento y, por ello, llega a la identificación misma del Derecho con la Justicia debido a que el objeto del primero es,

<sup>10</sup> Fragmentos números 286 y 287 recogidos en: "Los Estoicos Antiguos", introducción y traducción de Angel J. Cappeletti, Madrid, Gredos, pp. 116-117.

<sup>11</sup> CICERÓN, "Sobre la República", libro tercero, No. 33, traducción José Guillén, Madrid, Técnos, 1986, p. 101.

<sup>12</sup> Véase CICERÓN, "Acerca de los Deberes", también conocida históricamente como "Los Oficios" I.V.

<sup>13</sup> Instituciones de Justiniano, Libro Primero, Título I, 1 a 3.

precisamente, la segunda, de ahí que reciba su nombre (*jus*) y, por ello, es susceptible de ordenar todas las acciones del hombre que tiene frente a los demás. Basándose en la definición clásica del derecho romano, indica que consiste en un hábito conforme al cual cada uno de nosotros debe dar al otro lo que le pertenece según el propio derecho positivo, permaneciendo en ello una costumbre, es decir, una acción que refleje una voluntad constante y permanente.<sup>14</sup> Ahora bien, la cosa debida, que es en lo que se centra la noción de justicia, más que los agentes que la practican, puede ser, conforme a la naturaleza o por convención, siendo la primera la llamada justicia natural y la segunda el derecho positivo, pero al existir una naturaleza humana, la ley del hombre no puede contravenir la ley natural, sin convertirse en un acto de violencia y tiranía. Por el contrario, debe este derecho positivo aplicar el natural, dentro de sus circunstancias históricas, sociales y culturales en que se encuentren.<sup>15</sup>

La filosofía del derecho natural de los siglos XVII y XVIII siguió el camino de la justicia para secularizar lo logrado por la escolástica y confiarlo sólo en la razón como la herramienta adecuada para poder comprenderla y plasmarla en los ordenamientos nacionales. El contenido mismo de la justicia ya no dependerá ahora de un dictado divino, sino que será la expresión misma de la razón humana con independencia de una posible razón divina, incluso si ésta no existiera.<sup>16</sup>

Mención especial debe hacerse de Thomas Hobbes, quien señaló que si bien era correcta la definición tradicional de la justicia, sólo la existencia de los estados y de las leyes positivas podían permitir la efectiva práctica de este término, ya que los primeros hacen efectiva realidad a la justicia y son las segundas las que establecen lo que en rigor corresponde a cada uno, por lo que, en realidad, es la ley la que crea la justicia.<sup>17</sup>

David Hume fue quien, en el terreno filosófico, introdujo la duda sobre si la justicia podía ser analizada científicamente y si, como se había dado por supuesto, era un concepto real y externo que pudiera conocerse así como predicarse su verdad, señalando que esto no era así, ya que no era otra cosa que un reflejo de nuestro propio interés práctico en la elaboración de los conceptos morales, particularmente para los juristas. En ese tenor, esta idea no

<sup>14</sup> Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II, II cuestiones, pp. 57-58.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, II, II cuestión 57, Artículos 2 y 3.

<sup>16</sup> Véase BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, traducción de Felipe González Viçén, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 120-ss.

<sup>17</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de Juan Carlos García Borrón, Madrid, Bruguera, 1984, Parte Primera, capítulo XV.

podía ser tenida como *natural* o real, sino, en todo caso, *artificial* y, por ello, fruto de nuestra mera invención, de ahí que la justicia no se fundamente en la razón o en el descubrimiento de relaciones o conexiones con ideas eternas, inmutables o universalmente obligatorias, sino sólo tienen un sustento en nuestros sentimientos e impresiones a los que habría que acudir para conocer su verdadera naturaleza.<sup>18</sup>

Podemos afirmar que esta crítica y otras que se hicieron a partir de ella, marcaron el inicio del declive en la especulación sobre este término y abrió la puerta para el escepticismo y el relativismo que aún hoy vemos. Ni siquiera el vigoroso intento de Kant de introducir la racionalidad de la justicia en el propio individuo y en sus mandatos categóricos y universales pudo destruir o combatir esas tendencias, aunque abrieron una de las opciones vigentes en el tema de la justicia, como lo es la deontológica que será utilizada por Rawls. De hecho, ya en el campo de lo estrictamente jurídico, durante el siglo XX, importantes juristas, entre ellos, Perelman, Kelsen y Ross, enfatizaron el aspecto hueco, emotivo o irracional del término, incapaz de un verdadero análisis filosófico y, por ello, poco digno de constituir un objeto de estudio científico; influjo que, en cierta manera, se percibe que ha permanecido en nuestras aulas universitarias, como motivo para no adentrarse en su estudio.

Dos elementos más contribuyeron a afianzar estas dudas sobre el término que estudiamos y son, por un lado, la proliferación de teorías éticas que pretendían constituirse como las correctas en el entorno social y que se transformaron en ideologías políticas dispuestas a imponerse a cualquier medida, no sólo en los estados nacionales, sino a nivel mundial, como el liberalismo, el utilitarismo y el socialismo o comunismo. Con ello también, el papel que debía desempeñar el individuo en el entorno político: si como elemento base de la formación del sujeto estatal, como lo postulaba el liberalismo político, o como parte del estado al que había que cuidar como valor superior, como lo postulaban las ideas políticas totalitarias, como el fascismo o el comunismo. Así, la idea de la justicia social fue la bandera con la que se arropaban las ideas políticas para los principales acontecimientos bélicos del siglo XX, lo que produjo, aún más, la desconfianza en la necesidad y, sobre todo, en la utilidad de este término.

Chaim Perelman<sup>19</sup> intentó realizar un análisis formal y lógico del término, basándose en sus usos sociales frecuentes, para saber si en ellos existían

<sup>18</sup> HUME, David, *Tratado de la Naturaleza Humana*, traducción Vicente Viqueira, México, Porrúa, Libro Tercero, Parte Segunda, Sección Segunda, pp. 308-ss.

<sup>19</sup> PERELMAN, Chaim, *De la Justicia*, traducción de Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1964.

elementos comunes que los pudieran unir en una sola connotación. Encontró que en todos ellos se halla la idea de la *justicia formal*, lo que significa que todos los seres que forman parte de una misma categoría *deben* ser tratados de una misma manera; pero esto no es suficiente para concluir con el análisis del término, ya que no se responde la manera como deben ser tratados los seres de una categoría, por lo que a este elemento permanente le tenemos que unir otro de carácter variable y valorativo, que constituye la idea de la *justicia material*, con sus diferentes soluciones, debido a que se tienen que seleccionar, para la aplicación de la idea formal de justicia, alguna característica relevante del grupo, como su universalidad, lo que nos lleva a *a cada quien lo mismo*; a la cualidad intrínseca de los miembros, como *a cada quien sus méritos*; a los resultados de las acciones, lo que nos da *a cada quien según sus obras*; o si se trata de resolver problemas de los individuos, como *cada quien según sus necesidades*; o también, tomando en cuenta la jerarquía que se cuenta en el grupo, como *a cada quien según su rango* y, por último, lo que la norma social o jurídica determina, así tenemos *a cada quien según la ley*. De ahí se desprende que tenemos seis criterios diferentes de justicia que no podemos unificar ni excluir, lo que nos conduce a la arbitrariedad en su aplicación.

De hecho, la historia misma ha mostrado la preferencia, en algunas de sus etapas, sobre uno de esos valores sobre otros. De ahí la complejidad del tema, toda vez que en cada caso debemos decidir cuál es la nota o el criterio, simple o complejo, de justicia material que nos ayude a resolver el problema, pero siempre dentro de la arbitrariedad de los distintos valores que pueden ser utilizados.

Pese al carácter pesimista de la obra, el autor dejó abierta una posibilidad que nos ayuda a comprender el desarrollo ulterior que tuvo su pensamiento y que nos resulta tan benéfico para nosotros en estos días, y es que la forma como podemos elegir entre las distintas variables de justicia que se encuentran en posibilidad de aplicarse en cada caso, puede realizarse, no de manera aleatoria o arbitraria, sino mediante una adecuada *justificación* por medio de las razones que empleemos en la solución; lo que nos lleva a la necesidad de emplear el razonamiento práctico que nos convenza de la mejor solución.<sup>20</sup> Esto fue desarrollado por él en obras posteriores para rescatar la antigua retórica. De esta última idea podemos señalar que la justicia pasaría no sólo a ser un contenido mismo de las normas que se aplican, sino que, respetando la idea de la justicia formal, podemos encontrar en cada caso los criterios

<sup>20</sup> Véase *op. cit.*, pp. 55-ss.

que nos llevan a una mejor decisión material, pero esto último ya no fue reconocido por el autor, ni fue tomado en cuenta por los demás críticos que se apoyaron en él para intentar demostrar la inutilidad del término.

Según Alf Ross, la justicia nos remite constantemente a varios tipos de soluciones, como lo ha mostrado Perelman. Por ello, sólo nos es útil para rechazar cualquiera de los criterios seleccionados por el legislador para atender los problemas que quiere resolver, pero no nos es útil para establecer en cada caso la solución correcta a esos problemas, de ahí que detrás de ella, sólo encontramos *emociones*, pero ya no basadas en la utilidad pública, como lo planteaba Hume, sino en una mera reacción sentimental y, por ello, subjetiva: *invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto*.<sup>21</sup> Pero va más allá: no es más que un término sin significado, que busca persuadir, no con razones objetivas, por lo que se convierte en una mera *ideología* que conduce a la sociedad y a los individuos que la conforman a la intolerancia y al conflicto, de ahí que sea, en realidad, un término nocivo no sólo para el conocimiento, sino para la pervivencia de los estados.

En el mismo plano escéptico y relativista se encuentra Hans Kelsen, quien consideró que el estudio de los problemas morales y, por ello, el de la justicia, debería quedar al margen de la ciencia y por ello también del Derecho, porque con ellos se pretendía la aceptación de valores absolutos y universales, cuando no existe la posibilidad de determinar de manera *a priori* su existencia, siendo que lo común en los sistemas morales y jurídicos es precisamente el establecimiento de valores relativos.<sup>22</sup> Además, con el ideal de la justicia siempre se ha pretendido alcanzar la felicidad de los hombres, pero todas las reglas o fórmulas que se han creado a lo largo de la historia para lograrlo, como la tradicional que se maneja en el Derecho, la aristotélica, la de "oro", el imperativo categórico de Kant o la respuesta de corte metafísico de las escuelas del derecho natural que la hacen desprender de una supuesta "naturaleza", resultan meras fórmulas vacías que no dan una respuesta cierta a la interrogante perseguida por los hombres a lo largo del tiempo.

Kelsen considera que la búsqueda de la justicia constituye un ideal irracional, una mera ilusión que por siempre acompañará al ser humano. Bajo una correcta visión filosófica únicamente puede vislumbrarse el relativismo, la existencia de valores aplicables sólo en un tiempo y lugar determinado, lo que nos lleva a la idea de la tolerancia y la aceptación de la idea de la

<sup>21</sup> ROSS, *op. cit.*, p. 340.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción Roberto J. Vernengo, II.11, México, UNAM, 1979, pp. 76-79.

democracia, que da cabida a la libertad humana y a la paz,<sup>23</sup> pero habría que preguntarse si estas ideas expuestas por el profesor de la Universidad de Viena estaban de más, ya que si no podemos extender a otros nuestros deseos, dado su carácter relativo, y si estamos convencidos de que los mismos no pueden ser racionalizados, no podemos plantearlos de manera externa ni mucho menos querer considerar que deben ser universalizables, como al parecer se deja reflejar al final de las palabras de este jurista.

En un intento de rescatar la filosofía de los valores, propia de la escuela sudoccidental alemana, Gustav Radbruch, en un inicio, consideró que de la idea de la justicia no podía derivarse todo el contenido que encierran las normas jurídicas, que dependen de decisiones voluntarias y que, además, sólo procuran un trato formal hacia las personas, por lo que sólo incidían en el aspecto formal del Derecho. Para apreciar su contenido, debíamos tomar en cuenta el fin al que aspiraba el sistema normativo, lo cual constituye un dato "supra empírico", que implica favorecer unos valores en detrimento de otros, lo que conlleva la necesidad de optar por los valores a los que se les debe dar el mayor rango. De esto surge la posibilidad de obtener tres tipos diferentes de concepciones del Derecho. Si se privilegia a los valores del individuo, destacando con ello la libertad, entonces nos encontramos ante una concepción individualista; si se opta por los valores colectivos, en donde se da preminencia al sujeto estatal, entonces nos ubicamos ante una concepción supra individualista; por último, si nos enfocamos a los valores del trabajo y al producto de la actividad humana, que al parecer era la que prefería el propio Radbruch, nos hallamos en una concepción transpersonalista. Sin embargo, los estados reales sólo podían lograr algunas de esas concepciones diferentes de justicia, en detrimento de las otras y de ahí la pluralidad de estados y de modelos normativos, todos consistentes y válidos entre sí.<sup>24</sup>

Después de la segunda guerra mundial se interrogó si en verdad todo sistema jurídico podía permitirse cualquier contenido normativo en sus normas integrantes y si el hecho de que este sistema o cualquiera de los elementos que lo conformaban perseguían fines *extremadamente injustos*, traería como consecuencia el que perdiera la nota de jurídica de esos mismos sistemas o normas, lo que hoy se conoce como la *fórmula Radbruch*. De ahí la necesidad de que la ciencia jurídica y las Facultades de Derecho hicieran surgir un

<sup>23</sup> Véase KELSEN, Hans, *¿Qué es Justicia?*, ensayo desarrollado con base en la conferencia de despedida del maestro como miembro activo de la Universidad de California, traducción de Albert Calsamiglia, México, Planeta, 1992, pp. 35-63.

<sup>24</sup> RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, traducción José María Echeverría, Madrid, Reus, 2007, pp.113-ss.

nuevo *derecho natural*, que no era otra cosa que la creación de una moderna teoría de la justicia, que sirviera de contrapeso a los excesos que pudieran producir los sistemas jurídicos positivos.<sup>25</sup>

Tal vez nos debemos detener con este gran jurista, quien hace la pregunta capital del Derecho en el inicio de la segunda mitad del siglo XX y que, como lo señala al final de su vasta producción intelectual, constituye el tema fundamental de la filosofía jurídica: ¿le es permitido al Derecho perseguir cualquier fin? O deben sus normas conservar un mínimo de moralidad y de justicia. Tal, podría decir, constituye nuestro problema científico fundamental desde entonces.

Nuestro querido maestro, Manuel Villoro Toranzo, pensó que en realidad la razón no nos podría resolver el problema de la justicia, ya que debería ser enfocado ante todo como un problema integral, tanto para el ser humano como para la sociedad. Por ello, el conocimiento puramente lógico deductivo no es el adecuado para adentrarse en él, sino, dada la relatividad de nuestras experiencias, sólo los individuos y los grupos a través de lo que él llamó *vivencia*, podían resolver adecuadamente esta pregunta, lo que nos conducía al tema de la caridad social y los mínimos que de ella se pueden dar en lo jurídico. De ahí que el Derecho se tuviera que auxiliar de la sicología y de la sociología.<sup>26</sup>

Así, en la segunda mitad de la centuria pasada y después de las grandes guerras mundiales, los eventos de la guerra fría, los regímenes totalitarios, que significaron el sacrificio de hombres, grupos étnicos y naciones, se está buscando la manera de volver a retomar el problema y dar respuestas al viejo tema de la justicia. Podemos decir que este renacimiento se ha intentado por dos caminos. El primero de ellos, retomando el legado de las viejas tradiciones de la justicia expuestos por los grandes filósofos y juristas del pasado, resucitando viejas fórmulas de su conocimiento. Por ello es muy importante conocer la historia de este concepto, teniendo como ejemplos de esta postura a autores como Sandel, Finnis, o Sen. Otro sendero es el intentar, con el apoyo o no de esas tradiciones filosóficas, una nueva visión *moderna* para adentrarse en el problema y dar soluciones a él, como tenemos el caso de Rawls, Dworkin, Otto Apel o Habermas.

Frente a este panorama histórico muy general de las distintas concepciones que se han dado al tema de la justicia, debemos preguntarnos la razón de esta permanente pregunta. Podríamos decir, por un lado, que tal vez obedezca a una mera ilusión, como lo piensan las teorías críticas, realistas o positivas del

<sup>25</sup> Como ejemplo: RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía de Derecho*, Wenceslao Roces (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 178-189.

<sup>26</sup> Véase VILLOORO TORANZO, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, pp. XXI-XIV.

Derecho, y que en realidad el hombre moderno debe dejarla a un lado, debido a que sólo se trata de un *seudoproblema*. Sin embargo, lo permanente de esta interrogante, a pesar de los grandes logros alcanzados a nivel científico o tecnológico, nos lleva a pensar que, en verdad, no es por ahí el camino y esa interrogante nos debe llevar a una o varias respuestas objetivas y convincentes.

En este sentido, es posible que, en realidad, este tema constituya una interrogante legítima, inserta en nuestro propio ser como especie y que debe ser analizado y resuelto. De hecho, también es probable que el *sentido de la justicia* como pauta orientadora de nuestra conducta individual o colectiva, debe entenderse como universal y que explica, en parte, lo que nos ha sucedido como género y la cultura que hemos formado, además de que tampoco sea sólo una característica específicamente humana. Los profesores Sara F. Brosnan y Frans B. M. del Waal<sup>27</sup> han podido encontrar también una clase de *idea* de la justicia se encuentra en los monos capuchinos (*cebus apella*) cuando diseñaron juegos de recompensas con base en resultados y cómo esos animales se *molestaban* si recibían recompensas desiguales a acciones iguales realizadas por otros miembros de su mismo grupo.

Evidentemente, si este tipo de experimentos se pueden extender a otros primates, se podría descubrir si dentro de lo que se considera como su *naturaleza* nos encontramos con algo parecido a una noción de justicia, con lo que compartiríamos, además de muchas otras cosas, esa especial característica y, por ello, nos ayudaría a entender el porqué tenemos que lidiar en nuestras vidas con este tema y con el sentimiento con el que va acompañado. Tal vez el tema de una adecuada concepción de la justicia no sólo debe preocuparnos en el aspecto intelectual, como meras inquietudes del conocimiento, sino que resulta vital para nuestra supervivencia como individuos y como especie y, por lo tanto, resulta vital su atención, ya que sólo así se mantiene la permanencia de los sistemas sociales y se garantiza la cooperación de los individuos.

También, de este somero repaso debemos tomar en cuenta si este tema se puede resolver con la mera razón o, con el conocimiento, o si también es necesario hacer uso de otras formas del saber. Sin duda, el hombre no puede rehusar a utilizar su inteligencia para tratar de atender a esta problemática, sino que debe utilizarla, de hecho las nuevas concepciones de la justicia han insistido en este tema, nuestras ideas deben, en cierto sentido, aspirar a la racionalidad. Pero, si queremos formular una adecuada concepción de justi-

<sup>27</sup> Véase BROSINAN, S. y DEL WAAL, Frans B. M., "Monkeys reject unequal pay", en *Nature*, Vol. 425, 18 de septiembre del 2003, pp. 297-299.

cia, como lo apuntó nuestro querido maestro Villoro, no sólo debemos tomar en cuenta este elemento, sino, también, como ya lo había señalado Hume, nuestros propios sentimientos que nos conectan con los demás y nos hacen desear o rechazar conductas y de ahí nuestras intuiciones. Razón, sentimiento e intuición son los elementos que nos deben llevar a la formulación de una adecuada teoría de la justicia. El filósofo español Jesús Mosterín lo ha plasmado de la siguiente manera:

Nuestras intuiciones, emociones y sentimientos morales, en parte anclados en nuestro genoma, son la piedra de toque de las teorías éticas. Las emociones morales desempeñan (hasta cierto punto) un papel en la ética comparable al de las observaciones empíricas en la física. Por muy plausible que resulte una teoría física, si contradice nuestras observaciones, tanto peor para la física. Y por muy elocuente que sea una teoría ética, si a partir de ella resultan conclusiones contrarias a nuestras intuiciones y sentimientos morales, tanto peor para la teoría ética...<sup>28</sup>

Tal vez esa relación ha hecho que al día de hoy rechazemos cualquier idea que tienda a descartar el tema de la justicia como algo digno de nuestro conocimiento y por qué a pesar del tiempo transcurrido y de los débiles resultados obtenidos, sigamos insistiendo en buscar una respuesta aceptable para nosotros, ya que, como Max Born le llegó a decir a Albert Einstein, en el ser humano confluyen, de manera funesta, el sentimiento y el entendimiento, por lo que tenemos que lidiar con ambos para crear una teoría que nos sirva no sólo para entender, sino, sobre todo, para emprender la transformación de nuestro entorno social.

### 3. TÉRMINO IMPRECISO. LA JUSTICIA Y SUS CLASES

Como lo hemos expuesto en la sección anterior, el problema del concepto de justicia no es sólo el problema de su posible racionalidad, sino que también dentro de él tenemos que dar cabida a nuestros sentimientos e intuiciones que son difíciles de armonizar y que, en su análisis, como lo dijera Carlos Nino, se despierten tantas pasiones, se consuman tantas energías y se generen tantas controversias.<sup>29</sup> Por otro lado, ya Aristóteles afirmaba que en el término "justicia" aparecía la nota de ambigüedad con la que había que estar preparado y que, por ello, no sólo debíamos de ser capaces de distinguir entre

<sup>28</sup> MOSTERÍN, Jesús, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Barcelona, Gedisa, 2013, p.75.

<sup>29</sup> NINO, Carlos S., "Justicia", en *El derecho y la justicia*, 2a. edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 467.

su exceso y defecto, sino entre los muchos significados con que se nos podía aparecer; lo que nos llevaba a hacer precisiones entre sus distintos sentidos en los que solemos utilizarlo en nuestra vida diaria, para así ir reduciendo esta ambigüedad.<sup>30</sup>

También, como se ha anotado, no sólo se habla de justicia en el plano jurídico, sino en todo tipo de problemas en donde encontramos interacción humana, como en el terreno religioso, social, político, moral, etc. En ese sentido debemos preguntarnos en qué tipo de relación nos encontramos para cuestionarnos sobre la clase de justicia con la que nos podemos enfrentar, la que a su vez puede dar origen a otros tipos de justicia, por ejemplo, de la justicia política o moral, se puede pasar a una justicia jurídica, cuando se incorporan los valores de las primeras en la última.

Lo anterior es crucial en el tema que nos preocupa, debido a que también en las situaciones humanas pueden coexistir varios tipos de relaciones que pueden ser evaluadas en este tema y aquí es donde nos enfrentamos al punto más importante, el querer evaluar una relación de justicia bajo otra perspectiva. Tal es el caso de la relación entre Moral y Derecho, lo que confluye en la relación entre los elementos que hallamos en todo sistema jurídico con el tema de la justicia.

Ya el profesor Hart nos ha mostrado que no podemos confundir el tema de la Moral, que es mucho más amplio, con el tema de una de sus múltiples virtudes, como lo es la justicia. Los términos de *justo* e *injusto* son mucho más específicos que los términos *bueno* y *malo*, ya que sólo se tocan aspectos específicos de la Moral y, por ello, deberíamos ser más cautos cuando nos preguntamos sobre las posibles relaciones, necesarias o contingentes, entre Moral y Derecho.<sup>31</sup> En realidad, ni todas las normas, ni, como diríamos ahora, todos los principios que integran el sistema jurídico pueden contener una idea en sí de justicia, ya que encontramos reglas técnicas, definitorias, lógicas o meramente procesales en las que escasamente pudiera encontrarse elementos directos que se basen en ideas de justicia. La evaluación de las normas jurídicas la podemos realizar solamente cuando nos encontramos en el tratamiento de individuos entre sí, ya sea que se hallen o no en un plano de igualdad, por la nota de alteridad que siempre debemos encontrar para esta evaluación.

En conexión con lo anterior, el mismo Aristóteles indicaba que cuando se analizaba la virtud específica de la justicia, podríamos distinguir dos clases:

<sup>30</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.* 1129a.

<sup>31</sup> HART, Herbert, L.A., *El Concepto de Derecho*, traducción Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 196-197.

la legal y la natural, esta última que corresponde a nuestra idea de lo que es equitativo.<sup>32</sup> En cambio, la primera pertenece a lo que la ley ordena, ya sea una obligación, una prohibición o una autorización. Para el Estagirita, como después lo expuso Santo Tomás de Aquino, lo que prescribe la ley debería estar ordenado hacia la virtud moral, pero hoy sabemos que no es necesariamente así y que, por ello, esta justicia legal a su vez puede ser materia de un análisis si la misma se considera por el que evalúa como derivado de una justicia natural, es decir, si es *correcta* o no, esto es, si es justa o no; pero no por esta cuestión haría que perdiera su nota de juridicidad, ya que no constituye un requisito de la existencia de las normas jurídicas, como Hart lo ha defendido y creo que con razón, a pesar de lo propuesto por Radbruch. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

En relación muy estrecha con lo anterior, tenemos otra clasificación entre justicia formal y material. La primera, como ya hemos tenido oportunidad de apreciar, es fija o permanente y se basa únicamente en las notas de igualdad o proporcionalidad que debe revestir el trato hacia los destinatarios de las conductas, sin tomar en cuenta el contenido mismo de esa conducta, o como lo expone Hart: *tratar a los casos de la misma manera*,<sup>33</sup> o como lo decía Perelman, *a cada quien*. En tanto que la justicia material toma en cuenta las notas relevantes en el caso, que nos llevan a optar por un contenido específico en la conducta y, como lo ha apuntado, Perelman es siempre variable, dependiendo de la naturaleza del problema, de las personas involucradas o de la época en que se aplica. Tan variable puede ser su contenido, que ha producido el que se haya renunciado a dar una solución racional en el tema de la justicia y es lo que constituye el problema central en este tema ¿cómo debemos tratar a los iguales o a los diferentes? Al parecer, ni la ciencia, ni la historia se han puesto de acuerdo en este punto, lo que luego comentaremos.

La siguiente clasificación tiene relevancia en la evaluación de los sistemas jurídicos o solamente en uno de sus componentes y se derivaría de la primera clasificación propuesta por Aristóteles sobre la justicia legal y natural, la cual también puede ser referida a la regla o norma de conducta, que Hart denomina justicia del derecho, o a la justicia que puede producirse en la aplicación de esa misma regla.<sup>34</sup> En el primer caso, lo que es materia de calificación es la norma en sí, para ver si se ajusta o no al criterio de justicia *natural* en que se tendría que apoyar. En tanto que la segunda sólo se aprecia en la forma en que es utilizada, ya sea por alguna autoridad administrativa o judicial, en el

<sup>32</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1130b.

<sup>33</sup> HART, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 199.

caso del Derecho. Aquí también pueden producirse combinaciones y evaluaciones, toda vez que puedan existir reglas justas con aplicaciones injustas o reglas injustas con subsunciones o resultados justos, o también reglas justas aplicadas rectamente, o reglas injustas que son aplicadas indebidamente. No cabe duda que esta distinción es relevante para poder comprender en dónde se encuentra el problema de justicia en un caso determinado y evitar ambigüedades cuando se utiliza en la práctica este término.

Dentro de la justicia legal, Aristóteles hacía una distinción entre este término y equidad, o su acepción griega *epiqueya*. Como se sabe, la primera establece un trato general e igualitario en todos los casos comprendidos dentro de la norma, es decir, la justicia legal tiende hacia la justicia formal, pero su aplicación consistente puede producir situaciones concretas no deseadas ni ideadas con su establecimiento, es decir, situaciones injustas, o como decían los romanos *suma jus suma injuria*; y es que las reglas generales no pueden comprender todos los posibles puntos que pueden concurrir en un caso y, por otro lado, la ley no permite aplicaciones diferentes en cada uno de ellos, por ser categóricas y no conferir discrecionalidades al momento de esta aplicación. Por ello, puede suceder que se tenga que corregir esta norma para seguir respetando su correcto sentido o la idea que la inspiró, ya que si el que elaboró la norma tuviera que aplicarla, llegaría al mismo resultado, de ahí que el filósofo dijera que ésta era una rectificación de la ley en su parte deficiente, dado su carácter general.<sup>35</sup> Este tipo de situaciones también tienen acogida en el Derecho con situaciones tales como el indulto, la interpretación *pro homine*, etcétera.

Aristóteles también distinguía entre una justicia doméstica, aquella que se podía hallar en la relación con los hijos, la o el cónyuge o con los esclavos, ya que él veía legítima esa última relación, y la política, esto es, la que se encontraba en las relaciones fuera del núcleo familiar y dentro de las polis.<sup>36</sup>

Rawls ha desarrollado más esta distinción y ha señalado que dentro de la justicia política pueden existir tres clases diferentes, dependiendo del tipo de agrupación en la que nos encontremos. Así tenemos en primer lugar una justicia local, que es la que puede haber dentro de un Estado, en las relaciones que hay entre los individuos que lo conforman y sus distintas corporaciones de naturaleza privada, como las asociaciones o sociedades civiles o mercantiles; también la justicia doméstica, misma que define los roles en un Estado entre poder público y sus ciudadanos o, como él lo remarca, es

<sup>35</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1137b.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, 1134b.

la que configura la estructura básica de la sociedad y que constituye el tema central de toda teoría moderna de la justicia y, finalmente, podemos encontrar una justicia global, que es la que podemos utilizar para evaluar al derecho internacional.<sup>37</sup> Como después expondremos, las teorías modernas se centran preponderantemente en la justicia doméstica como una justicia distributiva, descuidando, sin razón, a la local y a la global.

Todavía quedan dos clasificaciones relevantes, sobre todo, para el Derecho, a las que debemos prestarles mayor amplitud, para poder apreciar de mejor manera el problema con la disciplina que cultivamos. Nos referimos a la justicia histórica y la justicia moderna, y a la justicia correctiva y distributiva. Tal es su importancia que nuestra rama del saber no podría comprenderse debidamente si no acudimos a estas dos ramificaciones para analizarlas. Veamos el porqué.

Como se ha visto, la justicia tiene que ver con una forma de relación entre personas, la cual puede calificarse de justa si es debida y de injusta si no lo es. Ahora bien, esa relación y el contenido de justicia material que puede utilizarse, puede ya estar establecido en reglas, lo que se llama justicia legal, o puede no estar establecido en ellas y entonces se llama justicia natural; incluso esta última puede servir para evaluar a la justicia legal. En ese sentido, dentro de la justicia legal, el contenido mismo de las reglas está establecido dentro de un espacio de tiempo y territorio concreto, el cual rige y en donde se pueden dar los distintos tipos de justicia y al que llamamos ámbitos de validez de las normas o de los demás elementos que conforman al Derecho y que puede ser espacial y temporal. Ésta es la respuesta de justicia que se da a los distintos tipos de problemas que se pueden presentar en una sociedad; así, cuando aplicamos ese criterio de justicia podemos decir que utilizamos la *justicia histórica*, es decir, la que ya se encuentra establecida por la sociedad para atender a ese problema social. De hecho, como se ha señalado, la existencia de esta justicia legal histórica hace que los operadores de las reglas no tengan que buscar otras respuestas o acudir a razones para resolver este problema. Se convierte así en una razón formal para las decisiones jurídicas, las más utilizadas por los operadores del Derecho. De hecho, justicia formal, legal e histórica tienden a coincidir en cada caso y es la que resulta susceptible de evaluación por la justicia, a la que llamamos natural o nuestro sentido de justicia.

<sup>37</sup> Véase RAWLS, John, *La Justicia como Equidad, una reformulación*, traducción de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 33-35. Su obra *Teoría de la Justicia* está dedicada a la justicia doméstica, en cambio, la justicia en el derecho internacional la desarrolla en su libro *"The Law of People"*, del año de 1999, con una traducción al español: *El Derecho de Gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

En cambio, cuando la respuesta que se da al problema de justicia no se apoya en esa razón tradicional, sino que la modifica o la sustituye, estamos ante una razón de justicia "moderna", en donde cambia la respuesta dada a ese problema, para convertirse posteriormente en un criterio de justicia histórica, formal y legal. Esa variación puede ser porque se encuentra permitida por las propias normas que contemplan su aplicación diferente; porque se produce un cambio mismo de la regla, o puede no estar contenido en ella y se da, por razones de equidad, como se ha expuesto, la necesidad de una aplicación diferente; se puede dar en contra del propio sistema de reglas por una aplicación no autorizada por ella o por cambios violentos o revolucionarios.

Esta clasificación es relevante al Derecho porque, en primer lugar, gran parte de los elementos que la conforman, a los que Hart ha denominado reglas primarias, tienen que ver con relación a individuos y, por ello, con relaciones de justicia. De ahí que su contenido pueda ser evaluado con base en este término, para apreciar si en ellas se encuentra una razón de tipo histórico o moderno.

Además, las teorías del derecho modernas sólo llegan a la detección y descripción del tipo de elementos y rasgos que existen en un sistema jurídico, es decir, al tipo de norma o de principio, o demás elementos que podemos encontrar en él, pero han evitado el entrar al tema de su contenido, ya que se piensa que el mismo es variable en cada estado y, por lo tanto, resulta imposible su estudio de carácter objetivo; aunque se da por sentado que muchos de estos contenidos son similares entre distintos sistemas normativos nacionales. Tan es así, que el propio Hart llegó a mencionar la existencia de un *contenido mínimo del derecho natural* que se podría encontrar en todo Derecho y que tienden a explicar las ideas constantes y generales que se pueden dar en el individuo, en las sociedades en donde se encuentre y, por ello, la explicación de por qué en la realidad encontremos similitud en los sistemas normativos nacionales, mismas que se basan en las características de la vulnerabilidad humana, el altruismo restringido, los recursos económicos limitados, la fuerza de voluntad no siempre constante de los hombres.<sup>38</sup>

Una aplicación de la teoría de la justicia ayudaría, sin duda, a colmar esta laguna y a ahondar en la similitud de los contenidos de estos sistemas, no con base en las ideas propuestas por Hart, sino en la idea de la justicia histórica que se ha compartido por las grandes tradiciones jurídicas.

Como se ha apuntado, la justicia histórica es la que se ha establecido en un momento y lugar determinado y la que se utiliza para resolver los problemas

<sup>38</sup> HART, *op. cit.*, pp. 239-ss.

que se presentan durante su vigencia. En ciertos ámbitos, como es el Derecho, equivale a la justicia legal. Para conocerla de mejor manera, tenemos que acudir a su origen para apreciar los motivos que se tomaron en cuenta para su establecimiento. En algunas ocasiones, como ironizaba Montaigne, no era conveniente, sino incluso peligroso remontarse a este origen, ya que nos encontraríamos la *fuentecilla insignificante* de donde surgió.

Pero, sin duda, hay que tomarla en cuenta para dar razón y poder explicar muchos de los contenidos y las direcciones que podemos encontrar en los distintos sistemas jurídicos. Como lo apunta Hart, la idea de que todos los seres humanos deben ser tratados con igualdad y que cuando surgen criterios para no aplicarlo, con base en factores como el color de la piel, la raza, el sexo, la orientación sexual, la religión, etc., choca con nuestra idea (intuición o sentimiento) de justicia, es algo que solo podemos encontrar si nos adentramos a la historia misma de la justicia. Lo mismo sucede cuando penetramos en el sentido de los distintos tópicos jurídicos que a lo largo de la civilización hemos ido perfilando, dando preferencia a unos en detrimento de otros. Como por ejemplo, “nadie puede ser juez de su propia causa”, “hay que restituir lo que se ha adquirido sin causa”, “en la duda hay que partir por partes iguales”, “hay que escuchar a la parte contraria”, “in dubio pro reo”, “in dubio pro libertate”; o “no se puede aplicar una ley de manera retroactiva”, son máximas que se han ido afianzando a lo largo de la historia y forman un núcleo de ideas que identificamos como de justicia, mismas que se han creado y cimentado en tradición misma de nuestra cultura. En ese sentido, cobra relevancia lo expuesto por Radbruch de que un adecuado conocimiento de lo jurídico no consistía en explicar este fenómeno, sino más bien, comprenderlo, y la historia nos ayuda sin duda a ello.

Así, debemos señalar que tenemos que acudir a este tipo de justicia para comprender cuál ha sido el sendero que ha tomado en su formación y lo que ha llevado a la configuración misma de la idea de lo jurídico. De ahí que podamos partir de las normas confiadas a la voluntad de los dioses y reservado su conocimiento a una categoría especial de personas, como los sacerdotes, se hayamos pasado a la necesidad de que las leyes fueran escritas y que además se hicieran públicas a sus destinatarios, como sucedió ya con los romanos y su ley de doce tablas (451-50 a.C). Posteriormente se dio la lucha del establecimiento de leyes superiores donde no se podrían modificar por el legislador ordinario y con ello la existencia de derechos propios de ciertas clases de individuos que el poder político tenía que respetar y defender (1215). Más tarde, con el establecimiento del principio de las mismas leyes

para todos los individuos, con la división de poderes en el Estado, separando los órganos de creación y de aplicación del derecho, con la universalización de los derechos del hombre (1776-1789), que en un principio se dio a nivel nacional, pero que ahora contemplamos a nivel internacional (a partir del año de 1945).

Asimismo la idea misma de las leyes o normas ha sufrido una evolución con base en ideas mismas de justicia. De la generalidad de las normas se llega al aspecto de justicia formal que ya hemos señalado, lo que se apoya también en el aspecto de su abstracción. Lo mismo sucede cuando se piensa en la necesidad de que se hagan públicas a sus destinatarios para que puedan ser válidas y por ello ser cumplidas, es decir, que es indispensable su promulgación; también por lo que se refiere a que en términos generales, sólo producen efectos hacia el futuro y, por ello, no pueden ser retroactivas. De igual manera, su redacción debe ser clara para una persona común, tendiendo hacia la coherencia dentro de todo el sistema normativo al que pertenece y por ello debe evitar las contradicciones. La materia de su regulación debe ser posible para los sujetos obligados, así como deben aspirar a su permanencia de tal manera que permita la seguridad en sus destinatarios, para planear sus planes de vida con base en lo que consideran valioso y saber, de antemano el que no serán molestados por el Poder Público. Esto es, como lo descubre Lon Fuller, la evolución del concepto mismo de leyes ha llevado a dar una cierta moralidad formal interna al mismo Derecho, de tal forma que el concepto moderno de norma jurídica ya no es posible distinguirlo si no se cuenta con estas características.<sup>39</sup>

Resulta evidente que esta rápida revisión de los temas de justicia que han transformado al Derecho mismo, ameritaría una reflexión más detenida, pero nos basta ahora para entender cómo se ha ido modificando a lo largo de la historia nuestra idea de la justicia y, con ello, la del Derecho mismo. Ahora bien, qué es lo que ha operado estas transformaciones a lo largo de la historia, la respuesta de ello puede basarse en consideraciones de lo que en cada momento y lugar se ha considerado como justo.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Estas ocho características de lo que se ha denominado *la moralidad interna del Derecho* pueden verse en un mayor desarrollo en FULLER, Lon, F., *La Moral del Derecho* traducción Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 56-ss. Pero como nos lo recuerda Hart, el cumplimiento de ellas en nada garantizan que el contenido de las mismas normas sea justo o moral, ya que regímenes despóticos o totalitarios pueden respetarlas y no por ello se convertirían en modelos de moralidad.

<sup>40</sup> Lo anterior no nos debe conducir al error de que esta búsqueda de la justicia se ha llevado de una manera lineal, uniforme y sin contradicciones, ya que como nos lo ha mostrado Grossi, más bien la historia jurídica ha sido el resultado del enfrentamiento de ideas de justicia distintas e incluso opuestas que han existido en Occidente, por lo menos en los tres grandes períodos que él estudia, como la Edad

Lo anterior es obra de las ideas de justicia *moderna* que en cada época se ha tenido y que han propiciado el cambio de una solución a otra y que constituyen los motivos y razones que nos hacen modificar nuestros criterios establecidos en cada etapa de nuestra historia y que constituye el elemento dinámico en el Derecho. Esta es la idea de la estrella polar que dibujaba Stammler como misión principalísima de la noción de justicia; la de ser el motor de cambio de todas las transformaciones que ocurren en el Derecho y sin la cual, no lo podríamos entender correctamente.

Por último, tenemos la división más importante para el Derecho y que ha dado pie a la distinción tan difundida en los abogados entre el Derecho Público y el Privado, que surgió desde el propio derecho romano. Nos referimos a la justicia política que puede encontrarse en toda ciudad entre los individuos que la conforman y que depende de si estos se encuentran en mismo plano de igualdad o no. Para Aristóteles la primera desempeña una tarea correctiva en las relaciones entre las personas.<sup>41</sup> En cambio, la segunda, implica resolver los problemas de distribución de los derechos y bienes en la sociedad y, por ello, es la que se produce entre el poder público y los ciudadanos. Enseguida nos ocuparemos de estas dos acepciones.

Sin embargo, antes de entrar en esto, no hay que perder de vista que esta clasificación no es tajante y pueden existir de manera conjunta. De hecho, en grandes áreas del sistema jurídico se perciben una como antecedente de la otra o, incluso, se presentan de manera coexistente. Por ejemplo, en el tema de los seguros, o en ramas del derecho civil que pese a desarrollarse con base en ideas de justicia correctiva, se encuentran también elementos de justicia distributiva, como es el caso del derecho procesal, o la responsabilidad objetiva por el riesgo creado, o la regulación moderna del derecho de propiedad.<sup>42</sup>

Por otro lado, con un análisis cuidadoso de los sistemas normativos modernos podemos apreciar que esta clasificación, pese a su notoria vigencia, ha sido superada en la práctica con distintas clases o tipos de *justicias* que no obedecen específicamente al esquema compensatorio o de distribución que originalmente se establecieron, como podremos comentar más adelante.

Media, Moderna y Posmoderna. Véase Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho*, traducción Luigi Giuliani, Barcelona, Crítica, 2007.

<sup>41</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1132a.

<sup>42</sup> Sobre esta tercera posibilidad véase FINNIS, *op. cit.*, 206-ss.

#### 4. JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Como se ha indicado, esta clase de justicia es la que puede hallarse entre personas que no se encuentran en un mismo nivel y por ello es la que puede predicarse, aunque no necesaria ni exclusivamente, entre la que se da entre una autoridad y los individuos sujetos a su potestad, por lo que, asimismo, es la que también se da entre el poder político y los habitantes y ciudadanos dentro de los Estados; de ahí que no sólo sea jurídica, sino, ante todo, política y por ello que podamos explicar el motivo del por qué es la que más desarrollo teórico y debate ha suscitado en nuestros días y que ha producido a las se pueden identificar como *las modernas teorías de la justicia* que, desde 1971 hasta estos días, se están desarrollando y que concentran casi todos los objetivos de la discusión científica.

Si bien, como lo apunta Finnis, en principio involucra dos tipos de distribuciones como lo son, en primer lugar, la que acontece en la repartición de un objeto que le es común a los destinatarios, como sería, por ejemplo los bienes de uso común o los que se consideran como públicos en general, también incluye la forma en que los miembros de una comunidad han de participar en la consecución y el reparto de los productos de una empresa común, como sería el combate a una epidemia o una crisis colectiva. Dentro de esta última, asimismo, incluiría la formación y organización del propio poder estatal.<sup>43</sup>

Rawls ha especificado y profundizado aún más las tareas que le corresponden a esta categoría, ya que ha puntualizado que debe de determinar de una manera general los términos de la cooperación de los individuos dentro de los Estados, lo que definiría y establecería los derechos y deberes básicos que deben asignar las instituciones políticas y sociales a esos mismos individuos; también le corresponde regular la división de los beneficios que surgen de esta cooperación social y distribuir las cargas necesarias para sostenerla. Es decir, esta justicia es la más importante para nosotros y para los Estados modernos, ya que resolvería el problema fundamental de la teoría política, al no sólo justificar la existencia de los regímenes como lo son los democráticos, sino que atendería a la cuestión fundamental sobre cuál es la concepción política de la justicia que resuelve de mejor manera los términos *equitativos* de la cooperación entre los ciudadanos que son libres e iguales dentro de un Estado.<sup>44</sup> Esto es, justifica, por un lado, el poder político, así como señala el

<sup>43</sup> FINNIS, *op. cit.*, pp. 196-ss.

<sup>44</sup> RAWLS, John, *La justicia como equidad, una reformulación*, traducción de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 30-31.

cuadro básico de las instituciones estatales y define, así como da sustento racional, a los derechos fundamentales de que debemos gozar.

Ya desde los tiempos de Aristóteles el contenido de esta justicia no era el mismo para todos y por lo tanto se tenía que repartir entre los distintos grupos de individuos dependiendo de su participación en la sociedad, de ahí que tuviera una proporcionalidad de tipo *geométrico*; además, dependía del régimen político en donde se aplicara, ya que el criterio del mérito propio de cada clase variaba si nos encontrábamos ante un régimen democrático, en donde el bien mayor a repartir era la libertad; o en una oligarquía donde lo que se distribuía eran las riquezas; o el repartimiento de las virtudes en una aristocracia.<sup>45</sup>

Cabe señalar que el afán por encontrar una característica “matemática” a los distintos tipos de esta virtud, obedece, según Russell, no sólo a ser fieles a esa intuición histórica ya presente desde sus orígenes, de dar a cada quien lo que le corresponde, lo que se conservó en la Academia de Platón, sino, sobre todo, con la necesidad de encontrar siempre relaciones numéricas a todas las cosas, como un resabio de la filosofía pitagórica y del legado de Heráclito. En todo caso, es de llamar la atención que en el inicio en la discusión de esta categoría, nunca se consideró como una única ni exclusiva forma correcta de distribución de los bienes colectivos y aplicables para todos los regímenes políticos, algo que después fue rescatado por Radbruch, como ya hemos expuesto.

Sin embargo, el debate histórico posterior, enfatizó la idea por encontrar una respuesta única y definitiva a esta interrogante, lo que finalmente lo llevó a considerar como irresoluble, ante la imposibilidad de dar una adecuada *racionalidad* al tema de los valores, como lo pensaron Weber y Sartre.<sup>46</sup> De ahí que, como lo apuntara Perelman, la respuesta que se da en todos los casos se antoja *arbitraria*, ante la situación de decidirse entre cualquiera de las opciones que se han dado para resolverlo, como el dar a cada quien lo mismo, o de acuerdo a sus necesidades, o con base en sus méritos, o las obras que hayan realizado, o lo previsto por la ley, etc., en donde básicamente se trata de resolver, en última instancia los problemas políticos más agudos cuando se enfrentan los valores de la libertad y la igualdad.

Lo mismo sucede con las respuestas unitarias modernas que se han producido en el debate actual, como la propuesta de Hart de reducir la idea de la justicia a la igual consideración y respeto hacia todas las personas, o los

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1131a.

<sup>46</sup> Véase FINNIS, *op. cit.*, p. 204.

dos principios de justicia de Rawls, tratando de mediar entre la libertad y la igualdad, o la Dworkin o, en su caso, la de Sandel, etc., pero trataremos este punto más adelante.

En este sentido, el debate se da en la teoría sobre la mejor concepción política que pueda resolver el problema de distribución de los bienes sociales, dividiéndose entre los valores de la libertad o la igualdad, básicamente. De ahí que a lo largo de ese debate se propugnara entre el comunismo, socialismo, liberalismo, libertarismo, utilitarismo, la utilidad pública, el comunitarismo, la posición deontológica y, recientemente, el constructivismo ético, en donde al final se trata de encontrar la respuesta única y universal idónea que pueda resolver todos los problemas de distribución de los bienes sociales en los Estados. En ese sentido, como lo ha apuntado Michael Sandel, el problema actual de la justicia distributiva es atender cuál de estas distintas posturas puede resolver de mejor manera la naturaleza de esta institución y, por ello, cualquier estudio sobre lo que es la justicia debe entrar a analizar cada una de estas posturas para ver si responden de una manera satisfactoria, al problema que representa esta clase de justicia, de entre las cuales se deberá escoger a la que ofrezca la mejor respuesta, esto es, la correcta.<sup>47</sup> Nosotros no podemos detenernos en analizar todas ellas, ya que escapa de los propósitos de esta investigación, pero sin duda debemos tenerlas presentes que para atender adecuadamente a los distintos problemas que se nos presentan en esta clase de justicia, en ese sentido, debemos tener claras y definidas este tipo de posturas y tomarlas en cuenta al momento de intentar resolver los problemas de justicia distributiva, debido a que nos conectan con el debate actual y principal que se tiene en las distintas teorías económicas, sociales y políticas. Ante ello, sólo daremos lo que consideramos las ideas esenciales de las principales de ellas y que son motivo de un debate actual, pero sin duda habría que ampliar este estudio hacia todas estas posturas para tener un panorama más amplio en este debate. Por otro lado, frente a las usualmente tratadas, introduciremos la vertiente del legalismo, que no es recogida por autores políticos y económicos pero que para el Derecho es muy importante por los autores que la han defendido de manera expresa o tácita. Empecemos entonces con este somero análisis:<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Esto lo pretende realizar en su ya clásica obra *Justice* del año del 2009. Existe una traducción al español, con el nombre de *Justicia. Hacemos lo que debemos?*, a cargo de Juan Pedro Campos Gómez, Random House Mondadori, Barcelona, 2011. Este libro recoge básicamente el curso que imparte en la Universidad de Harvard, lo que se puede complementar con el material de lectura preparado por este autor, que se puede encontrar con el título *Justice. A reader*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

<sup>48</sup> Para el análisis que se realiza a continuación nos basaremos, entre otros, en la obra de Sandel ya citada, así como la de BIRD, Otto, *The idea of Justice*, F. A. Praeger, 1967.

- a) El Legalismo. Sin duda una de las más antiguas concepciones de la justicia distributiva, ya que estaba presente desde los antiguos griegos y la vemos ya reflejada en la *República* de Platón, en la posición de Trasímaco<sup>49</sup> y posteriormente la vemos renacer en el pensamiento de Hobbes, como lo expusimos. En el siglo XX, la encontramos reflejada en autores como Alf Ross o Chaim Perelmann, por lo que nos remitiríamos a las obras citadas para desarrollar esta posición. En síntesis, señala que resulta justo y, por lo mismo, hay que distribuir los bienes y derechos que la ley positiva establece y, por ello, el contenido de la misma dependerá de quienes detentan la facultad de crearlas. Justicia y Derecho son dependientes entre sí, de tal forma que la primera sólo existirá en la medida en que lo señale la segunda y la extensión y alcances de la misma dependerá sólo de la ley. De esto se desprende, además, que el actuar de acuerdo con la justicia consiste en realizar lo previsto en las propias normas, no pudiendo ir más allá y, por ello, la obediencia a la ley se convierte en un acto justo.

Sin duda, esta vertiente tiene la ventaja de eliminar cualquier controversia sobre los posibles contenidos de las normas y, por ello, evita posturas contrarias al respeto de la ley, pero no nos puede dar razones o los motivos de orden moral, económico, político o social que se tuvieron en cuenta para crear, modificar o suprimir la misma ley y, con ello, los contenidos sociales de justicia. Tampoco establece criterios de orientación hacia dónde debe encaminarse el legislador en sus funciones, por lo que en realidad, dado su carácter formal, no nos ayuda actualmente sobre cómo debe comportarse el Derecho ante los problemas más importantes que se le presentan. Por lo que no nos podemos conformar actualmente con este tipo de respuestas, que en realidad no proporcionan ninguna sobre la manera como deben distribuirse los bienes sociales y, como lo apuntara Radbruch, deja inerme a los juristas cuando se trata de evaluar las normas en aras a su cumplimiento o justificación.

- b) El comunitarismo. Es una posición filosófica que surgió en el siglo XX, pero que se alimenta del pensamiento antiguo occidental, en donde se trata de dar una posición privilegiada a la sociedad en donde interactúan los individuos y por ello, trata de ser un freno a las con-

<sup>49</sup> PLATÓN, *República*, 338c.

cepciones liberales o libertarias de la justicia. Entre sus representantes más famosos estarían Alasdair MacIntyre<sup>50</sup> o Michael Sandel.<sup>51</sup>

El fundamento adecuado para la regulación social, no debe depender de las posiciones individuales de quienes integran un Estado o de la acción de sus decisiones individuales. Por el contrario, para dar una debida respuesta a los derechos y obligaciones fundamentales con que debemos contar, necesitamos apreciar la historia común que compartimos todos los integrantes de esa comunidad, así como la solidaridad que debe existir entre las personas que la conforman, junto con la lealtad, las ideas o la fe religiosa que se han establecido en la propia comunidad y que forman e identifican al propio individuo, no como un ser aislado, sino vinculado a esa misma sociedad; por lo que además de deberes morales y jurídicos que se nos imponen de carácter universal y que no requieren de nuestro consentimiento y que resultan necesarios para la vida social, sin la cual no serían viables, están los deberes que asumimos de manera voluntaria en la propia sociedad y que postula el liberalismo como los únicos válidos. A ellos se deben agregar los deberes de solidaridad, cuya existencia, como los primeros señalados, tampoco requiere de nuestro consentimiento y que son indispensables para conservar el vínculo social, ya que finalmente los individuos han sido formados y se han beneficiado de la propia comunidad en la que viven. Bajo esta perspectiva, la sociedad no debe buscar el beneficio de los individuos de manera aislada, sino de forma conjunta con el grupo al que pertenece, ya que se participa con él una sola historia concreta y un mismo destino.

- c) El utilitarismo. Esta visión intentó ser una opción teórica para dar sustento a la objetividad y por ello a la racionalidad de las decisiones sociales, al pretender dar una posibilidad de medición y comprobación objetiva a las preferencias de los grupos humanos. De hecho, es una concepción fuerte, aceptada y muy extendida en los países anglosajones y de varias posturas económicas actuales y reconocidas. Podríamos decir que tiene dos etapas. La clásica propuesta tanto por Jeremy

<sup>50</sup> Sobre todo en su libro *After Virtue*, existe traducción al español: *Tras la virtud*, a cargo de Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona 1987.

<sup>51</sup> Véase la obra ya citada de él y que constituye la base de su curso, sobre todo en sus pp. 250-ss.

Bentham,<sup>52</sup> como de John Mill, o en su versión revisada de John Stuart Mill.<sup>53</sup>

En términos generales, se puede decir que el objetivo de esta propuesta teórica es lograr la mayor felicidad de la persona o de la sociedad, entendiendo a la felicidad como procurar el placer y evitar el sufrimiento, por ello, se debe maximizar esta felicidad, de ahí que las decisiones personales y sociales deben enfocarse a lograr esta maximización y, para ello, se basa en el llamado *principio de utilidad*, en donde en el caso de las comunidades todos votan y cuenta su voto en el mismo pie de igualdad al de sus semejantes, en donde todas las preferencias y valores se toman en consideración, procurando alcanzar la mayor felicidad del mayor número de personas, evidentemente la asignación de los bienes o derechos sociales se hace en función del resultado de aplicar este principio. Pese a apreciarse que tiene una base universal, al tomar en cuenta a todos los miembros a los que se dirige el objetivo social, en realidad la puesta en práctica de este principio y en aras de lograr el interés de las mayorías se desconocen en realidad los derechos que le deben corresponder a cada individuo y, además, no toma en cuenta que ni todos los valores e ideales sociales deban debatirse y los coloca en un mismo plano de igualdad, lo que corre el riesgo de que desaparezcan, si se someten al debate de esas mayorías.

Por ello, Stuart Mill trató de superar estas deficiencias y, si bien conservó la idea de que la bondad y, por ello, la justicia de las decisiones es un hecho social, que consiste en promover el bien o el interés público, en donde el legislador debe poner su atención al momento de elaborar sus normas, existe una esfera de libertad que le debe corresponder a cada persona y donde el Estado no puede intervenir, siendo los propios individuos con base en su propio criterio los que deben decidir lo que es mejor para ellos y no así esas mayorías. Por otro lado, señala que deben existir placeres y por ello preferencias que son superiores a otros y que han sido reconocidos por quienes lo han experimentado y por ello deben preservarse con base en ese mismo interés público.

d) El neocontractualismo. Representado por la figura de John Rawls, quien trató de rescatar las teorías del derecho natural y del contrato social, en aras de poder superar las posiciones utilitarias predominantes

<sup>52</sup> Sobre todo en: "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation" en *The collected Works of Jeremy Bentham*, editados por J.H. Burns y H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996.

<sup>53</sup> En su libro *Utilitarianism*, en donde existe una traducción al español en sus partes relevantes: *El Utilitarismo*, de Esperanza Guisán, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

en los Estados Unidos y que como hemos comentado, no reconocen la existencia de los derechos fundamentales.<sup>54</sup>

En síntesis, esta concepción busca obtener los principios de justicia dentro de una comunidad, que determinen los derechos y deberes que se deben asignar a los miembros que la componen, a través de la idea de un *acuerdo equitativo*, por supuesto hipotético y meramente teórico, en donde los individuos que intervienen en él son libres e iguales y están, además, debidamente informados, son racionales y están dispuestos a establecer, para procurarse un modelo óptimo de gobierno, esos principios de justicia. Los mismos no son descubiertos, ni son preexistentes, ni forman parte de una teoría objetiva moral o religión existente, sino son creados por los propios individuos con base en ese acuerdo ideal, no de acuerdo con sus sentimientos como dijera Hume, sino según diversos componentes.

En efecto, este acuerdo se logra a través de varios requisitos, como son: el que los individuos que participan estén ubicados en una misma posición original, en donde desconocen el papel que desempeñarán en la sociedad y que para llevar a cabo su participación en el acuerdo, han realizado lo que se identifica como un equilibrio reflexivo, en donde han llegado a establecer sus ideas de justicia no sólo de manera concordante con sus intuiciones morales, sino sobre sus ideas racionales y que, además, se ve acompañado de un consenso entrecruzado, es decir, en donde sus concepciones sobre la justicia se ven sustentadas por doctrinas religiosas, políticas, morales y filosóficas, también racionales.

De tal manera que aplicado todo ello al acuerdo que se tuviera entre los individuos, se llegaría precisamente al resultado de dos principios de justicia, el primero, y más importante, nos llevaría a establecer un derecho a todo individuo, a un sistema amplio de libertades básicas, compatibles con un esquema similar de libertades para las demás personas. El segundo principio es el reconocimiento de la existencia de desigualdades sociales y económicas, pero su existencia tiene que cumplir con dos condiciones, la primera, que los cargos y posiciones sociales deben estar abiertos a todos, en condiciones de igualdad de oportunidades, así como el principio que llama de "diferencia", es decir, que estas desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la propia comunidad.

<sup>54</sup> La Teoría del Profesor Rawls se encuentran sobre todo en su famosa obra: *A theory of Justice*, tanto en su versión original de 1971, como en su versión revisada de 1999, publicada esta última por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, así como en la obra ya citada que constituye la revisión final de su teoría: *La justicia como equidad*.

- e) La deontológica. Esta postura es contraria al utilitarismo, en donde, como se ha apuntado, el valor y, por ello, la forma de decidir los problemas de asignación de los bienes sociales se apoya en el conjunto de la mayoría de las personas que optan por ella. Aquí, en cambio, la medida de valor es el propio individuo y la dignidad moral que le debe corresponder. De hecho, es la posición teórica que ha dado sustento a las concepciones modernas de los derechos fundamentales, así como está detrás de algunos textos constitucionales de los estados contemporáneos y está representada por la filosofía práctica de Immanuel Kant.<sup>55</sup>

Basado en la idea de que somos personas racionales, que podemos alcanzar nuestra capacidad para ser libres, somos por ello, dignos de respeto y debemos ser tratados, todos por igual, como fines en sí mismos, ya que por medio de nuestra propia libertad, intentamos llegar a establecer de manera autónoma las leyes que nos deben gobernar, por lo que no es permisible el que se nos pueda sacrificar, en aras de lograr objetivos sociales o la felicidad de otros individuos, a pesar de que se encuentren en mejor o peor condición que nosotros. De ahí que debemos siempre de tratar a los demás también como fines en sí mismos y no como medios para alcanzar otro tipo de situaciones no reconocidas por el propio individuo. De hecho, el ejercicio de esta auténtica libertad ética, nos hará conducirnos de manera correcta, con base en la auténtica ley moral, es decir, obrar siempre conforme a nuestro deber, junto con los fines morales que debemos buscar y no así, buscando las consecuencias de los actos, ni nuestro placer o conveniencia. Por ello, un adecuado sistema de justicia debe reconocer los derechos mínimos de estos individuos para ejercer su criterio moral, de tal forma que les permita conducirse como les corresponde, con base en el valor individual que encierran. Aunque similar a la postura que veremos a continuación, en cuanto hace resaltar la importancia de las personas de manera aisladas, éstas, en realidad, sólo son libres si cumplen el papel que les incumbe en la sociedad, es decir, si ejercitan correctamente su capacidad de ser auténticamente libres.

- f) Liberalismo. En esta postura el individuo es el valor principal que se toma en cuenta de manera preponderante para el reparto de los bienes sociales. Sería imposible pretender reducir esta concepción a unas cuantas ideas, ya que es una vertiente económica, política y filosófica

<sup>55</sup> Básicamente en sus obras, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y la *Crítica de la Razón Práctica*, que existen varias traducciones al español.

que ha tenido un amplio desarrollo por más de dos siglos, pero entre sus más claros exponentes contemporáneos podríamos apuntar a Milton Friedman<sup>56</sup> y Friederich A. Hayek.<sup>57</sup>

Desvinculado de la sociedad en la que se encuentra, porque se le considera, al individuo, como un ser autosuficiente, capaz de guiarse por sí mismo, sin la asistencia de otros y además sin que sea necesario que su actuación se base en un deber o tenga determinadas características, puede perseguir cualquiera y por ello es capaz de lograr por sus propios medios los fines que se fija a sí mismo, de ahí que sea necesario el establecimiento de una serie de derechos extensos de libertad mínimos indispensables para alcanzarla y el resultado de su actividad y los productos que de ella obtiene sólo a él le pertenecen. En ese sentido, se debe suministrarle la mayor libertad social que sea posible. Como elemento singular, la persona no le debe nada a la comunidad y, por el contrario, el poder público no debe interferir en la realización de esas acciones que sólo podrá restringir cuando se cause un daño real o un peligro inminente para las demás personas. También la actuación del propio poder público se debe reducir en una mayor medida. Si bien reconoce el contenido de la igualdad, es preponderantemente en su aspecto formal, es decir, que el Estado trate a todos de la misma manera en las leyes que emita. El Derecho es indispensable no como guía de las acciones de las personas sino como medio de seguridad que permite planear su vida, al permitirle conocer las acciones que serán sancionadas o no, por lo que el establecimiento y adecuado funcionamiento de un Estado de derecho se considera indispensable para que se respete y subsista el sistema de libertades establecidos.

Si se observa con atención, los sistemas jurídicos occidentales, incluyendo el nuestro, tienen como premisa para su desarrollo este tipo de concepciones liberales, que luego se ven matizadas o restringidas en algunos aspectos, pero en lo general, son estas ideas en las que descansan para el desarrollo de sus distintos elementos de justicia.

En su vertiente radical, el libertarismo, representado sobre todo por el filósofo norteamericano Robert Nozick,<sup>58</sup> agudiza estas características con la oposición de toda medida paternalista o proteccionista en la legislación; su impedimento a tocar temas morales o que se pretenda establecer una con-

<sup>56</sup> Sobre todo en su obra clásica *Libertad de elegir* en coautoría con Rose Friedman (traducción de Carlos Rocha Pujol) Barcelona, Orbis, 1983.

<sup>57</sup> De este autor, sobre todo en: *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University Chicago Press, 1960.

<sup>58</sup> Para ver más ampliamente estas ideas puede verse: NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de Rolando Tamayo Salmerán, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

cepción determinada de virtud a las personas; sobre todo, su negativa a que los impuestos tengan un uso distributivo de la renta y que el Estado deba reducirse a lo mínimo posible, es decir, debe pasar a ser el “Estado Mínimo”.

g) En contraste con estas fuertes concepciones políticas se encuentran las visiones socialistas o comunistas, que rechazan la revalorización del valor de la libertad y, por el contrario, enfatizan la preponderancia de la igualdad material de los individuos que conforman un Estado, lo que lleva en algunos casos, a la supresión de esta libertad y al control por parte del poder público, no sólo de los aspectos económicos, sociales o culturales, sino de la formación y desarrollo del mismo individuo y la comunidad en la que se encuentra, lo que también implica una planeación de la actividad económica, revalorizando el papel del hombre, pero como sujeto que produce riqueza social, el trabajador. También el papel del Estado se incrementa en las vertientes socialistas como el único instrumento capaz de cumplir con las transformaciones de las personas y de distribución de los bienes sociales.

Como puede apreciarse de esta rápida y somera revisión de las principales respuestas que se han planteado históricamente al problema que representa la justicia distributiva, todas ellas pretenden el monopolio de la verdad o de la corrección sobre la forma en que deben dividirse los bienes comunes o repartirse los derechos y cargas sociales, respuestas que pretenden dar solución a todos los problemas secundarios que se desprenden del tema y ser, además, consistentes con su propia teoría de carácter universalista, es decir, aplicable a toda clase de sociedades en cualquier momento en el que se encuentre, con exclusión de cualquier otra clase de solución a la que consideren antagónica e incompatible con lo que se considera como la solución correcta al problema. Ante ello, habría que plantearse, como lo haremos al final de las presentes notas, si es éste el método adecuado para atender los problemas que atañen a esta clase de justicia. Los partidarios de la irracionalidad de la justicia podrán seguir pensando que este debate, actualmente presente, sigue confirmando la validez de su postura, en el sentido de que en realidad no existe una forma correcta o satisfactoria de resolver esta encrucijada si es que en realidad existe, ya que ante el cúmulo de soluciones sólo se desprende la propia incapacidad de la teoría para atender este problema y encontrar una solución. Sin embargo, antes de continuar con este tema, deberemos señalar unas cuantas ideas, sobre el tema de la justicia privada, que también hay que tomar en cuenta cuando se habla de la justicia.

## 5. JUSTICIA CORRECTIVA

También llamada compensatoria, es la que se da, como ya lo apuntaba Aristóteles, en las relaciones de individuos que están colocados en un mismo plano o nivel y que procura establecer la igualdad en los contratos o remediar las afectaciones que pueden surgir entre los individuos. A diferencia de la proporcionalidad geométrica que se halla supuestamente en la justicia distributiva, aquí la proporción es *aritmética*, entendida como una completa igualdad, lo que tiene una parte debe corresponder exactamente a la que tiene la otra, de lo contrario, la acción de justicia debe reestablecer ese equilibrio numérico perdido, lo que responde a nuestra intuición natural de lo que entendemos como justicia. Finnis considera que la misma se aplica a aquellas relaciones entre el poder público y los individuos que no pueden ser asimiladas a una justicia distributiva.<sup>59</sup> Como también nos lo enseña este autor, en un origen, el término empleado por el Estagirita fue “*diorthortikon*”, que estaba vinculado a los acuerdos *Synallagmata* en un sentido amplio, en donde también quedaban comprendidas relaciones no voluntarias y, por lo tanto, de reparaciones de daños causados y no necesariamente derivados de un acuerdo entre las partes, incluso cuestiones que hoy llamaríamos de derecho penal. Pero fue una indebida interpretación del Doctor Angélico el que hizo que ese término cambiara por *conmutativa*, como también se le conoce en la actualidad y que es aplicable a cualquier intercambio humano, no sólo individual sino colectivo.<sup>60</sup>

Como lo señaló Aristóteles, esta justicia comprende tanto los actos voluntarios, como los actos jurídicos, declaraciones de voluntad, y las relaciones que surgen de manera no voluntaria o accidental.<sup>61</sup> Fueron los romanos los que especializaron este tipo de justicia y es clásica su distinción de las obligaciones que surgían de los delitos y los contratos, pero también abarcaba a los cuasidelitos, que involucraban la responsabilidad civil y los cuasicontratos.<sup>62</sup> Como se aprecia esta clasificación, tiene claramente su origen en la distinción filosófica que se puede dar a este tipo de equidad. En ese tenor, y a pesar de lo señalado por el Filósofo, no deberíamos seguir comprendiendo dentro de esta categoría a ramas tan distintas como son los actos sujetos al

<sup>59</sup> FINNIS, *op. cit.*, p. 206.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 207.

<sup>61</sup> Aristóteles, *op. cit.*, 1131b.

<sup>62</sup> Sin embargo, Jorge Adame, siguiendo a Álvaro d'Ors señala que en realidad el derecho romano clásico distinguía cuatro fuentes de las obligaciones, que nosotros podemos decir que derivan de esta clase de justicia, como son los delitos, los préstamos, las estipulaciones y los contratos. Véase: *Curso de derecho romano clásico*, México, Porrúa, 2014, p. 165.

derecho civil, como aquellas conductas que son consideradas como delitos dentro de los Estados, ya que en estos tiempos, las razones que influyen en las regulaciones de estas clases se inspiran en ideas distintas que ahora no podemos ya armonizar con esta categoría de justicia y que se asemejan más a la justicia distributiva, si es que se puede reducir a esa última.

A diferencia de lo que sucede con la justicia distributiva, al comprender en términos generales relaciones privadas, no ha sido desarrollada o ampliada por la teoría moderna y por eso ha quedado rezagada y divorciada entre su formulación teórica y filosófica con el desarrollo práctico que se ha dado en el Derecho, tarea que había que emprender en el futuro, ya que no bastan sus formulaciones teóricas históricas para comprenderla a cabalidad.

En efecto, como hemos indicado, la idea de igualdad que encontramos aquí, según Aristóteles, es del tipo matemático y por ello se procura que cada una de las partes involucradas en esa relación reciba lo mismo, o lo igual, en términos económicos. Esto se aplica, por ejemplo, a nuestra idea moderna de los daños, tal como se dispone, por ejemplo, en el Artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde la parte incumplida en una obligación debe restituir la pérdida o el menoscabo sufrido por la otra parte, estableciendo así la igualdad numérica que preconizaba Aristóteles, debido a que si el daño producido es evaluable en 10, entonces el deber de reparar debe también ser de ese mismo valor. Pero esto ya no es necesariamente así cuando hablamos de los perjuicios, según reza el Artículo 2109, en donde ahora se puede reclamar cualquier ganancia lícita que se pudiera haber obtenido de haber cumplido con la obligación, o de no haberse producido el acto ilícito, en donde no aparece más la proporción señalada por el Filósofo, porque esos perjuicios no se daban antes del hecho generador, ni necesariamente estuvieron en poder o fueron percibidos por el incumplido, aunque sí persiste la idea de reestablecer una idea de igualdad o de reparar un daño efectivamente causado, aunque no haya recibido eso mismo el responsable de ese daño.

De esta forma, para analizar este tipo particular de justicia debemos adentrarnos en la forma en que se regulan las obligaciones entre particulares, para desprender cómo se ha establecido de manera contemporánea este tipo de justicia, en donde ya no se sigue de ello las ideas con las que surgió.

Prueba de ello es el tema de los contratos, la igualdad de las contraprestaciones y el tema del llamado "precio justo", o el de los intereses ordinarios en los contratos de crédito, temas debatidos por la filosofía jurídica. Si fuéramos consistentes con la idea de esta justicia, tendríamos que pensar que es un elemento de validez de los contratos el que existiera efectiva igualdad entre

las partes en el objeto indirecto de las obligaciones, pero esto, si bien por algún tiempo sucedió,<sup>63</sup> ya no es así, porque se descansa en una concepción liberal en el tema contractual y por ello, la justicia no surge ya desde el objeto material del acuerdo, sino en la idea de la voluntad de asumir esa obligación, de las fuerzas de la empatía o desagrado, como lo señalaba Adam Smith; lo que conduce a la autoregulación del mercado o la llamada ley de la oferta y la demanda, sin necesidad de referirse al objeto mismo del acuerdo, salvo excepciones previstas en las leyes, como es el caso de la lesión como causa de nulidad de las obligaciones, o la teoría de la imprevisión, para modificar las mismas obligaciones o el interés público para limitar el precio de determinados productos ante situaciones de emergencia, temas de los que no nos ocuparemos por razones de espacio.

En ese sentido, una teoría moderna de la justicia debería nuevamente adentrarse al problema de los contratos, las obligaciones y declaraciones de la voluntad para así darnos una visión actualizada y moderna de cómo debe operar en la realidad, así como la evaluación de las regulaciones positivas actuales, tomando en cuenta los resultados que han producido tanto la dogmática civil como mercantil, tarea que sin duda ha descuidado la ciencia jurídica.

## 6. LA NECESIDAD DE ENCONTRAR UNA SOLA RESPUESTA A LOS DISTINTOS PROBLEMAS DE JUSTICIA

Como hemos intentado demostrar en los números anteriores, los problemas de justicia, en cualquiera de sus dos dimensiones, se han intentado resolver de manera histórica con base en respuestas únicas y generales, con pretensión de universalidad y ello resulta lógico. Ya los estoicos habían resaltado la necesidad de encontrar respuestas simples a problemas complejos, también es una actitud normal por parte nuestra, al enfrentarnos a las situaciones complicadas que nos atañen como problemas sociales o económicos, el suministrarle causas y respuestas únicas y sencillas que pretendan abarcar las situaciones más diversas posibles. Frente a ello, habría que interrogarse

<sup>63</sup> Al respecto véase las consideraciones que se hacen sobre el precio e intereses en la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, en II, cuestión 77 Artículo 1, o la cuestión 78, en donde no sólo se considera injusto sino pecado el cobrar más por el valor de una cosa, o por el cobro de intereses. También véase como ejemplo a POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, el capítulo I, Artículo III, números IV y V, pp. 29-ss., o SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 15a. edición, México, Porrúa, 1977, p. 171.

como lo habíamos dicho, si este camino ha sido el correcto o no, por lo que habría que señalar si ha llegado el momento de reconocer la necesidad de formular un cambio en esta metodología, que revalore el papel de la justicia como el criterio idóneo para resolver los problemas que se presentan entre los individuos y con ello vuelva a jugar un papel relevante como lo tuvo en tiempos pasados.

Amartya Sen, intentando resolver esta problemática, ha destacado que si se revisa la historia del desarrollo de la idea de la justicia, podemos encontrar dos tipos de posturas. La primera de ellas y más extendida, indaga lo que sería la justicia *perfecta*, esto es, lograr identificar cuáles son los elementos necesarios que convierten en justas a las sociedades y sus instituciones, para ello se basan en modelos teóricos que buscan resolver esta cuestión de manera general y aplicable a todos los casos y naciones. A ese tipo de teorías las llama “institucionalistas trascendentales”, postura que estaría caracterizada por autores como Hobbes, los iusnaturalistas contractualistas como Locke o Rousseau e incluso Kant; de hecho este autor lo identifica dentro de la literatura sánscrita como el *niti*, una idea de la justicia que busca ante todo comprender lo que es ésta a pesar de la realidad injusta que se contempla y que estaría representado por el aforismo *fiat justitia et pereat mundus*.

Por el contrario, nos encontraríamos con otro tipo de dirección que en lugar de basarse en modelos ideales o cuestionamientos generales, se apoya en el modelo de confrontación entre una sociedad y otra, o en aspectos concretos que se detectan como justos o injustos para mejorarlos, más que pretender salvar a todo el mundo. Lo que se quiere es aliviar, en algún punto, problemas de las sociedades reales. En esta postura estarían incluidos a los utilitaristas Jeremy Bentham, Stuart Mill y Karl Marx, y se les identificaría como el *enfoque comparativo*, que dentro de la propia literatura sánscrita estaría representada por la palabra *nyaya*, es decir, enfocada a las realizaciones efectivas que pueden lograrse en el tema de la justicia.

Al primer grupo le preocupa resolver de manera radical el problema de la justicia, de manera conceptual y completa; en cambio, al segundo sólo le preocupa mejorar en algún aspecto en concreto algunas situaciones que se consideran como injustas, es decir, más que comprender, lo que buscan son los resultados particulares y perceptibles que procuren mejorar y no solucionar definitivamente el problema, pero sin abandonar la racionalidad que debe añadirse a estas acciones de mejoramiento.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Véase para un desarrollo más profundo de esta idea: SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, traducción Hernando Valencia Villa, México, Santillana, 2010, particularmente pp. 36-ss., 51-ss.

¿Qué posición debe adoptarse en el campo del Derecho? Sin pretender dar la respuesta definitiva a esta interrogante, lo que, como ya hemos expuesto de manera abundante en este trabajo, no lograremos, se harán algunas observaciones para ello. La primera es que parece que todo sistema normativo jurídico se ha adscrito a alguna de las distintas concepciones que existen sobre la justicia, en particular, con el de la filosofía estoica con base en la definición tradicional que suele darse. Pero si observamos bien el contenido específico de estas normas y demás contenidos que integran nuestro sistema jurídico, podemos ver que no ha sido así. En el derecho privado, por lo menos, el antecedente que tenemos es que no se desarrolló con base en ideas generales de justicia, sino con la emisión de normas concretas y la solución de problemas particulares y específicos que se presentaban día a día, el llamado método “tópico” que nos recuerda Viehweg, como metodología predominante durante la mayor parte de la historia del derecho occidental. En ese sentido, la ciencia se vinculaba con los problemas específicos que se le presentaban y y que permanecían por las soluciones parciales y concretas que no podían generalizarse, estableciendo vacíos con este medio de operar. Sólo más tarde se buscó su generalización y abstracción, para poderlo resumir en fórmulas reducidas y universalizables. Esto es, la idea de la justicia implícita en esta rama del derecho fue efectuada con base en atender problemas específicos y concretos que se presentaron para después intentar aplicarlos a otros semejantes y de ahí crear las reglas generales que todavía hoy nos rigen en alguna medida. Pudiera decirse que, como lo apuntaba Sen, el Derecho en su historia adoptó la postura del enfoque realizativo más que el teórico institucional.

Por lo que hace al Derecho Público, si bien se basó, en su vertiente moderna, más en consideraciones de carácter filosófico o teórico, es decir institucional, luego se transformó con base en la lucha política, para el logro de objetivos específicos de justicia, como el establecimiento de los primeros derechos fundamentales o la modificación de los regímenes políticos, siendo indispensable la historia particular de cada país para comprender los tipos de instituciones que tienen. Teoría e historias concretas han ido moldeando nuestro Derecho Público. En ese sentido, últimamente muchos de los cambios operados están más enfocados en atender problemas concretos que en visiones generales de justicia. En ese tenor, el Derecho, más que buscar la solución al tema complejísimo de la justicia con base en una sola concepción, debería investigar respuestas concretas y especiales a los diferentes problemas que se le presentan, tanto en el Derecho Público como en el Privado, con base en los problemas. Debe buscar cuál de todas las concepciones de justicia es la que pueda dar mejores argumentos para su solución.

Una última observación que resulta importante hacer y que se desprende de lo anterior, es que si además quisiéramos analizar el tipo de justicia que subyace en cada uno de los sistemas jurídicos, entre ellos, el nuestro, llegaríamos a comprender que distintas ramas del Derecho están estructuradas y desarrolladas con base en distintas concepciones de justicia y, entre esas mismas ramas, encontramos también ideas diferentes de justicia, como ya lo hemos podido ver. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad civil. Si esto es correcto, la concepción de justicia que subyace en nuestro sistema no es uniforme, sino variada e incluso contradictoria; en pugna por sobresalir en cada problema que se presenta, como lo vemos reflejado en las normas constitucionales, en donde encontramos normas inspiradas en la concepción liberal, otras en el carácter social o incluso utilitarias o deontológicas, por lo que no podemos concluir tampoco que exista una concepción y, por ello, una respuesta única y general al tema de la justicia en nuestro derecho.

Así, el propio sistema jurídico, a pesar de su pretendida unicidad, ha recogido, como ya lo habíamos dicho, por razones de "justicia histórica", normas que en el propio devenir de la historia se han ido ajustando o sustituyendo con base en una concepción de "justicia moderna", no necesariamente derivadas de una misma y constante concepción de justicia, pero sí con base en nuestra racionalidad, sentimiento e intuición de lo que en cada momento se considera es justo. Sólo contemplándolo así podemos apreciar adecuadamente el contenido mismo de ese sistema y las ideas de justicia que la han inspirado, por lo que deberíamos de renunciar a una teoría que explica por sí misma y para todos los tiempos la manera en que puedan resolverse los problemas que se nos presenten en el futuro. Como también podemos comprender, las soluciones históricas y, por ello, nuestras instituciones son siempre imperfectas y en constante cambio, lo que nos puede explicar por qué nuestros sistemas jurídicos son dinámicos.

## 7. CONCLUSIÓN

Necesidad de revalorizar la razón práctica. Una de las cuestiones que siempre se han asociado al tema de la justicia es la falta de una respuesta certera, general y abstracta que pueda atender a todas nuestras interrogantes que se presentan en nuestra vida diaria. De ahí la frustración con la que se contemplan los resultados hasta ahora alcanzados, ya que ninguna teoría logra tales objetivos, de ahí que, frente a la falta de una certeza absoluta, cobraron fuerza en el siglo pasado las posiciones negativas o escépticas acerca de ella. Lo

que hoy, afortunadamente, se está intentando corregir, con base en las nuevas formulaciones que se están desarrollando, las que podemos llamar *las nuevas teorías sobre la justicia*.

Sin embargo, esto no siempre fue así, porque lo que se buscaba en los temas del conocimiento abstracto no se pretendía los problemas prácticos. Aristóteles, una vez más, distinguía la razón teórica, en donde el afán era conocer el mundo, por el mero hecho e inquietud de conocer, lo que más tarde fue complementado por la posibilidad de transformar la realidad en la que se encuentra, gracias a los resultados que arrojan la ciencia y a la tecnología. Pero para el conocimiento práctico lo que se busca no es la teoría, no el conocer, sino el saber cómo actuar, el dilucidar la manera en que puedo o debo actuar para conmigo mismo o frente a las demás personas para lograr un objetivo bueno o feliz, es decir, atender a los problemas éticos y de justicia que se nos presentan. La finalidad no es el obtener un dato en mi mente, sino la de encontrar motivos de hacia dónde dirigirme o cómo actuar, así como lo que debo perseguir. Frente al saber teórico, desinteresado, general y objetivo del primero, el segundo busca obtener un motivo concreto, movido por el interés, impreciso y muy ambiguo para la acción.

Pero el desarrollo de nuestra cultura hizo desaparecer esta distinción para assimilarlas a la primera y, por ello, el saber práctico se pretendió erigir ante todo como un saber general, teórico, asimilando las ciencias y los métodos adecuados para ello, perdiendo así lo que se buscaba. De ahí su desprestigio. Tal vez esto fue lo que sucedió en el tema de la justicia.

En ese sentido, debemos regresar a estos orígenes y retomar el tema del genuino razonamiento práctico orientado a los problemas especiales que se nos presenten para obtener de ellos la mejor respuesta posible. Más que buscar el por qué, lograr obtener cómo dilucidar la mejor acción, en este caso, justa, vinculada siempre al problema que intentamos atender. Más que respuestas universales, únicas, exactas y definitivas buscamos atender problemas concretos, específicos y que nos den respuestas provisionales, no necesariamente una única solución, ni la definitiva. Amrtya Sen ha subrayado que es posible que las razones de justicia no sean únicas ni concluyentes, que pueden coexistir varias que superen el escrutinio de la racionalidad y que nos pueden llevar a situaciones y soluciones diferentes, incluso contradictorias, dependiendo de la cultura y el tiempo en que nos enfrentemos, pero son igualmente justas. En cada caso dependerá de los valores y circunstancias involucrados y quién puede tomar parte o decidir la cuestión, pero eso sí, todos los resultados serán siempre revisables, y por ello, modificables, cuando encontremos motivos racionales para creer que es necesario ese cambio.

¿Cómo lograremos estos resultados? Ya se ha señalado que nuestra tradición de corte occidental ha sustentado su desarrollo en la idea de la racionalidad, esto es, obtener nuestros objetivos con base en la optimización de los medios con que contamos para ello, con base en nuestra capacidad de razonar. Esto sólo lo logramos a través de los requisitos de consistencia en nuestros pensamientos, no sólo con nuestras emociones e intuiciones, sino con nuestras propias acciones e ideas en las que nos hemos apoyado como correctas. Además, esa misma nota debe llevarnos a la admisión de las ideas prácticas y a aceptar las consecuencias que se deriven de esas propuestas, debido a que nuestros razonamientos tienden de manera natural a su universalización y, por ello, la aplicación a problemas semejantes de soluciones ya seleccionadas. Sin el cumplimiento de estos tres requisitos (racionalidad, consistencia y universalización) no podríamos lograr respuestas satisfactorias a los problemas sociales; pero deberíamos tomar en cuenta otros elementos:

En todo caso, el razonamiento práctico parte de situaciones concretas y específicas. Con base en ellas podemos preguntarnos si existe alguna razón de justicia histórica que pueda dar una solución o si tenemos que partir del sentimiento de justicia natural que tenemos, aplicando los requisitos anteriores para dar con nuevas respuestas. La búsqueda de soluciones no debe hacerse partiendo de la nada, sino con base en respuestas ya dadas, examinando su racionalidad y su idea de justicia para apreciar si son adecuadas o no. El pretender solucionar el tema de la justicia con base en teorías nuevas o generales es volver a caer en el mismo error en que ya nos hemos colocado históricamente. En el campo del Derecho, esta búsqueda se realiza iniciando por preguntarnos si el problema está o no regulado, es decir, si existe una razón de justicia histórica formal o no, ya que en caso de que exista, deberemos seguirla o, en su caso, evaluarla para que, si no se considera justa, procurar su supresión o modificación por el camino institucional. En caso de no estar regulada, entonces seguir con el camino expuesto.

Asimismo, debemos identificar la razón de justicia que hemos seleccionado para resolver el problema y apreciar si la misma logra salir adelante frente a las críticas de otras posibles respuestas derivadas de visiones opuestas de la justicia, es decir, si es posible cumplir con los requisitos de consistencia y universalidad que hemos apuntado. En ese tenor, tendríamos que conocer debidamente la forma en que se pretenden resolver los problemas con base en esas diversas concepciones de justicia y las consecuencias que traerán para apreciar si las mismas son adecuadas o si la propuesta por nosotros cumple de mejor manera con estos requisitos.

Debemos permitirnos la posibilidad de obtener resultados parciales y limitados que sólo se irán complementando y perfeccionando en la medida que pongamos en práctica las soluciones preliminares que hemos encontrado. Además, las respuestas a las que se lleguen serán en todo momento susceptibles de revisarse para que podamos encontrar mejores razones que corrijan las decisiones tomadas. En este sentido, las respuestas que se alcancen son siempre provisionales, sujetas a escrutinio y a modificación.

Por último, aceptar la posibilidad de que existan varios puntos de vista y, por ello, diversas respuestas a la interrogante que nos planteemos, las cuales, como se ha señalado, estarán sujetas a esa revisión constante. La adscripción a la razón práctica no nos debe llevar al radicalismo de tener en todo momento soluciones únicas ni definitivas. Por supuesto, todas estas características deberían desarrollarse en un estudio aparte.

Así, el Derecho debe seguir el camino que están tomando otras ramas de investigación, como la económica, o la social, para transformarse en un procedimiento de racionalidad práctica preocupado, más que por los resultados, en los instrumentos conceptuales que nos permitan saber si las soluciones a las que hemos llegado cumplen con ese requisito de racionalidad y si, además, son justas o no, para propiciar el mantenimiento o la modificación de las reglas jurídicas que se han creado o el establecimiento de nuevas. Sólo así la idea de la justicia podrá desempeñar el papel que los hombres le han confiado desde que se dieron cuenta de su existencia y reconocerán la necesidad que tienen de ella para utilizarla a fin de modificar su entorno. Sólo así la justicia regresaría a ser, como se presumió en sus orígenes, la estrella polar que puede dirigir correctamente nuestras acciones para que logremos una buena vida, una que merezca la pena ser vivida en sociedad.

## MEDIDAS PRECAUTORIAS EN ARBITRAJE: HACIA UN MEJOR ESTÁNDAR DE DAÑO

Francisco González de Cossío\*

SUMARIO: I. Estándares. II. Resumen Empírico. A. Arbitraje Comercial. B. Arbitraje de Inversión. 1. Punto de partida textual. 2. Interpretación. 3. Conclusión. C. Derecho Internacional Público. D. Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. E. Conclusión. III. Balanceo de intereses como un mejor estándar. A. Una herramienta más apropiada. B. Una herramienta más eficiente. C. Un Instrumento más refinado, más apropiado para las necesidades del Arbitraje. IV. Contestación a preocupaciones expresadas. A. Bajar el estándar puede fomentar litigiosidad. B. Respuesta. 1. Suposición inaceptable. 2. Distribución de costos.

Las medidas precautorias son instrumentos que procuran justicia y eficacia. En su ausencia, ocurren resultados lamentables. Ya sea que se trate de laudos inejecutables, condenas excesivas o resultados indeseables.

Un sondeo de la práctica internacional muestra consenso sobre la mayoría de los requisitos que deben ser cumplidos para obtener una medida precautoria. Sin embargo, existen diferencias en torno a uno: el estándar de daño que se debe satisfacer. Deseo enfocarme en dicho elemento y abogar a favor de uno de los estándares visibles que ciertamente no es el más utilizado.

### I. ESTÁNDARES

Se observan diversos estándares para la emisión de una medida precautoria. Por ejemplo, ante "circunstancias adecuadas"; en presencia de una amenaza,

\* Árbitro y Abogado. González de Cossío Abogados, SC. Ciudad de México. (www.gdca.com.mx). Deseo reconocer y agradecer a Laura González Luna y Ana Paula Portilla Ariza por su asistencia en la elaboración de este trabajo.

de un “perjuicio no reparable fácilmente”, “daño serio”, “daño grave”, “daño irreparable”. La diferencia exacta entre estos no es de fácil discernimiento en la jurisprudencia, sino que se entiende de manera diferente por practicantes y expertos que los utilizan como marco de referencia analítico. Un punto de acuerdo consiste en enfocarse en si el daño es del tipo que puede ser remediado mediante una condena monetaria. Pero fuera de dicha métrica, el acuerdo —tanto conceptual como pragmático— parece ser más aparente que real.

Otra aproximación es efectuar lo que algunos llaman “balance de intereses” o “balance de conveniencia” que, lejos de elegir un adjetivo que califique el daño del cual se duele el solicitante, involucra comparar el resultado de la medida con el inconveniente que se genere del destinatario de la medida precautoria, para luego sopesarlos y decidir quién debe prevalecer: el solicitante o el destinatario. Es decir, si los costos de las medidas son inferiores a sus beneficios, se otorgará. Y viceversa.

## II. RESUMEN EMPÍRICO

El estándar de preferencia tiende a variar. Para demostrar por qué, ahondaré en las siguientes cuatro fuentes de experiencia: arbitraje comercial, arbitraje de inversión, derecho internacional público y los trabajos de la CNUDMI.

### A. Arbitraje Comercial

El arbitraje comercial es una fuente rica de experiencia. Dentro de dicho ámbito destaca la experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), dado el volumen de casos y de la minuciosidad con la que se han analizado, tanto en revistas periódicas,<sup>1</sup> como en la doctrina especializada de la CCI.

<sup>1</sup> En varios volúmenes del *Boletín CCI* se ha analizado el tema: el *Boletín CCI* de 1993 se enfoca en las Medidas Precautorias y Provisionales en Arbitraje Internacional; el *Boletín CCI*, Vol. 10, número 1, Primavera 1999, en donde un practicante experimentado analiza el tema (DONOVAN, Donald Francis, *Powers of the Arbitrators to Issue Procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders*, p. 65); el *Boletín CCI*, Vol. 11, número 1, primavera 2000, incluye un artículo interesante de Ali Yesilirmak sobre este tema desde la perspectiva de la CCI (Ali YESILIRMAK, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice*, p. 31). El Suplemento Especial de 2001 del *Boletín CCI*, Vol. 22, se dedica a las Medidas Provisionales, Precautorias y de Emergencia en el Arbitraje CCI, en donde Ali Yesilirmak vuelve a poner el tema bajo la lupa.

La revisión de este corpus brinda lecciones interesantes. Una de ellas es que en la mayoría de los casos se han emitido medidas precautorias en presencia de:<sup>2</sup>

Daño irreparable o daño serio o verdadero, en caso de que la medida solicitada no sea otorgada.

[Irreparable harm, or serious or actual damage, if the measure requested is not granted].

La justificación de dicha conclusión puede verificarse en los casos que se encuentran en la sección de extractos del Boletín CCI citado. Por ejemplo:<sup>3</sup>

El demandante no incurrirá en ningún daño grave o irreparable si no se otorga la medida precautoria que fue solicitada...

[The claimant would not incur any grave and irreparable harm if not granted the sought provisional measure...]

En forma interesante, unos años después, Ali Yesilirmak reexaminó el tema y reiteró su conclusión de que el estándar más frecuentemente utilizado al evaluar las medidas precautorias es:<sup>4</sup>

Amenaza de un daño grave o irreparable a la contraparte en los procedimientos arbitrales.

[Threat of grave or irreparable damage to the counterparty in the arbitration proceedings]

Aunque la tendencia explicada existe, los casos extraídos del último ensayo del señor Yesilirmak muestran ejemplos que abarcan todo el espectro. Desde aquellos que requieren la “satisfacción de daño irreparable”,<sup>5</sup> “daño inminente”,<sup>6</sup> “daño sustancial”,<sup>7</sup> hasta casos que hacen eco de doctrina que exige “daño irreparable o sustancial”.<sup>8</sup> Luego de analizar los casos del periodo 1999-2008, se adelantan las siguientes conclusiones que son relevantes para nuestro tema:<sup>9</sup>

<sup>2</sup> YESILIRMAK, Ali, “Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice”, en *Boletín CCI*, Vol. 11, No. 1, primavera 2000, pp. 31-34.

<sup>3</sup> Caso CCI 8113, Laudo Parcial, octubre de 1995, p. 67.

<sup>4</sup> YESILIRMAK, Ali, “Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice 1999-2008”, en *Boletín CCI*, Vol. 22, Suplemento Especial, 2001, p. 9.

<sup>5</sup> Caso CCI 11225, Laudo Parcial de 2001. Caso CCI 12361, Laudo Parcial de 2003.

<sup>6</sup> Caso CCI 12122, Laudo Parcial de 2002.

<sup>7</sup> Caso CCI 12040, Laudo Parcial de 2002. Caso CCI 11740, Laudo Parcial de 2002.

<sup>8</sup> Caso CCI 12361, Laudo Parcial de 2003.

<sup>9</sup> “Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration”, en *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Vol. 22, Suplemento Especial, 2011, p. 10.

- i) Daño 'sustancial' debe entenderse como daño 'irreparable';
- ii) El mejor estándar es 'circunstancias apropiadas', toda vez que es el más consistente con el texto y espíritu de las Reglas de Arbitraje CCI y las necesidades del comercio internacional;
- iii) Los árbitros deben procurar balancear el daño que se pueda ocasionar a cada parte y que puede o no surgir del otorgamiento o no otorgamiento de las medidas solicitadas.

El *Recueil* de los señores Arnaldez, Derains y Hascher<sup>10</sup> cita el Caso CCI 10596 de 2000, que hace eco al estándar de "daño irreparable" entendido como "daño significativo". Se manifiesta lo siguiente en relación con lo que lo anterior significa:<sup>11</sup>

La pérdida monetaria no es un daño irreparable... Aunque, estrictamente hablando, esta postura puede ser correcta, el tribunal arbitral considera que sería inaceptable negar la medida solicitada en base a lo anterior... sería insensato que el tribunal esperara que ocurriera una pérdida predecible, o al menos plausiblemente predecible, y luego ordenara su indemnización mediante una condena de daños (suponiendo que B tiene derecho a dichos daños, lo cual no ocurre en este caso), en lugar de prevenir que ocurra la pérdida...

[Monetary loss is not irreparable harm ...Although, strictly speaking, this view may be correct, the arbitral tribunal considers that it would be unreasonable to refuse the relief sought on those grounds... it would be foolish for the tribunal to wait for a foreseeable, or at least plausibly foreseeable, loss to occur, to then provide for its compensation in the form of damages (assuming that B is entitled to such damages, which is not the issue here), rather than to prevent the loss from occurring in the first place...]

Una buena manera de resumir la experiencia de la CCI es haciendo eco de lo que explica un texto autoritativo sobre la materia:<sup>12</sup>

Los árbitros tienen la obligación de intentar encontrar una solución procesal equitativa y comercialmente viable para prevenir un daño irreparable e innecesario a las partes...

[Arbitrators have an obligation to try to find an equitable and commercially practicable procedural solution to prevent irreparable and unnecessary injury to the parties...]

<sup>10</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques, DERAIS, Yves y HASCHER, Dominique, *Collection of Arbitral Awards* (Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007), Wolters Kluwer, 2009.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>12</sup> CRAIG, Lawrence, PARK, William y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, 2000, p. 462.

La práctica bajo las reglas de la London Court of International Arbitration (LCIA) hace eco de esta postura. Como lo explica un tratado destacado:<sup>13</sup>

En cuanto al significado de la noción de 'daño no suficientemente reparable por un laudo de daños',<sup>14</sup> se ha sugerido que se debe entender en el sentido económico:

En este aspecto se debe entender 'irreparable' en un sentido económico y no literal. Se debe tomar en cuenta el hecho de que no siempre será posible compensar las pérdidas reales sufridas o el daño a la reputación de un negocio a través de la condena en daños.<sup>15</sup>

Sin embargo, Schwartz expone que la definición interpretada por los órganos arbitrales es incluso más amplia, en tanto que aunque los 'abogados Anglo-Americanos generalmente entienden al daño "irreparable" como al daño que no puede ser indemnizado inmediatamente mediante una condena monetaria', los tribunales arbitrales de la CCI a veces también han interpretado que el riesgo de una pérdida financiera se encuentra incluido en dicha definición.<sup>16</sup>

[As to the meaning of the notion of 'harm not adequately reparable by an award of damages', it has been suggested that it should be understood in the economic sense:

In this respect 'irreparable' must be understood in an economic, not a literal, sense. It must take account of the fact that it may not always be possible to compensate for actual losses suffered or sullied business reputation through damages.

Schwartz, however, states the definition construed by arbitral bodies is even broader, in that although 'Anglo-American lawyers often understand "irreparable" harm as meaning harm that cannot readily be compensated by an award of monetary damages', ICC arbitral tribunals have sometimes also construed risk of financial loss to be included within this definition].

### B. Arbitraje de Inversión

El arbitraje de inversión tiene un cuerpo interesante de medidas precautorias que brinda lecciones en torno a nuestro tema. Para abordarlas, comenzaré con el punto de partida textual (§1) y la jurisprudencia que surge del mismo (§2), para finalizar con una conclusión (§3).

<sup>13</sup> TURNER, Peter MOHTASHAMI, Reza, *A Guide To The LCIA Arbitration Rules*, Oxford, Nueva York, 2009, p. 168, 6.121-6.122.

<sup>14</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, Artículo 17.A(1)(a).

<sup>15</sup> LEW, Mistelis, *Kröll* 604 [cita en original].

<sup>16</sup> SCHWARTZ, Eric *The Practices and Experiences of the ICC Court, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Publicaciones CCI, 1993, p. 45.

## I. Punto de partida textual

El artículo 47 del Convenio CIADI<sup>17</sup> establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requirieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

El artículo 39(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI<sup>18</sup> establece:

En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguarda de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

La revisión de los trabajos preparatorios del Convenio CIADI no permite concluir más que el estándar a satisfacer no fue resuelto.<sup>19</sup> No obstante lo anterior, dos observaciones sobre el tema fueron realizadas por los delegados:

...Habría pocos, si es que algún, caso de daño irreparable toda vez que las controversias relacionadas con inversiones, y las inversiones podrían siempre estar valoradas en términos monetarios.<sup>20</sup>

Las medidas provisionales no deben ser otorgadas a menos que, dadas las circunstancias, sean absolutamente necesarias. Si una compensación pecuniaria sería inadecuada en lugar de alguna medida preliminar, no se debe otorgar la medida preliminar. En base a lo anterior, dichas medidas deben estar incluidas en el dispositivo de ejecución. Lo anterior también puede tener el efecto de desalentar a los tribunales de otorgar medidas precautorias, excepto por casos excepcionales.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Convención sobre la Resolución de Controversias de Inversión Entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), Artículo 47, p. 24.

<sup>18</sup> Las Reglas de Procedimiento para los Procedimientos Arbitrales del CIADI ("Reglas de Arbitraje").

<sup>19</sup> *History of the ICSID Convention*, Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión, Washington, D.C., 1970. **Doc. 25**, Vol. II, pp. 268-270, Vol. III, pp. 94 y 96. **Doc. 27**, Vol. II pp. 337-338 y 347, Vol. IV, pp. 103-105 y 115. **Doc. 29**, Vol. II, p. 442, Vol. III, p. 198. **Doc. 31**, Vol. II, pp. 515-516, 518 y 523, Vol. III, pp. 315-318 y 325. **Doc. 33**, p. p70-72, Vol. II, pp. 573, Vol. III, pp. 384, Vol. IV, pp. 160-161. **Doc. 45**, Vol. II, pp. 655, 664 and 668, Vol. III, pp. 459-460, 470 y 474, Vol. IV, pp. 239 y 249. **Doc. 84**, Vol. II, pp. 812-815, Vol. III, pp. 641-644, Vol. IV, pp. 434-437. **Doc. 85**, Art. 50, Vol. II, p. 818, Vol. III, p. 647, Vol. IV, p. 441. **Doc. 104**, Art. 50, Vol. II, p. 864, Vol. III, p. 695, Vol. IV, p. 498. **Doc. 113**, Vol. II, p. 891, Vol. III, p. 723, Vol. IV, p. 530. **Doc. 124**, Vol. II, p. 939, Vol. III, p. 775 y Vol. IV, p. 591. **Doc. 132**, p. 40, Vol. II, p. 987. **Doc. 142**, Art. 47, Vol. IV, p. 640. **Doc. 143**, Art. 47, Vol. IV, p. 663.

<sup>20</sup> Comentario del Sr. Tsai (China), *Ibid.*, 1968, Vol. II-1, p. 516.

<sup>21</sup> Comentario del Sr. O'Donovan (Australia), *Id.*, p. 523.

[...There would be very few, if any, cases of irreparable damage, because disputes would concern investments and investments could always be valued in terms of money. provisional measures ought not be prescribed unless absolutely necessary in the circumstances, and if pecuniary compensation would be adequate in lieu of some preliminary measure, then no preliminary measure ought to be prescribed. On that basis, such measures ought to be included in the enforcement provision. That might also have the effect of discouraging tribunals from prescribing preliminary measures save in the most exceptional cases.]

Y la siguiente conclusión:<sup>22</sup>

La disposición en el Documento de Trabajo define a las medidas que puede otorgar un tribunal como aquellas que "son necesarias para la protección de los derechos de las partes". Varias delegaciones consideraron que el criterio podía expresarse más detalladamente (especificar cuestiones como evitar la frustración de un laudo final, el daño irreparable y la necesidad urgente y aclarar el término "derechos de las partes") y se puede dar una indicación general de lo que podrían ser las medidas precautorias... la discreción otorgada a los tribunales arbitrales en el Documento de Trabajo... de conformidad con la costumbre generalmente aceptada...

[The provision in the Working Paper defines the measures which a tribunal may prescribe as those which are "necessary for the protection of the rights of the parties". Several delegations thought the criterion might be spelled out in more detail (by specifying such matters as avoidance of frustration of an eventual award, irreparable damage and urgent necessity and clarifying the term "rights of the parties") and indication might be given in general terms of what the provisional measures would be... the latitude given to arbitral tribunals by the Working Paper... in accordance with generally accepted custom...]

Sin embargo, no existió decisión sobre el tema. Parece ser que ello se debe a que las aristas propiciadas por las diferentes posturas se limaban con el texto adoptado, pues permite que ello sea determinado por el tribunal. Me atrevería a aseverar que el enfoque residió en otros aspectos del tema que se consideraron más sobresalientes, tales como la jurisdicción y el poder del tribunal para otorgar medidas precautorias. Y la doctrina lo refleja. Por ejemplo, al analizar el tema Schreuer no plantea un estándar; se limita a expresar lo que la mayoría de los tribunales ha hecho.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *History of the ICSID Convention*, Vol. II-1, Washington, D. C., 1968, p. 573, 72.

<sup>23</sup> H. SCHREUER, Christopher, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2a. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 776.

## 2. Interpretación

### i) Daño irreparable

La mayoría de los casos han usado “daño irreparable” como el marco de referencia analítico. Por ejemplo, *Millicon v Senegal*,<sup>24</sup> *Occidental v Ecuador*,<sup>25</sup> *Cemex v Venezuela*,<sup>26</sup> *Tethyan Copper v Pakistan*,<sup>27</sup> *Tokios Tokelés v Ukraine*,<sup>28</sup> *Plama Consortium v Bulgaria*,<sup>29</sup> *Phoenix v Czech Republic*.<sup>30</sup> Al emplearlo generalmente no se propone una definición del concepto. Existen excepciones, sin embargo. En *Plama v Bulgaria* el tribunal argumentó que “...el daño no es irreparable si se puede compensar con una condena en daños”.<sup>31</sup> Entendido así, otros casos utilizan el mismo criterio, pero no expresan el término de arte de “daño irreparable”, tales como *Tanzania Electrical Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited*, que favoreció sub silentio al estándar de ‘compensación monetaria’ razonando:<sup>32</sup>

...No hay motivos para creer que TANESCO no podría cumplir una condena monetaria sobre esta cuestión...

[... There is no reason to believe that TANESCO would be unable to satisfy any award of damages in respect of this...]

<sup>24</sup> *Millicom International Operations B.V. y Sentel GSM SA v La República de Senegal*, Caso CIADI No. ARB/08/20, Laudo sobre la Solicitud de medidas provisionales presentada por los Demandantes, 24 de agosto de 2009, p. 46.

<sup>25</sup> *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v La República de Ecuador* Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, Orden, 17 de agosto de 2007, p. 59.

<sup>26</sup> En donde se describió el estándar como un “perjuicio irreparable” (*Cemex Caracas Investments B.V. v Cemex Caracas II Investments B.V. v República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión de la Solicitud del Demandante de Medidas Provisionales, Orden, 3 de marzo de 2010, p. 41).

<sup>27</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited v La República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre la Solicitud del Demandante de Medidas Provisionales, Orden, 13 de diciembre de 2012, p. 138.

<sup>28</sup> *Tokios Tokelés v Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Orden Procesal No. 3, enero 18 de 2005, p. 8.

<sup>29</sup> *Plama Consortium Ltd. v Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden, 6 de septiembre de 2005, p. 38.

<sup>30</sup> “Perjuicio irreparable de los derechos involucrados” fue el estándar utilizado en *Phoenix Action, Ltd. v República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo sobre Medidas Precautorias, 6 de abril de 2007, pp. 33 y 47.

<sup>31</sup> *Plama Consortium Limited v República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del 6 de septiembre de 2005, p. 46.

<sup>32</sup> *Tanzania Electric Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre la Solicitud de Arbitraje del Demandado, Orden, 22 de diciembre de 1999, p. 18.

Existen otros ejemplos que siguen esta aproximación. En *Burlington v Ecuador* el criterio usado fue “daño no suficientemente reparable por la condena de daños”.<sup>33</sup> En *Perenco v Ecuador y Petroecuador* fue “pérdida irreparable”,<sup>34</sup> entendida como un daño no reparable monetariamente.<sup>35</sup> El tribunal de *Occidental v Ecuador* manifestó que:<sup>36</sup>

... Sólo puede dictarse una orden de medidas provisionales cuando se llega a la conclusión de que éstas son necesarias y urgentes para evitar perjuicios inminentes e irreparables...

...no pueden disponerse medidas provisionales para la protección de los derechos de una parte si ellas han de causar perjuicios irreparables para los derechos de la otra parte.

En *Quiborax v Bolivia* el tribunal fue específico en cuanto a la noción:<sup>37</sup>

El Tribunal considera que un daño irreparable consiste en daño que no puede ser reparado mediante una condena de daños...

[The Tribunal considers that an irreparable harm is a harm that cannot be repaired by an award of damages. ...]

### ii) Otros criterios

También se han utilizado criterios diferentes a ‘daño irreparable’. Por ejemplo, en *Victor Pey v Chile* la valoración de la emisión de la medida siguió un análisis comparativo si la preocupación esgrimida era “hipotética”, lo cual no justificaría la medida.<sup>38</sup> Un acercamiento similar se siguió en *Maffezini v España*,<sup>39</sup> en donde el énfasis fue sobre la existencia de los derechos,<sup>40</sup> que

<sup>33</sup> *Burlington Resources Inc. y otros v República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Procesal No. 1 sobre la Solicitud de Medidas Precautorias de Burlington Oriente, 29 de junio de 2009, p. 82.

<sup>34</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Precautorias, 8 de mayo de 2009, p. 43.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration y Production Company v República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2007, pp. 87 y 93.

<sup>37</sup> *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún v Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 26 de febrero de 2010, p. 156.

<sup>38</sup> *Victor Pey Casado y President Allende Foundation v República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 25 de septiembre de 2001, pp. 66, 89.

<sup>39</sup> *Emilio Agustín Maffezini v España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Orden Procesal No. 2, 28 de octubre de 1999.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 13, et seq.

el temor no se considerara “hipotético”,<sup>41</sup> y la relación con el objeto-materia de la controversia.<sup>42</sup>

### iii) Ejercicio de balanceo, aunque no se le llame así

Existen casos que realizan un análisis de balance de intereses, algunos de ellos sin reconocerlo expresamente. Por ejemplo, *Burlington vs Ecuador*, en donde, después de tomar nota del criterio de daño irreparable,<sup>43</sup> fue un análisis de balanceo de intereses y el “nivel de daño”, la ruta analítica preferida por el tribunal cuando indicó que:<sup>44</sup>

Las palabras “necesidad” o “daño” no aparecen en las disposiciones relevantes del régimen CIADI. Sin embargo, la existencia de necesidad es un requisito indispensable de las medidas precautorias. Generalmente se valora mediante el **balanceo del nivel del daño** que sufriría el solicitante de no ser por la medida...

En las circunstancias del presente caso, este Tribunal determina que es apropiado seguir los casos que adoptan el estándar de “daño no suficientemente reparable por una condena en daños” para seguir las palabras de la Ley Modelo de la CNUDMI. También **sopesará los intereses de ambas partes al valorar la existencia de necesidad.** (énfasis añadido)

[The words “necessity” or “harm” do not appear in the relevant ICSID provisions. Necessity is nonetheless an indispensable requirement for provisional measures. It is generally assessed by *balancing the degree of harm* the applicant would suffer but for the measure...

In the circumstances of the present case, this Tribunal finds it appropriate to follow those cases that adopt the standard of “harm not adequately reparable by an award of damages” to use the words of the UNCITRAL Model Law. It will also *weigh the interests of both sides in assessing necessity.*]

En *Railroad v Guatemala*<sup>45</sup> la solicitud de medidas involucró salvaguardar evidencia que presuntamente *podría* ser destruida (no se presentó ninguna prueba de destrucción o peligro inminente). Se realizó un “análisis de los intereses en juego”, como puede observarse de lo siguiente:

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 16, et seq.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>43</sup> *Burlington Resources Inc. y otros v República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1 sobre la Solicitud de Medidas Precautorias de Burlington Oriente, 29 de junio de 2009, p. 81.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>45</sup> *Railroad Development Corporation v República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Decisión sobre Medidas Precautorias, Orden, 15 de octubre de 2008, p. 36.

...La Solicitud podría imponer una carga injusta sobre el Gobierno dada su excesiva amplitud y el que la necesidad o urgencia no ha sido demostrada para justificar la recomendación.

[...The Request would place an unfair burden on the Government because of its excessive breadth and that no need or urgency has been proven to justify the recommendation].

Otro caso interesante es *Saipem v Bangladesh* en donde, al resolver la medida provisional solicitada, el razonamiento del tribunal toca tanto daño irreparable como balanceo de intereses al decir que:<sup>46</sup>

...sopesará los **intereses divergentes de las partes** a la luz de todas las circunstancias del caso...

el Tribunal considera que hay tanto necesidad como urgencia. Este hallazgo se refuerza con el hecho que, además de negar lo que llamó el Bono de Garantía, Bangladesh no disputó las pretensiones de Saipem y existe un riesgo de **daño irreparable** si Saipem tuviera que pagar la cantidad del Bono de Garantía.<sup>47</sup> (énfasis añadido)

[...weigh[ed] the *parties' divergent interests* in the light of all the circumstances of the case ... the Tribunal considers that there is both necessity and urgency. This finding is reinforced by the facts that, apart from denying that it called the Warranty Bond, Bangladesh does not contest Saipem's contentions and that there is a risk of *irreparable harm* if Saipem has to pay the amount of the Warranty Bond.]

Luego concluyó que la medida (una “recomendación”):<sup>48</sup>

...*balancea* estableciendo un justo medio entre los **intereses** de las partes... (énfasis añadido)

[...strikes a fair *balance* between the parties' *interests*...]

Algo similar ocurrió en *Biwater Gauff v Tanzania*, en donde el tribunal razonó que:<sup>49</sup>

<sup>46</sup> *SAIPEM S.p.A. v La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, Orden, 21 de marzo de 2007, p. 175.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>49</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v República Unida de Tanzania*, Caso CIADI ARB/05/22, Orden Procesal No. 3, Orden, 29 de septiembre de 2006, p. 112, “Reseña CIADI”, en *Diario de Derecho Extranjero de Inversiones*, Vol. 22, No. 1, primavera 2007, p. 204.

La determinación de esta solicitud de medidas provisionales conlleva un *balanceo cuidadoso entre dos intereses en conflicto*: (i) la necesidad de transparencia en los procedimientos derivados de un tratado como este, y (ii) la necesidad de proteger la integridad procedimental del arbitraje. (énfasis añadido)

[The determination of this application for provisional measures entails a *careful balancing between two competing interests*: (i) the need for transparency in treaty proceedings such as these, and (ii) the need to protect the procedural integrity of the arbitration].

Una aproximación interesante fue seguida en *Cemex v Venezuela*. Aunque se utilizó “daño irreparable”,<sup>50</sup> el tribunal dijo algo importante al hacer eco de una distinción seguida por la Corte Internacional de Justicia entre:<sup>51</sup>

- a) Los actos que deben ser restringidos dado que sus efectos, aunque susceptibles de compensación financiera, son del género que no pueden restaurar por completo el daño sufrido; de
  - b) Los actos que bien pueden haber infringido un derecho y haber causado un daño, pero que una condena en costas será suficiente, aún sin las medidas precautorias.
- [a] Actions which should be restrained, because their effects, though capable of financial compensation, are such that compensation cannot fully remedy the damage suffered; from
- b) And actions which may well prove to have infringed a right and caused harm, but in respect to which it will be sufficient to award damages, without taking provisional measures.]

Después de hacerlo, razonó que:<sup>52</sup>

...Los Tribunales CIADI, al considerar las acciones gubernamentales que pudieron haber violado un derecho y causado un daño, distinguen entre:

- a) Situaciones en donde el perjuicio invocado puede ser compensado de inmediato mediante una condena en daños;
- b) Y aquellas en donde existe un riesgo grave de destrucción de una empresa que constituye la inversión.

En la primera categoría de casos, las medidas precautorias fueron negadas por la ausencia de un “daño irreparable”. En la segunda categoría de casos las medidas fueron otorgadas, para lo cual los tribunales utilizaron otros estándares —aunque podrían haber basado su decisión en el hecho de que la destrucción de la empresa que constituía la inversión hubiera creado un “daño irreparable”. (énfasis añadido)

<sup>50</sup> *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. v República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre la Solicitud Medidas Provisionales del Demandante, Orden, 3 de marzo de 2010, p. 46.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 55.

[...ICSID Tribunals, when considering government actions which may well prove to have infringed a right and caused harm, make a distinction between:

- a) situations where the alleged prejudice can be readily compensated by awarding damages;
- b) and those where there is a serious risk of destruction of a going concern that constitutes the investment.

In the first category of cases, provisional measures were denied because of the absence of an “irreparable harm”. In the second category of cases they were granted, the tribunals using other standards —although they could have based their decision on the fact that, the destruction of the ongoing concern that constituted the investment, would have created an “irreparable harm”.]

El resultado de dicha ruta analítica fue que el estándar generalmente aceptado de “daño irreparable” no fue retenido.<sup>53</sup>

En *Sergei Paushok Qsc Golden East Company Qsc Vostokneftegaz Company v El Gobierno de Mongolia* el tribunal hizo algo similar pero matizado al razonar que:<sup>54</sup>

39. Las medidas precautorias son medidas extraordinarias que no pueden ser tomadas a la ligera... Incluso conforme a la discreción otorgada al Tribunal conforme a las Reglas CNUDMI, el Tribunal tiene que considerar dichas medidas como urgentes y necesarias para prevenir un *daño “irreparable”* y no sólo como convenientes o apropiadas...

45. Es internacionalmente reconocido que existen cinco estándares que deben ser cumplidos antes de que un tribunal otorgue una orden en apoyo a la medida provisional. Son 1) jurisdicción prima facie, 2) planteamiento del caso prima facie, 3) urgencia, 4) peligro inminente de un *perjuicio serio* (necesidad) y 5) proporcionalidad...

#### 4. Peligro inminente de un perjuicio serio (necesidad)

68. La posibilidad de que exista una compensación monetaria no elimina necesariamente la posible necesidad de una medida provisional. El Tribunal se basa en la opinión del Tribunal de Reclamaciones Irán-EUA en el caso *Behring* para efectos de que, conforme a derecho internacional, el concepto de “perjuicio irreparable” no necesariamente requiere que el daño del que se quejan no sea remediable mediante una condena en daños. Para citar a K. P. Berger quien se refiere específicamente al Artículo 26 de las Reglas CNUDMI,

*Para preservar los derechos legítimos de la parte solicitante, las medidas deben ser “necesarias”. Este requisito se satisface si la demora en la adjudicación de la*

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 46. Es de notarse que el estándar se entendió como parte del requisito de “necesidad” conforme al Artículo 47 del Convenio CIADI.

<sup>54</sup> *Under The Arbitration Rules Of The United Nations Commission On International Trade Law*, Orden de Medidas Precautorias, 2 de septiembre de 2008, pp. 39, 45, 68, 69, 77. (El texto en español es traducción del autor).

demanda principal por el procedimiento arbitral condujera a un perjuicio "substantial" (pero no necesariamente "irreparable" como se conoce en la doctrina de common law)<sup>55</sup> para la parte solicitante.<sup>56</sup>

69. El Tribunal comparte dicha postura y considera que el "daño irreparable" en el derecho internacional tiene un significado flexible...

77. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que los Demandantes se encuentran frente a un ...perjuicio muy importante a menos que se otorguen algunas medidas provisionales. (énfasis añadido)

[39. Interim measures are extraordinary measures not to be granted lightly ... Even under the discretion granted to the Tribunal under the UNCITRAL Rules, the Tribunal still has to deem those measures urgent and necessary to avoid "irreparable" harm and not only convenient or appropriate...

45. It is internationally recognized that five standards have to be met before a tribunal will issue an order in support of interim measures. They are 1) prima facie jurisdiction, 2) prima facie establishment of the case, 3) urgency, 4) imminent danger of serious prejudice (necessity) and 5) proportionality...

#### 4. Imminent danger of serious prejudice (necessity)

68. The possibility of monetary compensation does not necessarily eliminate the possible need for interim measures. The Tribunal relies on the opinion of the Iran-U.S. Claims Tribunal in the *Behring* case to the effect that, in international law, the concept of "irreparable prejudice" does not necessarily require that the injury complained of be not remediable by an award of damages. To quote K.P. Berger who refers specifically to Article 26 of the UNCITRAL Rules,

*To preserve the legitimate rights of the requesting party, the measures must be "necessary". This requirement is satisfied if the delay in the adjudication of the main claim caused by the arbitral proceedings would lead to a "substantial" (but not necessarily "irreparable" as known in common law doctrine) prejudice for the requesting party.*

69. The Tribunal shares that view and considers that the "irreparable harm" in international law has a flexible meaning. ...

77. The Tribunal has come to the conclusion that Claimants are facing ... very substantial prejudice unless some interim measures are granted.]

Como puede observarse, el análisis tiene un notorio sabor de "balanceo". Sin embargo, estableció que se debe probar un perjuicio substancial —en contraste con irreparable—, aunque tiene un "significado flexible". Uno infiere del texto y su resultado que el umbral de daño se redujo al ampliar la definición 'flexible'.

<sup>55</sup> El énfasis no se encuentra en el original.

<sup>56</sup> BERGER, K.P., "International Economic Arbitration", en *Estudios sobre Derecho Económico Transnacional*, Vol. 9, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 336.

### 3. Conclusión

La mayoría de los casos que han abordado el tema, lo han hecho bajo el prisma de "daño irreparable". Existen excepciones que han utilizado otros criterios y otras pocas han balanceado los intereses de las partes involucradas, sea que lo reconozcan o no.

#### C. Derecho Internacional Público

El Artículo 41(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice:

La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

La *jurisprudence constante* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que deriva de este texto es particularmente interesante. Del cuerpo de medidas provisionales que ha emitido la CIJ,<sup>57</sup> con la finalidad de trabajar con una muestra manejable, me he enfocado en los casos más recientes de los últimos 10 años.

En *Construction Of A Road In Costa Rica Along The San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* la CIJ hizo eco de *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*<sup>58</sup> de la siguiente manera:<sup>59</sup>

El poder de la Corte para ordenar medidas provisionales será ejercitado únicamente si hay urgencia, en el sentido de que haya un riesgo inminente de que se cause un perjuicio irreparable a los derechos en controversia antes de que la Corte emita su decisión final. (énfasis añadido)

<sup>57</sup> Aunque la página de internet de la CIJ arroja 315 resultados de los 156 casos publicados por la CIJ desde 1947 hasta 2014, existen 43 casos en donde se consideró que se emitió una medida precautoria. (Fecha de consulta: febrero de 2014).

<sup>58</sup> Orden de Medidas Provisionales, 8 de marzo de 2011, *Reportes de la C.I.J.* 2011 (I), pp. 21-22, 64.

<sup>59</sup> *Construcción de una Carretera en Costa Rica a lo Largo del Rio San Juan (Nicaragua v. Costa Rica); Algunas Actividades Realizadas por Nicaragua en el Area Fronteriza (Costa Rica v. Nicaragua)*. Solicitud presentada por Nicaragua para la Indicación de Medidas Provisionales, Orden, 13 de diciembre de 2013, p. 25.

Habiendo encontrado que Nicaragua no probó que los trabajos de construcción en curso ocasionarían un incremento substancial en la carga de sedimentos del río, no se corroboró que hubiera un riesgo inminente de un *perjuicio irreparable* a los derechos invocados, por lo tanto, rechazó la solicitud de medidas provisionales.<sup>60</sup> En *Cambodia v Tailandia* la CIJ razonó que:<sup>61</sup>

...la Corte, conforme al Artículo 41 de este Estatuto, tiene el poder de ordenar medidas provisionales cuando se pueda ocasionar un *perjuicio irreparable* a los derechos que son objeto de los procedimientos judiciales...<sup>62</sup> [el] poder de la Corte para ordenar medidas provisionales será ejercido únicamente si existe urgencia, en el sentido de que exista un riesgo real e inminente de que se pueda ocasionar un *perjuicio irreparable* a los derechos en disputa antes de que la Corte emita su decisión final...

la Corte debe asegurarse, en el contexto de estos procedimientos, que no se ocasione un *daño irreparable* a las personas o a la propiedad en dicha área antes de que se entregue la Decisión sobre la solicitud de interpretación...<sup>63</sup> (énfasis añadido)

[...the Court, pursuant to Article 41 of its Statute, has the power to indicate provisional measures when *irreparable prejudice* could be caused to rights which are the subject of the judicial proceedings... [the] power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that *irreparable prejudice* may be caused to the rights in dispute before the Court has given its final decision...

it is for the Court to ensure, in the context of these proceedings, that no *irreparable damage* is caused to persons or property in that area pending the delivery of its Judgment on the request for interpretation...]

En *Certain Activities Carried Out By Nicaragua In The Border Area (Costa Rica v Nicaragua)*, la CIJ determinó que:<sup>64</sup>

La Corte... tiene el poder de ordenar medidas provisionales cuando se puedan causar *perjuicios irreparables* a los derechos que son objeto de los procedimientos judiciales

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>61</sup> Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso *Concerniente al Templo Preah Vihear (Cambodia v. Tailandia)*. Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden del 18 de julio de 2011, pp. 46-47.

<sup>62</sup> Ver, por ejemplo, Solicitud de Interpretación de Sentencia del 31 de marzo de 2004 en el *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Medidas Provisionales, Orden, 16 de julio de 2008, *Reportes C.I.J.*, 2008, p. 328, p. 65; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Medidas Provisionales, Orden, 8 de marzo de 2011, *Reportes C.I.J.*, 2011 (I), p. 21, p. 63.

<sup>63</sup> Solicitud de Interpretación de la Sentencia del 15 de junio de 1962 en el *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales, Orden, 18 de julio de 2011, p. 61.

<sup>64</sup> *Certain Activities Carried Out By Nicaragua In The Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Solicitud de la Indicación de Medidas Provisionales, Orden, 8 de marzo de 2011, pp. 63-64.

...el poder de la Corte para ordenar medidas provisionales sólo se podrá ejercer si existe urgencia, en el sentido de que haya un riesgo real e inminente de que se pueda ocasionar un *perjuicio irreparable* a los derechos en disputa antes de que el Tribunal emita su decisión final... (énfasis añadido)

[The Court... has the power to indicate provisional measures when *irreparable prejudice* could be caused to rights which are the subject of the judicial proceedings... the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that *irreparable prejudice* may be caused to the rights in dispute before the Court has given its final decision...]

Se razonó de manera idéntica en:

- i) *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgica v. Senegal)*;<sup>65</sup>
- ii) *Request For Interpretation Of The Judgment Of 31 March 2004 In The Case Concerning Avena And Other Mexican Nationals (México v. Estados Unidos de América)*;<sup>66</sup>
- iii) *Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*;<sup>67</sup>
- iv) *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*,<sup>68</sup> en donde se argumentó el rechazo en ausencia de un “riesgo inminente de un *perjuicio irreparable* a los derechos de Uruguay en la controversia”;
- v) *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Federación Rusa)*,<sup>69</sup> en donde se dieron las siguientes interesantes razones:<sup>70</sup>

Mientras que el poder de la corte para ordenar medidas provisionales será ejercido únicamente en casos de urgencia en el sentido de que exista un riesgo real de que se realice una acción perjudicial para los derechos de cualquiera de las partes antes de que la corte haya emitido su decisión final

[Whereas the power of the court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency in the sense that there is a real risk that action prejudicial to the rights of either party might be taken before the court has given its final decision]

<sup>65</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 28 de mayo de 2009, pp. 62-63, 72.

<sup>66</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 16 de julio de 2008, pp. 66, 68 y 73.

<sup>67</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 13 de julio de 2006, p. 62.

<sup>68</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 23 de enero de 2007, p. 50.

<sup>69</sup> Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales. Orden, 15 de octubre de 2008, pp. 24, 118.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 129.

- vi) *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (República de El Congo v. Francia)*,<sup>71</sup> en donde se dijo lo siguiente:<sup>72</sup>

Considerando que, independientemente de las solicitudes de medidas provisionales presentadas por las partes para **preservar derechos específicos**, la Corte tiene el poder de ordenar medidas provisionales en base a lo establecido por el Artículo 41 del Estatuto, con la finalidad de prevenir una agravación o extensión de la controversia cuando considere que *las circunstancias así lo requieren*...<sup>73</sup>

[Whereas, independently of the requests for the indication of provisional measures submitted by the parties to **preserve specific rights**, the Court possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that *circumstances so require*...] (énfasis añadido)

Como puede observarse, “perjuicio irreparable” es el estándar más comúnmente utilizado para determinar si se debe ordenar la medida precautoria, aunque no es el único. Otros estándares utilizados son “perjuicio a derechos” (“*prejudice to rights*”), “preservación de derechos” (“*preservation of rights*”) y “si las circunstancias lo requieren” (“*if the circumstances so require*”).

#### D. Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se modificó recientemente justamente en este tema. En el contexto de las condiciones para otorgar medidas provisionales, el (nuevo) Artículo 17A(1)(a) establece:

El solicitante de alguna medida cautelar ...deberá convencer al tribunal arbitral de que ...de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca **algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización**, que sea notablemente más grave que **el daño que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada**; (énfasis añadido)

<sup>71</sup> Solicitud de indicación de una medida provisional, orden del 17 de junio de 2003, p. 22, 29, 36.

<sup>72</sup> *Id.*, p. 39.

<sup>73</sup> Cf. Land and Maritime Boundary between Cameroon y Nigeria (Camerún v. Nigeria), Medidas Precautorias. Orden OJ 15 de marzo de 1996, *Reportes C.I.J.*, 1996 (I), p. 22, 41; Disputa Fronteriza (República de Mali Burkina Faso), Medidas Precautorias, Orden, 10 de enero de 1986, *Reportes C.I.J.*, 1986, pp. 9, 18.

La importancia del cambio no es abordada en la Nota Explicativa, que se enfoca en otros aspectos de las innovaciones del (nuevo) Artículo 17. Tampoco da motivos que expliquen el uso del lenguaje de balanceo de intereses *el lugar de*<sup>74</sup> daño irreparable.<sup>75</sup>

El Digesto de Jurisprudencia de la CNUDMI cita un solo caso que establece que:<sup>76</sup>

Aunque el *daño* causado por los demandados sea suficientemente *reparable* mediante una condena en daños ... y aunque dicho daño sobrepase substancialmente al daño que los demandados podrían sufrir si se otorga la medida provisional, se trata esencialmente de una determinación del **balanceo de conveniencia**.<sup>77</sup> (énfasis añadido)

[Whether the harm caused by the defendants is adequately reparable by an award of damages ... and whether that harm substantially outweighs the harm that the defendants are likely to suffer if the interim relief is granted, is essentially an assessment of the **balance of convenience**.]

No obstante lo anterior, el caso deriva del texto del Artículo 17 antes de la modificación. Por lo tanto, no es fruto de la semilla textual que comento. Afortunadamente, los trabajos preparatorios echan luz en relación con esta cuestión:<sup>78</sup>

El subpárrafo (a) sigue la propuesta realizada por el Grupo de Trabajo para reemplazar las palabras “daño irreparable” por las palabras “daño no suficientemente reparable mediante una condena en daños”...

**El daño irreparable puede presentar un umbral demasiado alto** y establecería más claramente la discreción del tribunal arbitral al decidir sobre la emisión de una medida precautoria...

El Grupo de Trabajo expresó preocupaciones en torno a si la disposición sería interpretada de manera muy restringida, excluyendo potencialmente del campo de las medidas precautorias cualquier pérdida que pudiera ser remediada mediante una condena en

<sup>74</sup> ¿O adicionalmente? Es de admitirse que el texto puede leerse en el sentido que son requisitos *adicionales-no alternativos*.

<sup>75</sup> Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, documentos de Naciones Unidas A/40/17, anexo I y A/61/17, anexo I, p. 31. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, según se modificó por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Comercial el 7 de julio de 2006.

<sup>76</sup> *Digesto de Jurisprudencias sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI*, 2012, p. 87.

<sup>77</sup> *Safe Kids in Daily Supervision Limited v McNeill*, Auckland, Nueva Zelanda, Corte Suprema, 14 de abril de 2005, p. 16.

<sup>78</sup> A/CN.9/WG.II/WP.1388, agosto de 2005, p. 16. Énfasis añadido. La versión en español es traducción del autor.

daños. El Grupo de Trabajo también destacó que, en la práctica actual, *no es raro que un tribunal arbitral emita una medida precautoria basándose únicamente en circunstancias en donde sería comparativamente complicado compensar el daño con una condena en daños...*

El párrafo se debe interpretar de forma flexible, teniendo en cuenta *el balanceo del nivel del daño sufrido por el solicitante* si no se otorga la medida *contra el nivel del daño sufrido por la parte que se opone a la medida* si la medida se otorga.

[Subparagraph (a) follows the proposal made by the Working Group to replace the words "irreparable harm" with the words "harm not adequately reparable by an award of damages"...

*Irreparable harm might present too high a threshold* and would more clearly establish the discretion of the arbitral tribunal in deciding upon the issuance of an interim measure...

The Working Group expressed concerns that that provision could be interpreted in a very restrictive manner, potentially excluding from the field of interim measures any loss that might be cured by an award of damages. The Working Group also noted that, in current practice, *it was not uncommon for an arbitral tribunal to issue an interim measure merely in circumstances where it would be comparatively complicated to compensate the harm with an award of damages...*

The paragraph should be interpreted in a flexible manner, keeping in mind *balancing the degree of harm suffered by the applicant* if the interim measure was not granted *against the degree of harm suffered by the party opposing the measure* if that measure was granted.]

Como puede observarse, el análisis de balanceo se entendió como la nueva tendencia con respecto a medidas precautorias. Este desarrollo ha sido motivo de críticas por parte de un reconocido experto.<sup>79</sup>

### E. Conclusión

Las siguientes conclusiones derivan del sondeo anterior:

- i) 'Daño irreparable' es el estándar más utilizado para determinar si se debe emitir una medida precautoria;
- ii) 'Daño irreparable' se entiende como un daño que no se puede reparar adecuadamente mediante una compensación monetaria; y
- iii) En algunos casos y en algunas reglas se puede observar una tendencia excepcional para bajar el estándar. A veces el ejercicio se alude como balanceo; a veces no.

<sup>79</sup> GARY, B., *Born, International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, Vol. II, Países Bajos, 2009, p. 1979.

### III. BALANCEO DE INTERESES COMO UN MEJOR ESTÁNDAR

Aunque 'daño irreparable' es el estándar más aceptado y utilizado para aquilatar la emisión de una medida precautoria, deseo abogar en favor del 'balanceo de intereses' (o 'balanceo de conveniencia' como a veces se le llama). El motivo es triple, a saber:

1. Hace de ella una herramienta más apropiada;
2. Hace de ella una herramienta más eficiente;
3. Es un concepto más refinado.

Explicaré por qué:

#### A. Una herramienta más apropiada

Las medidas precautorias son la respuesta del derecho procesal a la urgencia. En caso de que durante el procedimiento surja la necesidad de abordar circunstancias que provocan un daño que no puede esperar al resultado final, el medio para abordarlas será la medida precautoria.

El paradigma prevaleciente ha sido que no cualquier daño amerita atención inmediata. En caso de que el daño en cuestión sea del tipo que puede ser remediado con dinero, no vale la pena abordarlo prematuramente. Después de todo, lo más probable es que el tribunal tenga conocimiento insuficiente de la complejidad de la controversia en el momento en el que se solicita la medida precautoria. Y el riesgo de cometer un error milita a favor de evitar decisiones prematuras.

El paradigma, es de admitirse, tiene mérito. Reconoce los límites de la adjudicación y favorece la prudencia. Sin embargo, deseo cuestionarlo.

Es cierto, el riesgo de error abunda cuando se toman decisiones antes de que se conozca todo el panorama de circunstancias. Sin embargo, bajo el análisis de balanceo de conveniencia, la emisión de la medida dependerá de si se puede evitar un daño sin incurrir en mayor onerosidad. Es decir, si puede evitarse un resultado deplorable sin generar mayores cargas en los hombros de la parte que las resiste. Por lo tanto, al decidir sobre la emisión, sólo se deberán considerar los pros y contras de la medida, incluyendo el impacto que tendrá sobre las partes. Ello incluye considerar si la medida solicitada generará menos inconvenientes que el daño que se busca evitar —*lo cual será en el mejor interés de ambas partes.*

Vale la pena tomarse un momento para reflexionar sobre este último argumento. Si el solicitante de la medida precautoria no gana el caso, deberá asumir los costos que intentó evitar mediante la medida precautoria. Si se otorgó la medida, será *ex hypothesi* inferior al *counterfactual*: al escenario que existiría de no haber sido emitida. Si el receptor de la medida precautoria pierde el arbitraje, entonces se habrá evitado la necesidad de indemnizar al solicitante de la medida por el daño que se buscaba evitar mediante la medida precautoria solicitada y negada. En ambos escenarios, la cuenta total será inferior —sin importar *quién* la sufrague. Esto hace que el balanceo de conveniencia sea una mejor herramienta si se parte de la premisa de evitar costos innecesarios. También es mejor si el objetivo es propiciar eficiencia en los procedimientos de solución de controversias, a lo cual paso.

### B. Una herramienta más eficiente

Condicionar la medida precautoria a la existencia de daño 'irreparable' necesariamente significa que el daño de menor importancia —pero daño de cualquier manera— será tolerado. Ello es innecesario. Como se explicó en la sección anterior, mediante el uso del balanceo de intereses, el tribunal arbitral puede determinar en qué grado se justifica la medida con el propósito de evitar desperdicio. Y si genera menos desperdicio ordenar que se lleve a cabo cierta conducta, así se hará. En el argot del análisis económico del derecho, será más *eficiente*. Un ejemplo puede ilustrar por qué.

Piénsese en una parte (A) solicitante de una medida precautoria que sufre un daño, un costo, como resultado de una serie de circunstancias. El costo asciende a \$100. Evitar dicho costo implica exigir de otro, el demandado (B), que realice cierta conducta que cuesta \$30. \$30 es evidentemente un mejor resultado que \$100. Sin embargo, B naturalmente preferirá evitar dicha conducta (y costo): sólo beneficia a A y el costo es asumido por B. El escenario antes planteado es tal que A estaría dispuesto a pagarle a B por sus molestias. Después de todo, sin importar quien gane, el daño será inferior. Por lo tanto, forzar el resultado a través de una medida precautoria tiene sentido: B es la parte que puede evitar el daño al menor costo. Sin la medida precautoria, B no actuará. Después de todo, ¡está en pleito con A! Y conforme al estándar de daño irreparable, no necesita hacerlo. Como resultado, A siempre tendrá que pagar \$100. Y en caso de que le gane a B en el arbitraje, puede suponerse que será B el obligado a pagar (como daños) los \$100 que A quería evitar

con la medida precautoria. Como puede observarse, dicho escenario es perder-perder. La única pregunta es *quién*.

El balanceo de conveniencia evita este resultado. Permite que se reduzca el daño —sin importar quien lo resiente. Visto bajo la óptica de la teoría de los juegos, es un resultado ganar-ganar: sin importar *quién* la asuma, la cuenta será menor.

Por lo tanto, la eficiencia milita a favor de preferir el estándar de balanceo de conveniencia. Y para aquellos interesados en análisis económico del derecho, se trata del género de eficiencia conocido como "Kaldor Hicks".<sup>80</sup>

### C. Un instrumento más refinado, más apropiado para las necesidades del arbitraje

Restringir las medidas precautorias a escenarios de daño irreparable no solo es subóptimo, sino que hace uso rudimentario de dicho instrumento procesal pues es innecesariamente restrictivo. Como resultado de ello, existen condenas monetarias que pudieron haber sido evitadas. Se propician costos innecesarios. Ello no tiene por qué ser así. Una de las razones por las que las partes eligen arbitraje es el deseo de obtener justicia de calidad. Ello incluye evitar el desperdicio y resultados subóptimos —tales como aquellos propiciados por el uso de un umbral de daño innecesariamente alto— como daño irreparable.

## IV. CONTESTACIÓN A PREOCUPACIONES EXPRESADAS

Presenté la idea que aquí plante, en el congreso bianual del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) de 2014. Como resultado, recibí una (avalancha) de respuesta. Deseo comunicarla y comentarla.

Durante mi conferencia sentí una respuesta escéptica, tanto de mi panel como del público. Después de las apreciaciones recibidas durante la sesión de preguntas y respuestas, el moderador (John Barkett) pidió una votación

<sup>80</sup> La eficiencia de Kaldor Hicks es un término económico de arte que lleva el nombre de sus padres: Nicholas Kaldor y John Hicks. El *quid* del concepto es aplaudir escenarios en donde el cambio de circunstancias beneficie a una parte más de lo que lastima a la otra. Dicho resultado se ilustra con la posibilidad de que la parte que se beneficiará del cambio de circunstancias estaría dispuesta a pagarle a la parte contraria por dicho escenario, aunque ello no ocurra. El motivo: el resultado agregado es mejor, más eficiente, incluso cuando parezca que alguien perdió algo en el proceso.

rápida de mi propuesta. Solamente cuatro personas levantaron la mano. Pensé para mí mismo: “esto es natural. Después de todo, cuestionar un paradigma tan enraizado siempre genera reticencia. No sólo por razones de sesgo a favor de lo aceptado (*status quo bias*), sino también por preferencias adaptativas: tendemos a preferir aquello que conocemos y a lo que estamos acostumbrados”.

En forma interesante, sin embargo, al bajar los escalones del podio, fui abordado por muchos colegas y estudiantes, quienes me manifestaron que, después de reflexionarlo, estaban de acuerdo con mi propuesta. Durante los siguientes días, mi correo electrónico se llenó de correos que hacían eco de la aprobación.

Por lo tanto, creo que es justo decir que, mientras muchos de los asistentes a ICCA se opusieron a la propuesta, otros la aprobaron. Es ante dicho trasfondo que deseo hacer una cosa, y solamente una cosa: comentar la razón expresada por quienes se opusieron, con la finalidad de permitir que el lector se forme su propia conclusión.

#### A. Bajar el estándar puede fomentar litigiosidad

Aunque pueden existir más,<sup>81</sup> el único argumento que se trajo a mi atención en contra de la propuesta fue que bajar el estándar podría tener el efecto de promover litigiosidad. Relajar el (actualmente alto) estándar (“daño irreparable”) tendría como efecto el agravar lo que de por sí ya es lamentable.

#### B. Respuesta

Es de admitirse que el temor expresado *puede* ocurrir. Sin embargo, no es evidente que ocurra, y cuestiono si es una razón suficientemente buena como para no mejorar.

Como expliqué con anterioridad,<sup>82</sup> el paradigma aceptado es que para obtener una medida precautoria es necesario demostrar daño ‘irreparable’. Como ya se explicó, la consecuencia de este paradigma es que se toleran situaciones lamentables, que pudieron haber sido evitadas —incluyendo costos. Si se considera que la preocupación esgrimida (litigiosidad) es suficiente

<sup>81</sup> El que se compartan a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx) será apreciado.

<sup>82</sup> §III de este ensayo.

para invalidar mi iniciativa, el resultado obligado será aceptar un escenario subóptimo por miedo a abuso.

Someto a la consideración del lector que la preocupación esgrimida incurre en una suposición injustificada (§1) y pasa por alto que el riesgo expresado puede ser manejado con otro instrumento procesal: distribución de costas (§2).

#### 1. Suposición inaceptable

La postura contraria a mi propuesta supone falta de sofisticación. La suposición es injustificada no sólo de hecho, sino como punto de partida para construir una teoría legal.

Lo admito: las partes *pueden* estar tentadas a solicitar más medidas precautorias porque son (aparentemente) más fáciles de obtener. Sin embargo, conforme al estándar propuesto (‘balanceo de inconvenientes’), se necesitaría demostrar que el resultado agregado del daño pesa más que los inconvenientes que se ponen en los hombros del destinatario de la medida precautoria —una tarea que dista de ser sencilla. Por ende, no obstante que puede parecer que bajar el estándar facilitará la obtención de medidas precautorias, de hecho no lo hace: el análisis de balanceo de inconvenientes es un ejercicio más exigente, tanto en lo conceptual como probatorio: de *iure* y de *facto*.

Por lo anterior, *el mejor entendimiento de la idea que propongo no es que implica el bajar el estándar, sino reemplazarlo por uno mejor*. Se sustituye una regla mecánica por un ejercicio de balanceo de polos e intereses opuestos. En sí, ello hace de la figura un mejor instrumento procesal. Mejor derecho.

#### 2. Distribución de costos

El temor aducido por la postura escéptica se aborda con la facultad del tribunal arbitral de distribuir los costos del arbitraje en la forma que considere apropiada: las partes que abusen del sistema tendrán que asumir los costos que propician. Por lo tanto, el peligro se encuentra auto-contenido.

En sí, esto constituye un contra-argumento suficiente para refutar la preocupación esgrimida. Quien abuse pagará más. Ello incluye los casos donde se otorgaron medidas precautorias a una parte que eventualmente pierde el caso: se le condenaría a indemnizar a su adversario, toda vez que tuvo que defenderse e incurrió en costos al implementar la medida precautoria.

Y *en passant* enviaría un mensaje poderoso: *ten cuidado con lo que pidas, ¡te lo puede dar!*

## ORÍGENES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MÉXICO

### *Origins of judicial interpretation in Mexico*

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA\*

Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ\*\*

SUMARIO: I. *La interpretación constitucional de la ley efectuada por los órganos legislativos.* II. *El caso Thomas Bonham y el origen del control e interpretación constitucional de la ley por parte de los jueces.* III. *La discusión entorno a la Ley de Amparo de 1869 y los alcances del Artículo 101 de la Constitución Federal de 1857.* IV. *El Amparo Miguel Vega y la interpretación constitucional del Artículo 8° de la Ley de Amparo por parte de la Suprema Corte.* V. *Conclusión.*

**Resumen:** Durante la primera mitad del siglo XIX, el intérprete de la Constitución y de la ley era el Poder Legislativo. Esto conllevaba que los jueces estuviesen restringidos para llevar a cabo una función interpretativa. No fue sino hasta la discusión de la ley de amparo de 1869, cuando se advirtió la necesidad de que fuese el Poder Judicial el encargado de salvaguardar la supremacía del texto constitucional, a través de la interpretación. Lo anterior se concretaría en el célebre caso del amparo Miguel Vega de 1869, cuya resolución trajo consigo una nueva dimensión inadvertida hasta ese momento en el sistema jurídico mexicano, consistente en determinar que la Suprema Corte, mediante el juicio de amparo, es el garante del orden constitucional, ante los actos u omisiones que pongan en peligro su vigencia, así como la de los Derechos Humanos de las personas.

**Abstract:** During the first half of the nineteenth century, the interpreters of the Constitution and the law was the legislature. This implied that judges were restricted to perform an interpretative function. It was not until the discussion of the law of amparo,

\* Magistrado Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

\*\* Secretario de Tesis Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

1869, when the need for the judiciary was responsible for safeguarding the supremacy of the Constitution be warned, through interpretation. This was possible even under the celebrated case of Miguel Vega, 1869, the resolution brought a new dimension to that time unnoticed in the Mexican legal system, of determining that the Supreme Court through the amparo is the guarantor of the constitutional order, to acts or omissions that endanger its effectiveness as well as the human rights of people.

**Palabras clave:** Interpretación constitucional, Ley Amparo, Miguel Vega, Suprema Corte y función judicial.

**Keywords:** Constitutional Interpretation, Amparo law, Miguel Vega, Supreme Court and judicial function.

## I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY EFECTUADA POR LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS

La interpretación constitucional de la ley, durante la etapa del siglo XIX, estaba conferida al Poder Legislativo. Si bien gran parte de los principios estructurales de la Constitución de 1787 fueron incorporados por nuestro sistema constitucional, la idea de un legislador intérprete no fue concebida por los Padres fundadores del constitucionalismo norteamericano, sino al contrario, una de sus principales preocupaciones, al momento de diseñar el texto constitucional, era advertir cómo limitar los posibles excesos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Por ello, desde su gestación se pusieron las bases para que fuese el Poder Judicial quien llevara a cabo la interpretación constitucional, lo cual sería materializado en el año 1803, en el célebre caso *Marbury vs Madison*.

La noción de que el legislador debía fungir como intérprete constitucional de la ley, tiene su primer antecedente normativo en la Constitución de Cádiz de 1812. En el Artículo 131 disponía lo siguiente:

Artículo 131.- Las facultades de las Cortes son:

Primera: Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario...

Como se advierte en lo dispuesto en el Artículo anteriormente citado, el único intérprete constitucional de la ley era el Poder legislativo, limitando la labor del juez a ser un mero aplicador de la norma de las leyes, tal y como lo establecía el Artículo 17 de dicha Constitución:

Artículo 17.- La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.

La función judicial se reducía al hecho de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según lo previsto por el Artículo 245 constitucional, por lo que el juez se encontraba imposibilitado para interpretar o argumentar al momento de resolver un conflicto determinado.

La restricción a la labor del juez como intérprete de la ley, se remonta a la ilustración francesa, particularmente al pensamiento de Charles Louis de Secondat, Señor de la Bréde y Barón de Montesquieu, quien concebía al juez como un ente autómatas, inanimado, limitado a fungir como boca de la ley.

El juez se encontraba restringido para poder interpretar algún aspecto del texto que trasgrediera el orden jurídico o la esfera jurídica de la persona, pues no podía asumir las funciones del Poder representante de la voluntad soberana del pueblo, quien era el único que podía ejercer un control sobre la ley, fuese para derogarla, abrogarla o darle un sentido distinto. La intervención de cualquier agente distinto al legislador, era considerado como un actuar ilegítimo y contrario al principio de división de poderes.

La exaltación de la función soberana del legislador, trajo consigo una errónea pretensión de legislar todo supuesto jurídico que pudiese darse en la realidad y de esta forma evitar cualquier omisión o falta de regulación que diera pie a la interpretación o actuación en sentido positivo por parte del juez.

Resultado de lo anterior, por instrucciones de Napoleón Bonaparte en el año de 1804, fue promulgado el primer Código Civil, cuya finalidad fue suprimir todas las normas locales y regímenes legales divergentes, que representaban un obstáculo a la aplicación de criterios uniformes y generales por parte del Gobierno. El fenómeno de codificación pronto se expandió por diversos sistemas jurídicos, lo que facilitó la aplicación efectiva de las normas por vía del silogismo jurídico, dejando un margen restringido a supuestos jurídicos inexistentes o no regulados.

Pese el esfuerzo monumental de pretender regular cualquier situación de la realidad, esto resulta una tarea imposible de culminar, ya que siempre existirán déficit o excesos de la norma que deberán ser atemperados por el operador jurídico, así como aspectos que van surgiendo del contexto social y político, y que no se encontraban supuestos por el legislador al momento de crear un dispositivo normativo.

La influencia del contractualismo en los pensadores de la ilustración llevó a que los primeros textos constitucionales se vieran inmersos en la idea de que el legislador, como representante del pueblo, poseía plena soberanía para decidir sobre los asuntos públicos. Esta falacia llevada al extremo, provocó afirmaciones tales como, que la ley, por el hecho de provenir del repre-

sentante de la soberanía popular, era inequívoca, uniforme e intangible ante cualquier posible acotación que pusiera en entre dicho la potestad del Poder Legislativo.

En el caso de la Constitución Federal de 1824, es importante mencionar que su carga ideológica, así como buena parte del diseño normativo, estuvo cimentada en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, de la que tomó sus principios rectores y su estructura, salvo en lo referente a los alcances de la función judicial, la cual siguió la tendencia marcada por la Constitución gaditana, otorgando la exclusividad de la interpretación del texto constitucional al Congreso General. En el Artículo 165 de la citada constitución se establecía:

Artículo 165.- Sólo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los Artículos de esta constitución y del acta constitutiva.

Esta reminiscencia, hoy en día, se puede advertir en el Artículo 72, inciso F, de la Constitución Federal vigente, donde se consagra el principio de autoría formal de la ley, el cual dispone:

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose la Ley del Congreso y sus reglamentos respectivos, sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones...

F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

Esto significa que la interpretación de la ley debe seguir las pautas previstas para su elaboración ante el Poder Legislativo, lo cual implica que, conforme al texto constitucional vigente, sea intérprete como ocurrió en el siglo XIX.<sup>1</sup>

Como se ha advertido, una constante al inicio del constitucionalismo mexicano, tanto a nivel federal como a nivel local, fue la prescripción al Poder Judicial para poder llevar a cabo una labor interpretativa de la ley.

<sup>1</sup> En la actualidad, la Constitución prevé que no sólo el legislador, ni el enunciado de la ley, son los únicos elementos a considerar al momento de garantizar la eficacia del orden constitucional, ya que los órganos jurisdiccionales poseen la atribución para dotar de vigencia a cualquier norma que no se adecue a los parámetros de constitucionalidad, precisamente a través de la interpretación constitucional.

En los Estados, ante cualquier duda sobre los alcances o significado de una norma jurídica, la autoridad debía hacer del conocimiento al Congreso local, por conducto del Gobernador, sin que el Tribunal Superior pudiera llevar a cabo dicho planteamiento. Lo anterior estuvo contemplado en diversas constituciones, como en la de Jalisco del año 1824, las de Zacatecas, Tamaulipas y Michoacán de 1825 y la San Luis Potosí de 1826.<sup>2</sup>

La ley constitucional del 18 de agosto de 1824 de Tamaulipas estableció que ningún funcionario judicial, fuese Magistrado, juez o letrado, podían interpretar las leyes, las cuales deberían ser entendidas por su sentido literal, dando a las voces comunes el significado que tuviesen en el país. Ante la duda que tuviese un órgano jurisdiccional sobre el sentido de una ley, éste debía consultarlo al Poder Legislativo de la entidad. Si la duda fuese de un juez inferior o de primera instancia, el planteamiento se tenía que hacer a través del Tribunal Superior de Justicia.<sup>3</sup>

Cuando la interpretación era realizada por funcionario o persona no autorizada, se consideraba tal conducta como ilícita, la cual era sancionada de forma estricta.<sup>4</sup>

En el caso de las autoridades (no legislativas) que efectuasen una interpretación de alguna norma jurídica, estos serían castigados, considerándose dicha acción como una vulneración en contra los derechos de los ciudadanos; en caso de que fuese letrado, quedaría impedido para ejercer profesionalmente en el Estado, y si fuese un ciudadano, quedaría sujeto a una multa, tomando como parámetro la posición social y nivel educativo que guardasen.<sup>5</sup>

Para garantizar la supeditación de los jueces a la ley, la Constitución de Yucatán de 1825 disponía que en toda resolución, además de contener los hechos de la litis, se debería fundamentar literalmente con lo señalado por la norma jurídica, evitando así cualquier valoración discrecional por parte del operador jurisdiccional. De alguna manera, lo establecido por esta ley constitucional, no era más que la formalización del silogismo jurídico, llevado a un grado de rigidez absoluta.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, México, Ed. Porrúa- Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2009, p. 282.

<sup>3</sup> *Ídem*.

<sup>4</sup> *Ídem*.

<sup>5</sup> *Ídem*.

II. EL CASO *THOMAS BONHAM* Y EL ORIGEN  
DEL CONTROL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL  
DE LA LEY POR PARTE DE LOS JUECES.

Uno de los casos más importantes en el derecho judicial, es el de *Thomas Bonham* de 1610, mediante el cual se declaró, por primera ocasión, la invalidez de una norma expedida por el Parlamento, por ser contraria a los principios generales del *Common Law*. Siendo los factores de primacía dentro del sistema, condicionan la validez de cualquier acto de autoridad. A continuación se exponen brevemente las particularidades del caso y los alcances de la resolución dictada por el célebre juez Edward Coke.

Thomas Bonham, fue un médico egresado de la Universidad de Cambridge. Al graduarse, consideró ejercer su profesión con base en el título otorgado por su casa de estudios. Si bien dicho título garantizaba la existencia del grado de médico, como resultado de los años de estudio y formación, no era suficiente para poder ejercer —de modo ordinario— su labor profesional. Para ello requería una autorización por parte del *Royal College of Physicians*, resultado de un examen realizado sobre las habilidades del solicitante, el cual, en caso de no ser aprobado, imposibilitaba el ejercicio de la profesión de medicina.<sup>6</sup>

Este proceso devenía de una Carta emitida por Enrique VIII, la cual, a la postre, se convirtió en *Ley del Parlamento*. Si bien la *Carta*, en una primera instancia fue dictada dentro del ámbito de las facultades previstas para el monarca, era ilegítima —por no decir inconstitucional bajo los parámetros de medición actual— por su contenido eminentemente violatorio del *Common law*,<sup>7</sup> ya que atentaba contra la tradición antigua —antes mencionada— con tenedora de los principios y valores fundamentales.

Cuando Thomas Bonham decidió ejercer su profesión sin la autorización del *Royal College*, este órgano resolvió amonestarlo, buscando inhibir su intención de continuar laborando de manera ordinaria como médico. Dicha amonestación fue completamente ignorada por *Bonham*, dando paso a la acción subsecuente del *College*, la cual fue la imposición de una pena privativa de la libertad.

Desde prisión, Bonham redactó un recurso ante el Tribunal de Agravios Civiles, apelando la decisión del *College*, para que de esta manera recobrará

<sup>6</sup> Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, España, Ed. Dykinson, 1997, p. 51.

<sup>7</sup> Cfr. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 16.

su libertad, pero, sobre todo, para que le fuese reconocido el título dado por *Cambridge*, el cual lo habilitaba para ejercer su profesión sin ningún tipo de acreditación.<sup>8</sup>

Fue el célebre juez Edward Coke, quien, una vez que conoció el asunto, actuó con un activismo judicial poco común en su época. El juez Coke advirtió las consecuencias eminentemente reduccionistas al orden supremo materializado en el *Common Law* que poseía la ley en cuestión, ya que dotaba a un órgano no legitimado, la facultad de emitir penas privativas de la libertad, sin ser un ente jurisdiccional y estatal; además de no reconocer un título expedido por una institución universitaria, que era la encargada, de modo natural, de verificar si sus egresados se encontraban habilitados para desarrollar sus funciones profesionales.

En tal sentido, Coke emitió una resolución trascendental, no sólo para el adecuado control material y forma del sistema constitucional, sino también para la protección de los principios fundamentales que, en Inglaterra, son la base y sustento de la vida jurídica.<sup>9</sup>

Coke consideró, atinadamente, que las facultades otorgadas por la ley al *College*, vulneraba la esencia del *Common Law*, que funge como parámetro de validez de todo acto y ley emitida por cualquier órgano de poder. Es decir, no puede ser válida cualquier norma que atente o no se adecue al orden supremo.<sup>10</sup>

Esta resolución no limitó en sí misma las facultades del rey y el Parlamento, sino que vino a evidenciar la existencia de un control innato de la función jurisdiccional sobre los actos emanados de los otros órganos de poder, consistente en revisar si estos se apegan al *Common Law*.<sup>11</sup>

El control constitucional de los jueces, en cierta medida, tiene su antecedente remoto en este caso,<sup>12</sup> demostrando con ello que la función jurisdiccional, en razón de ser de su propia naturaleza, al valorar jurídicamente la solución de un caso concreto, puede proyectar inductivamente (del caso particular hacia lo general) un control efectivo de constitucionalidad. Es decir, se salvaguarda el orden supremo, al dejar sin efectos aquellas normas que propicien un perjuicio en lo individual, pero simultáneamente lo genera objetivamente.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>10</sup> GARCÍA BELAÚNDE, *op. cit.* p. 52.

<sup>11</sup> CREWS, Kenneth, *Corwin's Constitution*, EUA, Greenwood press, 1986, p. 93.

<sup>12</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 5a. edición, México, Porrúa, 2006, p. 304.

En la medida de que se vulneren derechos en lo particular por la aplicación de normas jurídicas, que independientemente procedan de un órgano autorizado para emitirlos, si su contenido es incompatible con el orden constitucional, su simple existencia y aplicación quebranta en su totalidad al sistema jurídico, por lo que deben ser declaradas como invalidadas.

Se puede decir justificadamente, que el caso *Thomas Bonham* es —ante todo— resultado de anteponer la supremacía del orden constitucional —investido en el *Common Law*— sobre cualquier acto u órgano que pretendiese vulnerarlo. La supremacía del *Common law* se mantuvo como tal, prevaleciendo sobre todo acto y acción gubernamental.

### III. LA DISCUSIÓN ENTORNO A LA LEY DE AMPARO DE 1869 Y LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 101 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1857

Hubo un momento determinante en el cual la función del juez se extendió al ámbito interpretativo, dejando de ser un simple verificador del supuesto normativo e instituyéndose como garante del orden constitucional. Esto se suscitó cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso Miguel Vega, advirtió su papel de intérprete y defensor del orden constitucional, declarando como inconstitucional el Artículo 8° de la Ley de Amparo. Esta resolución se derivó por la omisión del citado dispositivo normativo de contemplar los actos jurisdiccionales como sujetos de revisión por vía de amparo, lo que generaba una afectación en la vigencia y respeto de los Derechos Humanos.

Ante la rigidez de la interpretación de las leyes por parte del intérprete original o auténtico, llegó a un extremo tal, que los jueces de amparo tuvieron que comenzar con una función de interpretación y control constitucional en los casos concretos, ya que la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está supeditada a la decisión del Poder Legislativo, a través de la derogación o abrogación de la ley.

La prohibición para que los jueces pudiesen interpretar una ley llegó a tal extremo, que en el año de 1869 se generó una parálisis funcional en el sistema jurídico mexicano. El poder legislativo se declaró incompetente para interpretar la Constitución de 1857, la cual no disponía de forma expresa sobre qué órgano estaba facultado para fungir como intérprete de la misma.

El problema ocurrió al momento de discutir, por parte del Poder Legislativo, los alcances del Artículo 101 de la Constitución Federal, para poder definir el contenido de la Ley de Amparo de 1869, en lo referente a la proce-

dencia del amparo. El precepto constitucional mencionado establecía, en la fracción I, que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad que viole las garantías individuales. Por tanto, la cuestión era si el amparo procedía contra los actos de cualquier autoridad, incluyendo las judiciales, o si sólo procedían en contra de los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, tal y como se contemplaba en el modelo de amparo federal primigenio diseñado por Mariano Otero.

Juristas notables de la época, como Emilio Velasco, señaló que la Constitución no podía ser interpretada sino por el Poder Constituyente, por lo que los Poderes legislativos ordinarios estaban impedidos para regular sobre los alcances y sentidos de una disposición constitucional. Por tanto, Velasco asumió la posición de que mientras no existiese una modificación en el texto constitucional, el Poder Judicial era quien tenía la facultad de pronunciarse sobre su sentido.<sup>13</sup>

Al principio se discutió sobre cuál sería el tribunal federal que conocería, por vía de casación de estos tipos de actos, los jueces de distrito, o bien, directamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conforme fue avanzando la discusión al respecto, la oposición a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de la federación pudieran revisar las sentencias de los estados fueron incrementándose. Varios diputados rechazaban el amparo en contra de negocios judiciales, pues aducían una merma en la soberanía de los estados, la centralización de la administración de justicia y convertir en interminables a los juicios que surjan a nivel local.<sup>14</sup>

Finalmente, ante el rechazo evidente, se decidió establecer la improcedencia del juicio de amparo en contra las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, confiando a los jueces locales la aplicación del control difuso de constitucionalidad sobre las leyes estatales, en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 126 de la Constitución Federal del 1857.<sup>15</sup>

En consecuencia, el 31 de diciembre de 1868 se retiró el dictamen de las comisiones unidas, para modificar lo relativo a la improcedencia del amparo en negocios judiciales, ya que como lo manifestó Ezequiel Montes, éste no fue contemplado por el Constituyente, por lo que el Legislador estaba impedido a regular una competencia para el Poder Judicial, si ésta no se encontraba prevista por la Constitución Federal.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 285.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 287.

Filomeno Mata, quien había participado como constituyente en los debates de 1856-1857, y como legislador de la V Legislatura del Congreso de la Unión, señaló las ventajas de la función judicial, para dirimir y resolver conflictos entre la competencia federal y local, en los casos que se ven involucrados derechos de las personas. De ahí que desde el primer dictamen de la ley de amparo elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia del 19 de noviembre de 1869, se hizo procedente el juicio de amparo en contra de las ejecutorias de la justicia de los estados, en el supuesto de que éstas violasen algún derecho contenido en el texto de la Constitución Federal.

No obstante lo anterior, los debates continuaron entorno al tema de si el Poder Judicial podía o no, ser intérprete constitucional. Estas confrontaciones quedarían dirimidas el 18 de enero de 1869, cuando con 85 votos a favor de la improcedencia del amparo contra negocios judiciales, y 31 en contra, se determinaría —temporalmente— la imposibilidad, por parte del Poder Judicial, de conocer sobre resoluciones de los órganos jurisdiccionales que pudieran ser contrarias al orden constitucional y, por ende, de poder fungir como intérprete de la Constitución y las leyes.

#### IV. EL AMPARO MIGUEL VEGA Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE AMPARO POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE

No sería sino hasta la célebre resolución del caso Miguel Vega, que el juicio de amparo se concebiría como procedente en contra de negocios judiciales, y no de actos derivados de autoridades administrativas y legislativas. Además de lo anterior, el caso en cuestión permitió que la Suprema Corte ejerciera una revisión judicial efectiva sobre los actos del Poder Legislativo que transgrediesen el orden jurídico, por vía de la interpretación constitucional de las leyes, lo cual, como se ha advertido, resultaba imposible, aun cuando en las discusiones de la ley de amparo de 1869 se había mostrado las bondades de la figura norteamericana del precedente judicial, y la interpretación constitucional del juez, derivado principalmente, como se refirió, de los alcances normativos de la Artículo 101 constitucional.

El caso del Amparo Miguel Vega surge de un asunto de índole penal. José Bañuelos, cargador de oficio, apuñaló al jornalero Benito Prado en Culiacán, derivado de una riña que estos sostuvieron. Miguel Vega, juez de letras con

asiento en Culiacán, Sinaloa, conoció de la causa criminal, dictando sentencia el 18 de diciembre de 1868.

En su resolución, el juez Vega valoró que José Bañuelos actuó en legítima defensa, por lo que impuso como pena, dos meses y medio de prisión. Por vía de Apelación, el Tribunal Superior de Justicia de la entidad, al conocer de la impugnación, consideró que la sentencia era contraria a Derecho, por lo que decidió revocarla.

En cuanto al Juez Miguel Vega, el Tribunal Superior consideró que dictó una sentencia en la que no se valoró adecuadamente los hechos y la responsabilidad del agresor, por lo que decidió sancionarlo con fundamento en las leyes de Cádiz de 1813, las cuales se encontraban en vigor en aquel entonces en todo el territorio,<sup>16</sup> en las que se disponía en los Artículos 7 y 8 que, cuando un tribunal revocaba el fallo del inferior y estimaba que si por ignorancia o descuido el juez había fallado contra ley expresa, se debía privar de su cargo por un año. En consecuencia, fue separado del cargo por ese lapso de tiempo.<sup>17</sup>

Pero no fue la sanción dictada por el Tribunal Superior de Justicia local, la cual se encontraba debidamente fundada y motivada, la que generaría un agravio al Juez Miguel Vega, sino una sanción adicional, misma que consistió en prohibir el ejercicio de la profesión de abogacía durante el periodo de un año, lo que implicaba la vulneración de su derecho a la libertad de trabajo.<sup>18</sup>

En dicha resolución, el Tribunal no actuó como un órgano jurisdiccional materialmente, sino que fungió como un órgano administrativo, con atribución y competencia para imponer sanciones y castigos a las autoridades inferiores.<sup>19</sup>

Como consecuencia de dicha sentencia, Miguel Vega interpuso una demanda de juicio de amparo, aun cuando en la Ley de Amparo de 1869, en el Artículo 8 se establecía que no era admisible el recurso de amparo en negocios judiciales, tal y como se ha mencionado. El Juez de Distrito del Estado de Sinaloa, basándose en la prohibición expresa de la norma, no dio entrada a la demanda, desechándola de plano.

En razón de dicha resolución, el Juez Vega interpuso un recurso de apelación ante la Suprema Corte, trayendo consigo la revocación del auto del juez de distrito. Para llegar a tal decisión, en un primer momento, la Corte discutió

<sup>16</sup> CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio*, México, SCJN, 1988.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, "Amparo Vega", en *Revista jurídica primera instancia*, julio-agosto, México, 2010, p. 2.

la naturaleza material del acto emitido por el Tribunal Superior de Justicia, es decir, si efectivamente se trataba de un acto judicial, o bien, de un acto de carácter administrativo. En opinión del Ministro Miguel Auza, que a la postre sería la posición que imperaría en la sentencia, se precisó que el acto poseía las cualidades de un acto administrativo.

Fue a León Guzmán, como Fiscal de la Suprema Corte, a quien le correspondió pedir al Pleno del Máximo Tribunal, la revocación de la sentencia del juzgado de Distrito, para que de esta forma procediese el amparo y la tutela del derecho vulnerado al Juez Miguel Vega.

El Tribunal Superior de Justicia se negó a rendir el informe a la Suprema Corte, así como cumplimentar la sentencia del 20 de julio de 1869, basándose en lo dispuesto por el Artículo 8° de la Ley de Amparo, así como por el hecho de que la sentencia revocada ya había causado estado, y siendo cosa juzgada, resulta improcedente su modificación sin que se incurriera en una responsabilidad. Por tanto, el Tribunal Superior fue deferente con el legislador, y optó por el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, aplicando lo previsto por el referido Artículo y, desvinculándose de lo interpretado y resuelto por la Suprema Corte.

La interpretación constitucional vertida por la Suprema Corte generó una reacción en diversos ámbitos y sectores del foro jurídico y político. En el semanario *El Derecho* se identificó el *quid* de este caso, cuya pregunta fundamental era: ¿La Suprema Corte de Justicia ha traspasado sus facultades al dar entrada?

La motivación del Tribunal Superior se basó en el razonamiento prevalente en aquella época, como ya se ha expuesto en el presente trabajo, de que la interpretación de la ley correspondía sólo a quien la elaboraba. Por tanto, si el Congreso de la Unión estableció que los negocios judiciales no eran susceptibles de ser revisados por vía de amparo, cómo podía justificar una atribución en una materia que resultaba del todo improcedente.

En una de las consideraciones del resolutivo en cuestión, la Suprema Corte señaló con relación a la queja interpuesta por el Juez Vega, ante la jurisdicción de amparo, en relación con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, que: “al salirse de la prescripción legal ha violado clara y terminantemente la garantía consignada en el Artículo 4° de la Constitución Federal, según el cual a nadie se puede impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, cuando ataca los derechos de tercero, o gubernativamente conforme a la ley, cuando ofende

los de la sociedad”.<sup>20</sup> En su resolutivo, la Suprema Corte de Justicia amparó y protegió a Miguel Vega contra la providencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa de suspenderlo por un año en el ejercicio de su profesión de abogado, lo cual vulneraba en su persona el derecho reconocido en el Artículo 4° constitucional.<sup>21</sup>

En su resolución, la Suprema Corte no sólo garantizó de forma efectiva el derecho a la libertad de trabajo a favor de Miguel Vega, previsto en el Artículo 4° de la Constitución Federal, sino que desarrolló un ejercicio de interpretación jurídica garantizando la supremacía del texto constitucional sobre una norma inferior, a través de la declaración implícita de inconstitucionalidad del Artículo 8° de la ley de amparo, cuyo contenido limitaba la eficacia del juicio de amparo y de una tutela efectiva. De ahí que juristas del calado de Don Antonio Carrillo Flores, lo hayan considerado el equivalente mexicano del célebre caso *Marbury v. Madison*.<sup>22</sup>

Si bien no existió una declaración explícita de inconstitucionalidad del Artículo 8° de la Ley de Amparo, a través de los alcances de la interpretación vertida por la Suprema Corte, al otorgar el amparo a Miguel Vega, se puede advertir que se llevó a cabo una declaración de inconstitucionalidad implícita.

Derivado de la resolución dictada por los Magistrados de la Suprema Corte, algunos integrantes del Congreso de la Unión comenzaron una persecución política, que culminaría con la interposición de una demanda de juicio político, teniendo como causal de procedencia, el hecho de haber resuelto un amparo en contra del texto de la ley; en este caso, de lo previsto por el Artículo 8° de la Ley de Amparo. En el fondo, el Congreso buscaba sancionar a los Magistrados Vicente Riva Palacio, José María Castillo Velasco, Pedro Ordaz, Joaquín Cardoso, Ignacio Ramírez, Simón Guzmán y al Procurador León Guzmán, por haber efectuado una interpretación constitucional de la norma referida, lo cual seguía siendo visto como una actividad restringida para los órganos jurisdiccionales.

Los diputados que iniciaron el juicio político en contra de los magistrados mencionados por haber admitido la demanda de amparo promovida por el juez Vega, arguyeron que: “si se quería que la Constitución y las leyes fuesen de verdad, no debe consentirse que nadie pueda infringirlas; y mientras más

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>21</sup> *Ídem*.

<sup>22</sup> Cfr. CARRILLO FLORES, Antonio, *La Suprema Corte Mexicana, de 1824: el caso de Miguel Vega y la acusación contra los Magistrados en 1869: nacimiento y derogación del juicio de amparo*, México, SCJN, 1999, p. 168.

elevada sea la categoría de los funcionarios, es más imperioso el deber de no permitirse que se sobreponga a ellas".<sup>23</sup>

Antonio Carrillo Flores consideró esta acción del Congreso de la Unión como un craso error, ya que en vez de querer juzgar una aparente conducta inconstitucional de los Magistrados al resolver en un sentido determinado, y no como ellos consideraban que era debido, se debió haber emitido una ley que permitiese revisar, mediante un proceso diverso al amparo, las decisiones de los tribunales locales, lo cual hubiera sido perfectamente compatible con el Artículo 101 de la Constitución, aprovechando la riqueza jurisprudencial norteamericana existente sobre la materia, o bien, que el Poder Revisor hubiese realizado la reforma constitucional correspondiente.<sup>24</sup>

Como se ha podido advertir, la Suprema Corte, en su resolución, se fundó en el Artículo 101 de la Constitución Federal, el cual preveía que, en caso de violaciones a los derechos del hombre consagrados en el texto constitucional por leyes o actos de autoridad, los tribunales federales serían los encargados de resolver la controversia en cuestión. En cambio, el Congreso sostenía que, con fundamento en el Artículo 8° de la Ley de Amparo, los actos emanados de los órganos jurisdiccionales resultaban improcedentes para ser revisados por vía de dicho juicio constitucional.<sup>25</sup>

Si bien existía una contradicción entre estos dos preceptos, la forma de llevar a cabo el procedimiento por el gran Jurado del Congreso de la Unión hacia los Magistrados sujetos a proceso de Juicio Político, provocó una reacción enérgica por parte de un sinnúmero de legisladores que fueron desistiéndose en el ánimo de juzgar la actuación de los jueces constitucionales.

En un documento memorable, suscrito por el Magistrado Ignacio Ramírez, dirigido a los Secretarios del Congreso, justificó su negativa, así como la de sus compañeros magistrados, de comparecer ante la Comisión del Gran Jurado:

La Constitución Federal reconoce como principio fundamental de nuestras instituciones políticas la independencia de los supremos poderes de la Federación, y tal independencia faltaría desde el momento en que uno de esos poderes se constituyese en juez del otro. La acusación infringe este precepto constitucional con el hecho de pretender que el Congreso se erija en juez de la Suprema Corte de Justicia. Esta infracción es evidente porque lo que sirve de materia a la acusación es un acto de dicha Corte ejercido dentro de la órbita de sus facultades constitucionales como supremo Poder Judicial de la Federación.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> TOVAR, Pantaleón, *Historia parlamentaria del Cuarto Congreso Constitucional*, T. 4, México, Imprenta cumplido, 1874, pp. 290-291.

<sup>24</sup> Cfr. CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.*, p. 167.

<sup>25</sup> El Siglo Diez y Nueve, Séptima época- Año vigésimo sexto, México, Viernes 7 de mayo de 1869.

<sup>26</sup> CARRILLO FLORES, Antonio, *op. cit.*, p. 167.

Se intenta dar a la acusación el carácter de personal contra siete Magistrados, pero el Congreso de la Unión abunda en buen sentido para conocer que en esto hay una equivocación tan patente como lamentable. Los acuerdos de todo cuerpo colegiado se forman por la reunión de los votos de sus individuos; y desde el momento en que la mayoría se ha declarado en un sentido, los individuos desaparecen, y no queda sino el cuerpo moral único que puede dar a esos acuerdos el carácter de tales. En otros términos: el voto de la mayoría es el voto del cuerpo colegiado. Lo que se dice del voto de esa mayoría se entiende del cuerpo colegiado. Acusar a la mayoría por ese voto, es acusar al cuerpo mismo. Estos principios de estricto derecho, lo son también de simple sentido común.

La Suprema Corte de Justicia tiene el sagrado e imprescindible deber de sostener su independencia como Supremo Poder Constitucional. Esa independencia está íntimamente ligada con su ser político; es un atributo esencial que deriva de la ley suprema del país. La Corte consentiría mil veces en dejar de existir, antes que vivir sin su independencia constitucional. Estas consideraciones prueban cumplidamente que la acusación intentada contra la mayoría de la Suprema Corte de Justicia, es un atentado contra el Supremo Poder Judicial de la Federación y un intento de violar su independencia.

El Artículo 8° de la Ley de Amparo, es notoriamente contrario al 101 de la Constitución. Éste manda que sea oída en juicio toda queja por violación de garantías individuales que cometa cualquier autoridad. Aquél excluye los negocios judiciales. Ahora bien, para nadie puede ser dudoso que cuando una ley cualquiera pugna con la Constitución, los tribunales deben sujetarse a ésta y desechar aquélla.

Hay otra razón muy poderosa y decisiva. El Artículo 101 de la Constitución tiene por objeto evidente favorecer y asegurar las garantías individuales. Luego el Artículo 8° de la Ley de Amparo que contraría al 101 de la Constitución, ataca esas mismas garantías. Luego el Artículo 8° de la ley cae bajo la prevención del Artículo constitucional. Luego el Poder Judicial de la Federación tiene la facultad y el deber de conocer amparos contra el referido Artículo 8°.

Esto funda eficazmente la facultad constitucional de la Corte de Justicia. A la cuestión sobre si el Congreso puede juzgarla por su declaración, la respuesta, en sentido negativo, es tan obvia como legal.

Finalmente, la acusación no prosperó. La Suprema Corte continuó dando entrada a los juicios de amparo contra actos judiciales,<sup>27</sup> hasta que en la Ley

<sup>27</sup> MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Amparo Vega*, *op. cit.*, p. 4.

de Amparo de 1882 se eliminó la prohibición del amparo en negocios judiciales como algo caduco e inútil.<sup>28</sup>

### CONCLUSIÓN

La interpretación constitucional de las leyes es una función inherente a la actividad jurisdiccional, ya que el juez, al momento de resolver un conflicto determinado, busca desentrañar el sentido de la norma jurídica, para que de esta forma, en caso de que existan vaguedad o ámbitos de oscuridad en su contenido, se pueda subsanar de cara a una mejor administración de justicia.

No se puede concebir hoy en día un sistema jurídico en el que el control jurisdiccional no opere en aras de mantener la eficacia de éste. La interpretación vertida por parte del juez es determinante para propiciar que las disposiciones normativas se adecuen al parámetro de validez constitucional.

Cuando el juez aplica una norma jurídica al caso concreto, es el único que puede remediar un déficit o imperfección explícita o implícita que pueda contener, aspecto que lo ubica en una situación inmejorable para dotar al orden jurídico y a los Derechos Humanos que puedan verse vulnerados, de una eficacia y vigencia óptima y permanente.

Pero también, como se advirtió en la presente investigación, la interpretación no se limita a buscar el sentido y alcances de una norma jurídica, sino que en aquellos supuestos en donde exista una omisión legislativa, el juez está obligado a implementar las disposiciones que sean necesarias para garantizar la fuerza normativa del texto constitucional. Tratándose de Derechos Humanos, los jueces, a través de la interpretación, harán prevalecer el principio pro persona, aplicando la norma o criterio interpretativo que mejor favorezca el ejercicio de un derecho determinado.

Cuando el derecho humano no sea explícito normativamente, el juez deberá llevar a cabo una labor de reconocimiento para garantizar su reconocimiento y tutela efectiva. De ahí que la interpretación constitucional sea hoy en día, la herramienta más importante y efectiva para reparar y actualizar cualquier merma, falla o falencia que pudiese existir en la estructura normativa del sistema constitucional.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.* p. 293.

## EL TESTAMENTO EN LOS TEXTOS DEL JURISTA NERACIO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO. 1. *Introducción*. 2. *Sustitución pupilar*. 3. *El esclavo designado heredero*. 4. *Institución de heredero bajo condición parcialmente imposible*. 5. *La condición y el statuliber*. 6. *Designación de tutores en el testamento de la mujer*.

### I. INTRODUCCIÓN

El jurista Neracio Prisco que formó parte del consejo imperial de Trajano y Adriano (siglo II d.C.) trató en sus obras diferentes argumentos que tienen como centro de interés el testamento. Uno de los primeros problemas, motivo de nuestro estudio, consistirá en determinar el valor de la máxima afirmada por Neracio en su libro segundo *membranarum* en D. 29.2.59. sobre la sustitución pupilar '*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere*' (Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto) y su confrontación con textos jurisprudenciales que parecerían demostrar su falta de aplicación por parte de otros juristas. Después veremos un caso específico analizado por Neracio en el libro primero de la misma obra, en D.28.5.55(54), sobre el mismo argumento y las consecuencias en relación a un esclavo manumitido.

Otros temas tratados por Neracio en materia testamentaria son la interpretación de las disposiciones '*Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto*' (Estico sea libre y después de ser liberado, sea heredero), recordada por Ulpiano, libro quinto *ad Sabinum* en D. 28.5.9.14 y '*si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat*' (Si hubiera mandado que si uno hubie-

se manumitido ciertos esclavos, fuese heredero) citada por Pomponio, *libro tertio ad Sabinum* en D. 35.1.6.1. En el primer caso, la cláusula testamentaria habría sido considerada poco precisa, porque la concesión de la libertad y el nombramiento de heredero deberían darse contemporáneamente sin considerarse un antes y un después; y en la segunda, existiría una institución de heredero bajo condición parcialmente imposible ocasionada por la muerte de algunos esclavos.

La condición en el testamento asume relevancia en el caso del *statuliber*; así por ejemplo, Neracio interpreta la disposición testamentaria '*si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto*' (si yo no tenga ningún hijo al tiempo de mi muerte será libre Estico) con relación al hijo concebido antes de la muerte del *de cuius* según recuerda Ulpiano, *libro nono decimo ad Sabinum* en D. 40.4.7. Otras cláusulas testamentarias sobre el mismo argumento son analizadas por el jurista en su libro tercero *membranarum* en D. 40.7.17. como sería la de entregar una cantidad para permitir al esclavo de obtener la propia libertad '*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*' (si hubiera dado 10 al heredero ordeno que sea libre) o en Pomponio, *libro octavo ad Sabinum* en D. 40.7.5 pr. la obligación del esclavo de entregar las cuentas de su administración en una determinada actividad comercial, así como la indicación del lugar en donde debería efectuarse la entrega de las cuentas, según Pomponio, *libro duodecimo epistularum* en D. 35.1.112.3.

Un último argumento que se refiere a la presente investigación, tratado por Neracio en su libro tercero *regularum* en D. 26.3.2 pr.-1., sería el nombramiento de los tutores hecho por la mujer en su testamento, problema que causa un gran interés porque, si bien, ella no habría podido hacerla, la disposición habría tenido validez previa investigación (*inquisitio*) del pretor.

## 2. SUSTITUCIÓN PUPILAR

En un pasaje de Neracio de su segundo libro *membranarum* en D. 29.2.59, encontramos importantes criterios del jurista respecto a la sustitución pupilar:

*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere: quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati et adcrendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Según Mommsen en su edición *maior* del Digesto, el pasaje, en la parte que corresponde a las

(Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto. Y esto debe ser considerado también en el caso en que el padre hubiera muerto durante la vida del pupilo y el pupilo hubiera muerto impúber después de él. Por ello el que será heredero será considerado heredero necesario también del pupilo, además, si para el mismo existe la obligación también en contra de su voluntad, se debe considerar que la herencia del pupilo se une a la paterna y se adquiere por derecho de acrecimiento al que se vuelva heredero del padre).

El texto inicia enunciando un criterio fundamental de la sustitución pupilar '*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere*' (Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto) y además, el jurista explica que esto debería ser admitido también (*etiam*) si hubiera muerto el *pater* viviendo el pupilo y después hubiera fallecido el menor antes de llegar a la pubertad, caso evidente de sustitución pupilar.

La crítica de la doctrina al pasaje no puede pasar inobservada bajo el aspecto formal, ciertamente, el uso repetido del término *nam* (ciertamente), tan cercanos entre ellos, haría pensar en la existencia de alteraciones en edad justiniana probablemente finalizadas a sintetizar su contenido. Según Finazzi<sup>2</sup> la falta de elegancia en el lenguaje es causada por la particular naturaleza de la obra de donde proviene el texto, pero su tesis no puede ser aceptada por nosotros porque, si bien el título de la obra *membranae* podría tener como contenido 'miniaturas jurídicas', esto no autoriza a pensar que el lenguaje escrito por el jurista habría sido utilizado sin respeto de reglas de estilo. El pasaje es una síntesis justiniana del pensamiento neraciano y como tal debería ser interpretado; efectivamente, la máxima enunciada presupondría elementos existentes no declarados en la versión que tenemos del texto pero

palabras *nam-erit*, sería una glosa. Tesis aceptada por G. LA PIRA, "La sostituzione pupillare", en *Studi in Onore di P. Bonfante*, 3, Milano, 1930, 309 n. 46, por H.J. WOLFF, "Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'heres' Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft", en *Studi in Onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, 451n.74 y por U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, p. 307, n. 1, el cual además incluiría como no clásica la parte *nam si-hereditati et*. El texto diría así: *si vivo pupillo mortuus erit (substitutus), deinde pupillus impubes decesserit, adcrendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*. S. SOLAZZI, "Unum testamentum duarum hereditatum", en *LABEO*, 1, 1955, p. 192 piensa sea clásica la primera parte del pasaje: *Qui-paetermittere*, R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, pp. 62-ss, afirma que la frase *nam-erit* es una glosa hecha con la finalidad de aclarar el pensamiento de Neracio y según nuestra opinión, ciertamente el texto fue alterado en edad justiniana como demuestra la repetición de la palabra *nam* demasiado cerca, pero no obstante tal hecho, el contenido seguramente es clásico.

<sup>2</sup> G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 255 y n. 143.

que existían en la obra clásica, sobre este punto la propuesta de Enantiofane en sch. 3 a Bas. 45.1.21 (tesis seguida por Greiner y Honoré)<sup>3</sup> parecería aceptable, no sólo porque es el primer criterio interpretativo referido en el pasado, sino porque, además, resulta ser el más adecuado: un testador habría designado herederos a sus hijos, uno púber y otro impúber y habría establecido como heredero sustituto del menor el primero en el caso que no hubiera llegado a la edad de la pubertad. Diferentemente negando tal interpretación, habríamos debido presuponer la designación por parte del de cuius de un heredero extraño a la familia que habría sido heredero junto al menor si este último no hubiera sido desheredado y que el mismo no habría tenido la posibilidad de rehusar la sustitución pupilar, no obstante, hubiera sido un heredero voluntario del padre; pero, evidentemente, aceptar tal posición resultaría menos probable.

La doctrina duda que la jurisprudencia hubiera aceptado el dogma neraciano en su sentido literal como Finazzi,<sup>4</sup> el cual presentaría como fundamento el caso de Africano, del libro cuarto de sus cuestiones en D. 28.6.34.1:

*Filium impuberem et Titium heredes instituit: Titio Maevium substituit, filio, quisquis sibi heres esset ex supra scriptis, substituit. Titius omisit hereditatem, Maevius adiit. mortuo deinde filio putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit.*

(El testador designó como herederos el hijo impúber e Ticio, a Ticio sustituyó Mevio, al hijo, cualquiera que de los nombrados hubiera sido su heredero. Ticio renunció a la herencia. Mevio la aceptó. Muerto posteriormente el hijo se piensa preferentemente que la herencia del pupilo en base a la sustitución sea ofrecida sólo al que haya aceptado también la herencia del padre).

El testador nombra como herederos a su hijo impúber y a Ticio (*Filium impuberem et Titium heredes instituit*) y Mevio como sustituto del segun-

<sup>3</sup> 'Enantiofanoáj. 'Exele t'n poupillar...an Øpokatēstasin di' tō e, rhmšnon bib. kq/. tit. b/. dig. nq/. per' edelfoá. En H.J. SCHELEMA y D. HOLWERDA, *Basilicorum libri LX. Series B volumen VII Scolia in libr. XLII, 2-XLVIII*, Gravenhage, 1965, 2658. G. BALDITARA, *Diritto Pubblico Romano*, Torino, 2013, pp. 32-ss, afirma que el Anónimo/Enantiofane del siglo VII habría aclarado e interpretado los textos tratando de explicar las contradicciones contenidas en el Digesto, según nosotros, probablemente consultando material clásico que había sobrevivido en ese periodo histórico. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., 63 interpreta el pasaje en el sentido que un pater que tenía descendencia inmadura (unmündigem Abkömmling) y un hijo púber (Den Mündigen) mencionado en el texto con los términos *qui patri heres exstitit*. En el mismo sentido A. M. HONORÉ, "A Study of Neratius and a reflection on method", en *RHD*, 43, 1975, p. 235. Contrariamente FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, op. cit., 255 n. 139 niega la propuesta por falta de justificación a la incorporación de este dato pero, según nosotros, si el pasaje fuera una síntesis justinianea no vemos razón para negar un válido criterio interpretativo.

<sup>4</sup> FINAZZI, *La Sostituzione pupillare*, op. cit., pp. 262-ss.

do. El sustituto del menor sería cualquiera que de los herederos escritos se hubiera vuelto heredero del padre (*filio, quisquis sibi heres esset ex supra scriptis, substituit*); Ticio no efectúa la aceptación de la herencia del testador (*omisit hereditatem*), sino que la hace su sustituto (*Maevius adiit*). El menor no llega a la pubertad y el jurista, probablemente Juliano (como parecería pensarse por el uso del término *putat*),<sup>5</sup> considera más adecuado (*magis*), que por motivo de la sustitución la herencia del pupilo corresponda únicamente a quien hubiera hecho también la *aditio* del padre; esto es, no habría sido suficiente la simple designación del sustituto para transformarse en heredero del pupilo, sino que sería necesaria también (*quoque*) haber aceptado la herencia del padre.<sup>6</sup> Tal pasaje, según nosotros, no contradice la tesis de Neracio, al contrario, parecería más bien una confirmación de la misma, aplicada al heredero voluntario porque, si el sustituto del impúber hubiera querido dejar la herencia del hijo, no habría debido efectuar la *aditio* de la *hereditas* del padre y contrariamente, si hubiera tenido interés a la misma, habría debido aceptarla, constatándose así como las dos herencias eran vistas por el jurista bajo el perfil de una relación de dependencia recíproca.

Se piensa<sup>7</sup> además que un pasaje de Papiniano, *libro sexto responsorum* en D. 29.4.27pr. podría ser contrario a la tesis neraciana:

*Mater secundis tabulis impuberi filio substituta locum edicto facit, si omisso testamento legitimam hereditatem filii possideat. idem iuris erit et si filio heres data sit et substituta.*

(La madre que sustituye al hijo impúber con las segundas tablas testamentarias da lugar a la aplicación del edicto si, dejando el testamento, posea la herencia legítima del hijo. Se observará el mismo derecho también si ella fuera designada coheredera del hijo y como su heredera sustituta.)

<sup>5</sup> Así piensa FINAZZI, *La Sostituzione pupillare*, op. cit., pp. 262-ss.

<sup>6</sup> Contrariamente FINAZZI, op. cit., 263, afirma que el adverbio *quoque* que relaciona la aceptación de la herencia del testador con la *delatio* de la herencia pupilar en la frase *putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit* 'sebra indicare che, malgrado l'avvenuto acquisto dell'eredità paterna, una nuova e separata adizione necessita per acquistare la pupillare'. El fundamento de tal afirmación de Finazzi lo encontraría 'nella cesura logica, che si evince dalla formula di sostituzione, tra il concetto di *heres sibi (patri)* e quello di *substitutus filio*, dalla quale sembra emergere una certa irrilevanza, nel caso di specie, del profilo della successione mediata del sostituto al testatore, sintomatica di una prospettiva completamente diversa rispetto a quella dalla quale si poneva Nerazio'. No estamos de acuerdo con el investigador porque la doble *aditio* que piensa Finazzi que exista no logramos encontrarla, el uso de *quoque* indicaría que el nombramiento del sustituto del impúber no bastaría para transformarse en su heredero sino que existiría también la necesidad del heredero voluntario, en este caso Mevio, de aceptar la herencia del pater para poder ser efectivamente heredero del menor y no una nueva y separada *aditio* para obtener la herencia del impúber. Interpretando el texto en estos términos no vemos la existencia de contradicciones con el pensamiento neraciano.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 263-ss.

El texto trata de la aplicación del *edictum si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* (edicto si alguien haya omitido la causa del testamento para poseer la herencia *ab intestato*). Tit. XXVI § 168 ed. Le-nel) al caso de la madre, heredera sustituta del hijo impúber, que decide de poseer *ab intestato* los bienes del hijo para no pagar los legados dispuestos a su cargo en las *secundae tabulae*. Finazzi afirma 'mentre nel sistema descritto in Ner. 2 membr. D. 29.2.59, la madre coerede adeunte *ex institutione*, non potendosi sottrarre all'acquisto dell'eredità pupillare, sarebbe stata tenuta per ciò stesso nei confronti dei legatari, Papiniano, per ipotesi, svincolando le chiamate, si trovava a dover soddisfare la stessa esigenza sul piano del diritto onorario, applicando l'editto *si quis omissa causa*'. Nosotros no vemos ninguna contradicción ya que, si bien, Neracio había establecido la imposibilidad del heredero sustituto de no aceptar la herencia del hijo, esto no significaba una negación de Papiniano a tal tesis, únicamente habría incorporado la facultad a los legatarios de presentarse frente al pretor para tener también la protección de este tipo de edicto.

Otro texto contrario a la tesis neraciana, según la doctrina,<sup>8</sup> sería el de Ul-piano, *libro quarto ad Sabinum* en D. 28.6.10pr.:

*Sed si plures sint ita substituti: 'quisquis mihi ex supra scriptis heres erit', deinde quidam ex illis, posteaquam heredes exstiterint patri, obierunt, soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sint, nec quicquam valebit ex persona defunctorum.*

(Pero si más personas hubieran sido sustituidas en este modo: 'cualquiera de los que se encuentra escrito en mi testamento será heredero' y posteriormente algunos de ellos después de llegar a ser herederos del padre mueren, sólomente los que sobrevivieron se volverán herederos en base a la sustitución en proporción a las cuotas por las cuales fueron instituidos, no siendo posible considerar en algún modo la personalidad de los difuntos).

Un testador había nombrado varios herederos sustitutos en la herencia del hijo y entre aquellos que se volvieron herederos del padre, algunos se murieron antes del menor, el jurista afirma que únicamente los que sobreviven serán herederos en base a la sustitución *pro rata* de las partes de las que fueron instituidos sin necesidad de considerar a los muertos.

El texto parecería contrario a la posición neraciana en D. 29.2.59 'Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto' (*Qui patri heres*

<sup>8</sup> En este sentido LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 309 n. 46 y FINAZZI, *La Sostituzione pupillare*, op. cit., pp. 264-ss.

*exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere*) porque también en este caso los herederos del padre debían convertirse en sustitutos del hijo, aunque ya hubieran muerto; es decir, el derecho a la herencia correspondería a los herederos de estos últimos. Tal tesis contraria podría ser explicada en el sentido que el derecho de la sustitución pupilar debería existir únicamente mientras estuviera en vida el heredero, así se observa en varios textos jurisprudenciales como por ejemplo, Celso, *libro sexto decimo digestorum* en D. 28.5.60(59).6 el cual afirma que el coheredero sobreviviente excluiría a los herederos del que murió antes: *...nec potest intellegi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit* (resulta imposible de pensar que aquello haya sido dado a quien ya no se encontraba en vida) o específicamente el pasaje de Marciano, *libro quinto institutionum* en D. 38.16.9, en donde claramente se distinguen dos casos: el primero recordado también en Inst. 3.4.4, donde la cuota de los herederos legítimos que no habrían podido aceptar la herencia, por causa de muerte o por cualquier otra razón, debería incrementar a todos los otros sucesores y en caso de muerte el derecho de acrecimiento correspondería a sus herederos (*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet*). El segundo correspondiente a la sustitución del coheredero habría tenido consecuencias diferentes, ya que se otorgaba en vida la herencia en base a la sustitución y en el caso de muerte, el derecho no se habría transferido al heredero del sustituto (*alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur*).

La explicación de los textos anteriores se encontraría en la naturaleza de la sustitución pupilar porque, como recuerda Gayo en 2.180, en la misma existía la particularidad de la existencia de dos herencias en base a un único testamento: *aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*, así, la existencia del heredero habría sido necesaria no únicamente al momento de la muerte del *pater*, sino que debería continuar a existir también después del fallecimiento del menor antes de que llegara a la pubertad y de la apertura de las tablas testamentarias (*tabulae inferiores o posteriores*). La razón resulta lógica, el heredero del pupilo debe existir al momento en que se produzca la condición (*condicio substitutionis*), porque un heredero no puede fallecer antes del de *cuius* (en este caso el menor y no el *pater*); así, los herederos sustitutos del menor, que se encontrarían todavía en vida, se volverían herederos con base

en la sustitución *pro rata* de las partes de las que hubieran sido instituidos sin necesidad de considerar los fallecidos como habría afirmado Ulpiano en D. 28.6.10pr. y en su libro décimo tercero *ad legem Iuliam et Papiam* en D. 29.2.81: *Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quotiens acquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem* (Se considera que el heredero instituido aceptó también por causa de la sustitución todas las veces necesarias para que pueda adquirir para sí mismo; por ello, si hubiera muerto, la sustitución no se transferirá a su heredero).

La tesis jurisprudencial anterior no puede considerarse contraria a la posición neraciana, no sólo por la interpretación que hicimos del pasaje, sino sobretudo porque, según nuestra opinión, el jurista Antonino habría dado por presupuesto que era un requisito indispensable la existencia del heredero de la sustitución pupilar al momento de la muerte del impúber.<sup>9</sup>

El texto de Neracio en D. 29.2.59 consideraba, según nosotros, el caso de un testador que habría nombrado herederos a sus hijos, uno púber y el otro impúber y habría establecido como heredero sustituto del menor el primero en caso en que el segundo no viviera hasta que llegara al momento de la *pubertas*. Obviamente, el heredero púber del padre habría debido estar vivo al momento de la muerte del hermano impúber, por las consideraciones que hicimos anteriormente, volviéndose heredero necesario del pupilo (*nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit*). El jurista parecería tener una visión unitaria del patrimonio hereditario, porque, si bien es cierto la herencia del pupilo tenía una propia identidad, tal habría sido considerada como parte sujeta a una condición de la herencia paterna; por ello, el púber coheredero del impúber, transformándose en su sustituto, habría adquirido no únicamente una cuota hereditaria, sino la totalidad en base al *ius ad crescendi* (*coniungi eam paternae hereditati et ad crescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*). La razón es clara, si bien es cierto son

<sup>9</sup> Según F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. F. Serafini), 28, IV, Milano, 1904, p. 126 el principio con el cual se establece que en el caso de institución de más herederos, la sustitución producida después de la muerte de uno de ellos, no tendría ningún efecto para los herederos de él, no solo corresponde a los principios generales de derecho, sino inclusive se encuentra confirmado en varios documentos textuales. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 309 n. 46, resuelve el problema con el criterio de la glosa en Ner. 2 memb. D. 29.2.59 en *Digestum infortiatum, Venetiis*, 1581, 452, en donde se hace la distinción entre el *ius substitutionis* y el *ius ad crescendi*. 'Il *ius substitutionis* non potrebbe evidentemente passare all'erede del sostituto. Trattandosi della attribuzione della qualità di erede, attribuzione per sua natura assolutamente personale, è ben chiaro che morto il sostituto prima del pupillo non possa più aver luogo la sostituzione pupillare'.

consideradas dos herencias, bajo el punto de vista formal, la voluntad testamentaria es únicamente del *pater* y por tal motivo en la perspectiva neraciana el patrimonio es considerado uno solo.

La importancia de la sustitución pupilar es subrayada por Neracio en su libro primero *membranarum* en D.28.5.55(54), texto que si bien en origen sería anterior a D. 29.2.59, hemos preferido citarlo después porque se analiza un caso específico:

*Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit: eum pupillus vendidit Titio: Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit. superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur. sufficit ita posterius factum esse, ut aliquo casu potuerit ex eo heres existere. quod ad vim autem eius institutionis pertinet, ita se res habet, ut, quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque consequi non possit: si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit ac si pupillo substitutus non fuisset: si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit.*

(El padre nombró como sustituto del hijo un esclavo y dispuso que fuera libre, el pupilo lo vendió a Ticio; Ticio habiendo ya hecho un primer testamento, en un segundo testamento dispuso que el esclavo fuera libre y heredero. El primer testamento de Ticio se volvió inválido porque aquel esclavo puede ser también nombrado heredero y porque, con la finalidad que el primer testamento se vuelva inválido, es suficiente que un testamento posterior haya sido hecho en modo tal que pueda, en base al mismo, existir un heredero. Por lo que se refiere a la eficacia de la institución del esclavo, las cosas se encuentran en este modo: mientras que en base a aquella sustitución el esclavo puede ser heredero del pupilo, el mismo no podrá obtener la libertad ni la herencia del testamento de Ticio, pero si el pupilo se volviera jurídicamente independiente, el esclavo, con fundamento en el testamento de Ticio será libre y heredero como si no hubiera sido sustituto del pupilo, si después se volverá heredero del pupilo, es más apropiado que, si así lo desee, pueda también ser heredero de Ticio).

Un *pater* había nombrado como heredero a su hijo impúber designando como sustituto del hijo un esclavo al cual se concedió también la libertad, en el caso que el menor hubiera muerto antes de llegar a la pubertad. El pupilo, obviamente con el permiso del tutor, vende el esclavo a Ticio, el cual ya habiendo efectuado un primer testamento, elabora otro en donde dispone que el *servus* fuera heredero y libre. Como es notorio, el primer testamento de Ticio se volvería *ruptum* por la existencia de uno posterior (obviamente eficaz) y el jurista se detiene sobre tal aspecto para subrayar, probablemente a un público no experto, la razón de la validez del segundo,<sup>10</sup> recordando un dato adquiri-

<sup>10</sup> No logramos entender en modo diferente la razón del por qué el jurista habría debido subrayar un

do en jurisprudencia: un esclavo podía ser heredero testamentario y por este motivo el primer testamento quedaría sin efectos (*ruptum est*) al existir en el segundo la institución de heredero.

Después de este paréntesis, el jurista continúa con su explicación y al darnos su solución recuerda como la designación de heredero en la sustitución pupilar tenía un alto valor (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet*), por ello, mientras que el esclavo no se hubiera vuelto heredero del pupilo en base a la sustitución no habría podido ser considerado *heres* y libre por el testamento de Ticio; contrariamente, si el pupilo hubiera llegado a la edad necesaria para efectuar el propio testamento, no habría tenido lugar la sustitución y el esclavo habría sido considerado como si no hubiera sido sustituto del pupilo (*ac si pupillo substitutus non fuisset*), no existiendo obstáculos para volverse libre y heredero de Ticio. En el caso en que el menor hubiera muerto antes de volverse púber, la sustitución habría tenido lugar y el esclavo se volvería heredero y libre del pupilo y podría, sólomente si así lo quisiera (*si velit*), convertirse también en heredero de Ticio.

El pasaje es interesante bajo varios aspectos; por una parte, el fuerte valor dado por el jurista a la *condicio substitutionis* que habría prevalecido frente a una libertad concedida al esclavo nombrado heredero por el actual *dominus* en su testamento; en segundo lugar, la posibilidad del liberto de escoger entre la aceptación o no aceptación de esta *hereditas* una vez que se hubiera vuelto heredero del impúber. La tesis de Neracio recuerda un pasaje de un jurista posterior como sería Cervidio Escévola, *libro singulari quaestionum publice tractarum* en D. 28.6.48.2:

*Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit eumque emptor liberum heredemque instituerit, numquid iste in substitutione habeat substitutum universum? ut, si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, necessarius ex testamento emptoris heres exstitit, sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem liber et heres sit et necessarius patri pupilli, emptori autem voluntarius heres exstitit.*<sup>11</sup>

hecho ya conocido por la jurisprudencia antonina; tal explicación puede hacerse en un manual institucional como sería el caso de Gayo 2.153 o como propuesta de análisis del problema frente a un público no experto, que habría tenido necesidad de mayores explicaciones. Esta segunda opción, parecería la correcta porque como veremos a continuación Cervidio Escévola analiza la misma *quaestio* en una obra que probablemente habría tenido esta finalidad como piensa T. MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, Bari, 2006, pp. 103-ss.

<sup>11</sup> El contenido del texto es clásico aunque se podrían encontrar interpolaciones formales según WOLFE, *Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'heres' Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 440 n. 14, efectivamente, Mommsen en su edición *maior* del Digesto sustituye el término *universum* e incorpora *sibi servum* cambiando el tiempo del verbo de *exstitit* a *existat*, posición que nos parece aceptable al mismo modo que D. JOHNSTON, *On a singular book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, 30, G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 133 n. 21 y MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, op. cit., p. 138 n. 38.

(Si el pupilo hubiera enajenado al esclavo que le fue designado como su sustituto y el comprador hubiera instituido libre y heredero aquel esclavo, probablemente en base a la sustitución ¿El sustituto tendría una condición jurídica que valdría de todos modos, no obstante se hubiera convertido en propiedad de otra persona? Y ciertamente, si el pupilo haya llegado a la pubertad, el esclavo se volvería heredero necesario del comprador con fundamento en el testamento, si por el contrario murió antes de la pubertad, él es libre y heredero por sustitución y se convertirá en heredero necesario por parte del padre del pupilo pero se convertirá en heredero voluntario respecto al comprador).

El texto presenta el mismo caso de Neracio, una sustitución pupilar en donde el esclavo liberado se convertiría en heredero del pupilo si no hubiera llegado a la pubertad y un comprador del mismo *servus* que lo habría liberado y designado heredero (eliminándose el recuerdo del primer testamento ineficaz del comprador). Escévola resuelve el problema, en el sentido de considerar el esclavo heredero testamentario necesario del comprador, si el pupilo hubiera llegado a la pubertad, como había pensado Neracio, pero, en el caso en que el pupilo hubiera muerto antes, Escévola afirmaba que el esclavo se convertiría en libre y heredero necesario<sup>12</sup> del padre del pupilo (*liber et heres sit et necessarius patri pupilli*)<sup>13</sup> con la diferencia que Neracio lo habría considerado heredero del pupilo con base en la sustitución (*quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse... si pupillo heres exstitit*). Según Finazzi,<sup>14</sup> si Escévola declara el esclavo *necessarius* respecto a la relación hereditaria con el testador, no implicaría esto una negación de considerar el *servus* heredero del impúber, la expresión *patri pupilli* se encontraría lógicamente unida a *necessarius*, pero, como tal adjetivo es anterior a la conjunción *et* no resultaría improbable que el término *heres* debiera entenderse como la unión de *patri pupilli*; así, según el investigador, el jurista habría considerado el sustituto

<sup>12</sup> El esclavo nombrado heredero en una sustitución pupilar se convierte en un heredero necesario como confirma también el pasaje de Ulpiano, *libro quarto ad Sabinum* en D. 40.7.2.4: *Quocumque gradu pupillo servus cum libertate substitutus sit, necessarii causam optinet: quae sententia utilitatis causa recepta est et a nobis probatur. Celsus quoque putat libro quinto decimo cum libertate substitutum statuliberi causam optinere*. (En cualquier grado en que el esclavo haya sido sustituido con la libertad a un pupilo obtiene la condición de heredero necesario, cuya opinión fue admitida por causa de utilidad y es aprobada por nosotros. También Celso opina en el libro décimo quinto que el sustituido con la libertad obtiene la condición de *statuliber*).

<sup>13</sup> P. VOCI, "La sostituzione pupillare nel diritto romano", en *AG*, 149 fas.1-2, 1955, p. 51. *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1967, p. 213, piensa que el texto sea demasiado compacto considerándolo por ello una síntesis del pasaje original razón por la que no podría ser considerada correcta, según su opinión, la afirmación que el sustituto fuera un heredero del *pater* y no del pupilo. Según nosotros la explicación será otra como veremos a continuación.

<sup>14</sup> FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 135 n. 29, en el mismo sentido A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, p. 119.

pupilar heredero directo del hijo y mediato del testador valorizando este último el perfil en unión a la calificación de *necessarius*. La tesis de Finazzi atribuiría a Escévola una doble perspectiva del sustituto pupilar, pero su explicación presenta dudas porque, si el esclavo es considerado libre y heredero (*liber et heres sit*) el término et sirve de unión a las palabras *necessarius patri pupilli*, porque en caso contrario el jurista tardo antonino habría debido especificar 'libre y heredero del pupilo y necesario del padre del pupilo'.

Según nosotros la diferencia de terminología usada por Neracio y Escévola no altera la visión de los juristas en materia de sustitución pupilar, porque si el primero piensa que el esclavo es un heredero del pupilo y el segundo un heredero necesario del padre del pupilo la razón de tal diferencia se encuentra en la misma redacción de los pasajes; así, por ejemplo, mientras el texto neraciano inicia con la designación del esclavo como heredero sustituto y libre del hijo en el testamento del *pater* (*Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit*) la *quaestio* consistirá en determinar si el *servus* se convertirá en heredero del pupilo o de su comprador. Diferentemente el texto de Escévola inicia con la frase '*Si pupillus substitutum sibi servum*' esto es, con la muerte del impúber se obtendría la *condicio substitutionis* establecida por el testador, por lo que el problema consistiría en determinar si el esclavo se volvería heredero del *pater*, que había hecho la sustitución o de su comprador.<sup>15</sup> En conclusión, considerar el esclavo heredero y libre del *pater* o del *filius* es bajo nuestro punto de vista un falso problema,<sup>16</sup> porque en edad antonina eran correctas las dos denominaciones ya que la voluntad testamentaria era del *pater* que habría designado un heredero pero las consecuencias jurídicas serían a favor del hijo.

<sup>15</sup> MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidius Scaevola*, op. cit., pp. 137-ss., criticando la tesis de D. JOHNSTON, *On a singular Book of 'Cervidius Scaevola'*, Berlin, 1987, p. 137 n. 30 ss, declara que no se encuentra en discusión si la sustitución pupilar tenía precedencia respecto a cualquier otra forma de sucesión, como piensa Johnston, sino la prioridad concedida a la condición de *statuliber* y solo en conexión a la sustitución pupilar. Según nosotros si el comprador había nombrado heredero el esclavo y hubiera muerto antes del pupilo, la condición de *statuliber* no habría sido la prioridad, como piensa Masiello, ya que sin el conocimiento de la sustitución pupilar (las *tabulae inferiores* no habrían sido abiertas antes de la muerte del pupilo), el esclavo se convertiría en heredero necesario de Ticio y después, una vez conocida la voluntad del *pater*, el jurista habría establecido que gracias a la sustitución el esclavo liberado por Ticio se convertiría en liberto del pupilo y no de su comprador; por esto, la *quaestio* consistiría en determinar si el esclavo habría sido heredero por la sustitución o *heres* de su comprador.

<sup>16</sup> El mismo Escévola en su libro segundo *responsorum* en D. 28.6.47, en el caso de un *pater* que había designado al hijo impúber la hermana también impúber como heredera sustituta habla de la herencia del hijo y no del *pater* (*an filii hereditas... iure substitutionis pertineat...*)

En un texto de Gayo 2.180,<sup>17</sup> se explica la visión de la sustitución pupilar en este periodo histórico al declararse que si el hijo, heredero del *pater*, muere antes de la pubertad, el sustituto se volvería heredero del hijo (*ipsi filio fit heres substitutus*) como había afirmado Neracio y, por este motivo considero, en cierto modo, '*quodam modo*' la existencia de dos testamentos, uno del padre y otro del hijo (*Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii*); después, continua a explicar la primera declaración e incorpora la comparativa hipotética '*tamquam si*' con la que expresa una comparación respecto a lo que se dice en la frase principal: *tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset*. Evidentemente, el hijo no había designado un heredero, sino el padre y esta sería la razón por la que según Escévola el esclavo es *necessarius patri pupilli*; por ello, en la sustitución pupilar existía la peculiaridad de la existencia de dos herencias con un único testamento como concluye Gayo (*aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*) produciéndose la paradoja que el heredero del hijo, en nuestro caso el esclavo, habría sido tal gracias a la voluntad del *pater*.<sup>18</sup>

Según los pasajes de Neracio y Escévola, el *statuliber* se volvería libre y heredero después de la muerte del *filius* impúber quedando sin efectos la manumisión testamentaria hecha por el actual *dominus* (el comprador del esclavo). Tal solución presenta consecuencias que necesitan una mayor profundidad; según Donatuti<sup>19</sup> el esclavo, mientras se produce la *condicio substitutionis*, en su papel de *statuliber*, habría podido convertirse en un latino juniano gracias a la manumisión de Ticio, pero tal afirmación presenta dudas, porque, como es notorio, el testador habría podido efectuar dos documentos separados (*tabulae superiores e inferiores*), y el testamento pupilar no se abriría hasta que no se hubiera procedido a la apertura del testamento paterno

<sup>17</sup> *Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.* (En este caso si ciertamente no haya sido heredero el hijo, el sustituto se hace heredero del padre; pero si el hijo haya sido heredero y haya muerto antes de la pubertad, del mismo hijo se hace heredero el sustituto. Por esta razón, en un cierto modo, son dos los testamentos; uno del padre, otro del hijo, como si el mismo hijo hubiera instituido para sí un heredero; pero ciertamente uno es el testamento de dos herencias).

<sup>18</sup> Bajo este perfil sería difícil aceptar la tesis de LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 307, que la decisión de Escévola resultaría ser la más correcta respecto a la de Neracio porque resalta la característica esencial en la sustitución pupilar: la de ser heredero del padre.

<sup>19</sup> G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 188, tesis aceptada por FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 134 n. 26.

después de la muerte del pupilo para evitar molestias de su heredero.<sup>20</sup> Tal dato demostraría la imposibilidad del esclavo de tener conocimiento de su designación como *heres* y de la existencia de una manumisión testamentaria gracias a la sustitución pupilar; por esto, si el comprador hubiera muerto antes del pupilo, el esclavo se volvería para todos los efectos, heredero y libre gracias a Ticio ya que ignoraba de haber sido designado heredero por el padre del pupilo. La apertura de las tablas en donde se encontraba la sustitución pupilar habría causado la coexistencia de dos causas de libertad, la del *dominus* comprador y la del pupilo y no obstante la primera era anterior a la segunda, esta última habría sobresalido por la importancia de la sustitución pupilar como afirma Neracio (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet*); así, según los dos juristas anteriores, el esclavo liberado por Ticio ya no habría sido considerado su liberto sino que se transformaría en tal gracias a la herencia del pupilo.

Por último, debemos destacar la diferencia de terminología usada entre Neracio y Escévola en relación al papel del esclavo liberado por el comprador; según el primer jurista, el liberto podría ser heredero de Ticio si así hubiera decidido (*si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit*), mientras que para Escévola se convertiría en heredero voluntario (*emptori autem voluntarius heres exstitit*). Las consecuencias jurídicas son las mismas, el liberto y el heredero del impúber habrían podido rehusar la herencia ya que, al no ser considerado como antes liberto de Ticio, faltaría el presupuesto lógico para ser su *heres necessarius*.

### 3. EL ESCLAVO DESIGNADO HEREDERO

En la obra institucional de Gayo, después de tratar la sustitución pupilar (Gayo 2.179 a 182) continúa con el estudio del esclavo nombrado heredero y liberado (Gayo 2.184 y 185), tal orden sistemático probablemente habría sido el seguido por Neracio en sus *Regulae*.<sup>21</sup> En un texto de Ulpiano, libro

<sup>20</sup> Como recuerda Gayo 2.181: *ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus... Illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra libertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc inpubere aperiantur...* (Pero para que después de la muerte del padre el pupilo no resulte sujeto al peligro de insidias... Pero aquella sustitución, por la que, también si el pupilo haya sido heredero y haya muerto dentro de la pubertad, llamamos el sustituto, la escribimos separadamente en las tablas del testamento inferiores, y estas tablas las sellamos con sus propios hilos y cera, y en las primeras tablas avisamos que no sean abiertas las tablas inferiores con el hijo vivo y todavía impúber...)

<sup>21</sup> Sobre la paternidad de Neracio de la presente obra existe una discusión en la doctrina, GREINER,

*quinto ad Sabinum* en D. 28.5.9.14 se cita el jurista de la edad de Trajano así como a Aristón y Labeón sin mencionarse el nombre de la obra neraciana, pero como el pasaje aclara únicamente el uso de la terminología usada por el *de cuius* en su testamento, parecería adecuado pensar que la obra a la que se refiere fueran las Reglas:

*Si quis ita scripserit: 'Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto', Labeo, Neratius et Aristo opinantur detracto verbo medio 'postea' simul ei et libertatem et hereditatem competere: quae sententia mihi quoque vera videtur.*

Si alguien hubiera escrito en este modo: 'Estico sea libre y después sea heredero' Labeón, Aristón y Neracio piensan que se podría eliminar de la palabra 'después' ya que al esclavo compete la libertad y la herencia simultáneamente. Opinión que a mi me parece adecuada.

*Opera Neratii. Drei Textgeschichten, op. cit.*, pp. 129-ss, niega que Neracio haya sido el autor de las *Regulae* porque en un pasaje del libro sexto de esta obra en D. 41.1.13 pr. trata de un problema que se refiere a la posesión obtenida de una *res* (de la que fue adquirido el dominio mediante usucapión) gracias a una compraventa hecha por un procurador sin conocimiento de su titular (argumento referido también en su libro séptimo *membrarum* en D. 41.3.41). Tal cuestión controversa no encontraría una razón, según el investigador, en una obra de reglas jurídicas y sobre este punto también F. Bona, en su reseña a la obra de GREINER en *SDHI*, 40, 1974, p. 512 piensa en una anomalía. Pero según nuestra opinión, si bien es cierto que también el argumento habría podido ser motivo de *ius controversum* y por esto no habría podido ser recibido en un libro de reglas jurídicas, no parece que tal controversia jurisprudencial fuera todavía discutida en edad antonina ya que basta observar que el jurista, en el libro séptimo *membrarum* en D. 41.3.41, analiza un problema en donde la adquisición de la posesión mediante un procurador ya no era considerada una controversia jurídica. Como prueba de esto Neracio inicia la frase con el término '*quamvis*' y termina con '*conveniat*': *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat*, identificando así la existencia de una regla en donde la adquisición de la posesión mediante procurador habría producido como consecuencia jurídica la adquisición de la propiedad mediante usucapión también sin que lo supiera el titular. El segundo argumento de Greiner para negar el origen clásico de las *Regulae* de Neracio se encuentra fundamentado en la confrontación de la obra con las instituciones gyanas en donde resultaría existir el mismo orden en las materias tratadas. Bona, no obstante esté de acuerdo con Greiner sobre tal aspecto no considera post-clásica la presente obra y propone la tesis que Neracio hubiera escrito los *libri regularum* pero que el orden del material habría sido distribuido en edad posclásica siguiendo el esquema de la obra de Gayo. R. Knütel, en su reseña a la obra de Greiner en *Iura*, 25, 1974, pp. 156-ss, niega la posición del origen postclásico de las *regulae* y acepta la posición de D. LIEBS, "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", en *ANRW*, II, 15, 1976, pp. 217, 225-ss., que con gran probabilidad las *regulae* eran un manual para principiantes en donde el casuismo tenía una importante función en el *ius civile* y su contenido seguía un orden sistemático que venía afrontado con poca abstracción por esto, resultaría lógico pensar que Neracio hubiera sido el autor de las *Regularum libri XV*. Según F. GRELLE, *L'Autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, p. 135, los *Libri Regularum* tienen un esquema sistemático en donde el autor está convencido que el *ius* puede ser reducido a un sistema racional de *regulae*, que la jurisprudencia elabora y conserva. Nosotros aceptamos su pensamiento y destacamos que el orden así como el contenido de la obra neraciana es clásico. El jurista al tratar los argumentos siguió un esquema tradicional existente en edad antonina como demostrarían también las Instituciones de Gayo. La paternidad del modelo seguido por Gayo es motivo de discusión en doctrina y sobre este punto ver V. ARANGIO-RUIZ-A., Guarino, *Breviarum Iuris Romani*, Milano, 1989, p. 5 con bibliografía en la n. 17.

El testamento tiene una disposición imprecisa en la designación del heredero ya que el testador habría debido declarar, como recuerda Gayo en 2.186, que el esclavo se volvería libre y heredero en estos términos: *Stichus servus meus liber heredesque esto o heres liberque esto*. No podía usarse el término *postea* (después) porque la concesión de la libertad y la designación de heredero deberían darse contemporáneamente sin que exista un antes y un después y, como el error de redacción no beneficiaba el *favor libertatis* y tampoco la posibilidad que el testador insolvente pudiera evitar la infamia, por falta de pago de sus deudas hereditarias,<sup>22</sup> la jurisprudencia, respetando la *voluntas testantis*, decidió a partir de Labeón de considerar la palabra como no escrita y tal posición no parecería haber encontrado opositores.<sup>23</sup>

Un caso similar fue resuelto por la cancellería imperial de Marco Aurelio como recuerda Marciano en su libro tercero *regularum* en D. 28.5.52(51) pr.

*Talem institutionem quidam valere non putabant: 'Stichus liber esto et, si liber erit, heres esto'. sed divus Marcus rescripsit hanc institutionem valere, perinde atque si non erat adiectum 'si liber erit'.*

(Algunos juristas piensan que tal institución de heredero no tenga valor 'Estico sea libre y si será libre sea heredero'. Pero el divino Marco Aurelio realizó un rescripto en donde estableció que esta institución tendría valor como si no hubiera sido incorporado 'si será libre').

<sup>22</sup> Gayo 2.154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accedit ex venditione honorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat...* (Por lo tanto, el que tiene sus facultades sospechosas, suele instituir a su esclavo libre y heredero en primero o bien segundo o bien en grado sucesivo, de modo que si no satisfaga a los acreedores se vendan los bienes de este heredero preferiblemente que del mismo testador, esto es, de modo que la infamia, que resulta por la venta de los bienes, llegue preferiblemente a este heredero que al mismo testador...) Sobre el argumento ver H. J. WIELING, *Testamentsauslegung in römischem Recht*, München, 1972, 94.

<sup>23</sup> R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 1981, 43 sobre la disposición ineficaz discute las afirmaciones de G. BESELER, *Fruges et paleae*, in *Festschrift F. Schulz*, 1, Weimar, 1951, pp. 46-ss, y de F. WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur legitimation der Konstruktionsjurisprudenz in Existenz und Ordnung. Festschrift für E. Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt, 1962, p. 431, que así como se habría presentado la disposición testamentaria el esclavo habría obtenido la herencia y después de un segundo la libertad pero Backhaus justamente niega tal afirmación porque en el testamento se habla primero de la libertad del esclavo y después del nombramiento de heredero '*Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto*', esto es, el esclavo antes habría adquirido la libertad y después de un segundo la herencia situación que, según nosotros, habría sido imposible porque el testamento tiene como presupuesto la *heredis institutio* y la misma no podría ser considerada después de una manumisión testamentaria, así recuerda Gayo 2.229: *heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti*.

Debe notarse como el texto de Marciano se encuentra en una obra que habría tenido el mismo nombre de aquella de Neracio, tal situación haría pensar más factible la tesis que en D. 28.5.9.14, Ulpiano hubiera consultado las reglas neracianas ya que habría tenido la misma finalidad: ilustrar a los principiantes de derecho las reglas jurídicas aplicadas incorporando noticias jurisprudenciales o constituciones imperiales mediante un orden sistemático y con poca abstracción. En el pasaje la palabra errada usada por el testador no era el adverbio *postea*, sino los términos *si liber erit* que no eran adecuados para la producción de los efectos jurídicos deseados por él y para evitar la ineficacia del nombramiento de heredero, la cancellería imperial decidió, al mismo modo que la jurisprudencia en el caso anterior, de considerar como no existente las palabras citadas dando validez al testamento según la efectiva voluntad del de *cuius*.<sup>24</sup>

#### 4. INSTITUCIÓN DE HEREDERO BAJO CONDICIÓN PARCIALMENTE IMPOSIBLE

Un texto de Pomponio, *libro tertio ad Sabinum* en D. 35.1.6.1 recuerda el nombre de los juristas que habrían analizado el problema de la condición parcialmente imposible considerando entre ellos a Neracio:

*Si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat. quibusdam ex his ante mortuis Neratius respondit defici eum condicione nec aestimabat, parere possit condicione nec ne. sed Servius respondit, cum ita esset scriptum 'si filia et mater mea vivent' altera iam mortua, non defici condicione. idem est et apud Labeonem scriptum. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse, quae sententia admittenda est.*

(Se había ordenado que si uno hubiera manumitido ciertos esclavos sería heredero, habiendo muerto antes algunos de ellos respondió Neracio que falta la posibilidad de cumplir la condición y que no consideraba pudiera ser cumplida la misma. Pero Servio respondió que cuando se hubiera escrito así: 'si vivieran mi hija y mi madre' no se falta a la condición habiendo muerto una de ellas, lo mismo se encuentra escrito en Labeón. También dicen Sabino y Casio que estas condiciones imposibles incorporadas en el testamento se tienen por no escritas cuya opinión debe ser admitida).

<sup>24</sup> Una interpretación benigna de las palabras del testamento para favorecer la validez de la institución según M. García Garrido en su reseña a la obra de GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I y II, Milano, 1963 en *AHDE*, 32, 1962, p. 649 o una '*pro non scripto Fiktio*' como afirma BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, op. cit., p. 42.

El texto de Pomponio inicia citando un responso de Neracio (*Neratius respondit*) sin mencionar de cual parte de los libros *responsorum* fue citado su pensamiento. El problema consiste en la interpretación de la disposición testamentaria '*si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat*'; el testador habría pretendido que el heredero para ser tal habría debido liberar ciertos esclavos claramente identificables al momento de la *delatio*. Algunos de ellos habían muerto antes (*quibusdam ex his ante mortuis*) y sobre este punto no debemos detener porque parecería poco probable la muerte de los esclavos al mismo momento después de la del testador (cierto, si no hubieran sido ellos los que mataron el *dominus* y hubieran debido sufrir el *supplicium*), pareciendo más probable que las muertes se hubieran verificado poco a poco después de haberse hecho el testamento inclusive antes de la muerte del *de cuius*. Como es notorio, si el testador hubiera establecido una condición posible al momento de efectuar el testamento, pero imposible antes de su muerte, habría debido cambiar el contenido del mismo porque evidentemente el heredero se habría encontrado en la imposibilidad de cumplir una condición que el mismo testador sabía que era imposible, en efecto, si la condición consistía en liberar Estico, Pánfilo y una determinada *ancilla* de nacionalidad griega y el primer esclavo hubiera muerto antes del testador y después no hubiera modificado la condición, evidentemente no habría tenido interés en designar como heredero al manumisor de Estico y mucho menos a los otros esclavos, no obstante se encontrarán en vida ya que el primero de ellos habría sido imposible de liberar.

Según nuestra opinión esta es la razón por la que Neracio se rehusa de considerar cumplida la condición del heredero, resultando improponible afirmar, como sostiene Scarano Ussari,<sup>25</sup> una rigidez del jurista superior a la de los grandes maestros del primer siglo a.C., no teniendo cuenta del *favor testamenti* o del *favor libertatis*; efectivamente el texto anterior analizado por nosotros en D. 28.5.9.14. demuestra como el jurista razonaba en modo diferente a como piensa el investigador; por el contrario, si algunos esclavos se hubieran suicidado por el dolor causado por la muerte del *dominus* (*taedium vitae*) seguramente Neracio habría pensado diferente, aunque seguramente el responso del jurista no trataba tal caso ya que en caso contrario se habría debido hacer mención de tal hecho.

<sup>25</sup> V. SACARANO USSARI, *Valori e Storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, p. 161.

Según Cosentini,<sup>26</sup> Neracio habría afirmado que la condición se debería considerar como no cumplida sin haber evaluado, como observa Pomponio, no obstante la muerte de algunos esclavos, el heredero habría podido liberar aquellos que todavía vivían. Según nosotros, la razón de tal decisión era clara en las palabras usadas por el autor del pasaje: *quibusdam ex his ante mortuis*. Si algunos esclavos habían muerto antes, no necesariamente habrían fallecido después de la *delatio* de la herencia ya que cada esclavo habría tenido una edad diferente y las muertes se habrían verificado en tiempos diferentes, el término *ante* habría podido incluir esclavos muertos antes del mismo *dominus*, pero después de la redacción del testamento dejando así sin valor la disposición testamentaria. Tal pensamiento explicaría según nuestra opinión el por qué Neracio no *aestimabat* si el heredero *parere posset condicione nec ne*.

Contrariamente Voci<sup>27</sup> piensa que para Neracio no tendría importancia el momento en que morirían los esclavos y, según el investigador, el jurista no habría considerado si los mismos hubieran muerto antes o después de efectuado el testamento; así su respuesta habría sido únicamente en el sentido que la condición, inclusive la parcialmente imposible, era causa de nulidad. Nosotros no aceptamos tal pensamiento por una razón evidente, si Neracio respondió una cuestión jurídica, habría debido valorar todos los elementos del caso y seguramente el dato que los esclavos de diferente edad o de condición física no podían morir al mismo momento después del *dominus* habría debido ser tomado en consideración, ciertamente, el fallecimiento pudo haber sucedido también cuando el propietario de los esclavos se encontraba todavía en vida. Bund<sup>28</sup> se limita a declarar que para Neracio no habrían sido factibles las libertades de los esclavos vivos, después de la muerte de los otros ya que había fallado la condición pero el autor no toma en consideración el aspecto subrayado por nosotros: algunos de los esclavos pudieron morir después de la redacción del testamento cuando todavía se encontraba en vida el *dominus* y esta habría sido la causa de la ineficacia de la condición.

Según MacCormack<sup>29</sup> en el pensamiento de Neracio la condición era considerada fracasada (*respondit defici eum condicione*) y que el ejemplo introducido por Servio se encontraría en contraposición con la presente tesis como demostraría el uso del término *sed*. Tal contraste entre una posición anterior de Servio y una posterior de Neracio, según nuestro punto de vista, no

<sup>26</sup> C. COSENTINI, *Condicio impossibilis*, Milano, 1952, pp. 47-ss., 190-ss.

<sup>27</sup> P. VOCI, *Diritto Ereditario Romano*, 2, Milano, 1967, pp. 612-ss.

<sup>28</sup> E. BUND, "Die Fiktion 'pro non scripto habetur' als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio", en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. Lübtow*, Berlin, 1970, p. 362.

<sup>29</sup> G. MACCORMACK, "Impossible Conditions in Wills", en *RIDA*, 21, 1974, pp. 266-ss.

encontraría bases muy sólidas porque, si bien la conjunción opositiva podría considerarse una clara oposición como dicho anteriormente, debemos hacer notar que el caso tratado por Servio es completamente diferente al analizado por Neracio. El valor de *sed* en la frase es el de cambiar el argumento anterior y pasar a otro diferente, en donde la condición sí sería factible.

El caso de Servio (diferente al analizado por Neracio) consiste en la condición '*si filia et mater mea vivent*'; así el heredero se volvería tal si la madre y la hija del testador se encontraran todavía en vida. Debemos profundizar la *ratio* por la que el de *cuius* habría establecido una condición en estos términos, pensamos por ejemplo que el testador nombró heredero al hijo con la finalidad que después de su muerte pudiera administrar los bienes de familia y hacerse cargo de la madre y la hermana que habrían continuado a gozar de las comodidades de su posición económica que tenían cuando el *pater* se encontraba en *vita*. Si la madre o la hermana fallecieran después de la muerte del testador, por causa de tristeza o dolor, por la muerte del marido o del *pater* (*taedium vitae*) resultaría difícil pensar que un jurista pudiera afirmar que el hijo no se volvería heredero porque murió la madre y que la hermana quedaría sin protección. Evidentemente, en este caso, la anotación que hicimos en el responso de Neracio de considerar el momento preciso de la muerte de los esclavos, no tiene importancia, porque el fallecimiento de la madre o de la hermana habría sucedido después de la muerte del testador, porque en caso contrario, parecería absurdo, que, una de ellas hubiera muerto, el marido o el padre no hubiera modificado el propio testamento.

Servio y después Labeón<sup>30</sup> habrían aceptado que el fallecimiento de la madre o de la hija no alteraba la validez de la condición y por esto, el heredero se volvería tal, no solamente por el caso que hemos ejemplificado sino además por el valor que tiene la conjunción *et* que como recuerda Paulo, *libro quinquagesimo nono ad edictum* en D. 50.16.53,<sup>31</sup> habría podido ser de carácter disyuntivo: *saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis...* (Muchas veces se construye de modo que las conjuntivas se toman por disyuntivas y las disyuntivas por conjuntivas y a veces lo suelto por separado).

<sup>30</sup> E. STOLFI, "Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio", en *SDHI*, p. 63, 1997, 19 afirma la dificultad de establecer si la aceptación de Labeón a la tesis de Servio hubiera sido en relación a un caso análogo o era una afirmación de carácter general. Según nuestro punto de vista, se refería al mismo problema (*idem est et apud Labeonem scriptum*) ya que en caso contrario, Pomponio habría debido subrayarlo en su explicación.

<sup>31</sup> Sobre el argumento ver A. SICARI, "A proposito di et e della sua valenza disgiuntivo-alternativo", en *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, 7, Napoli, 2007, pp. 5125-ss.

Para profundizar el pensamiento de Servio es necesario citar el texto de Alfeno de su segundo libro de los Digestos, epitomado por Paulo en D. 28.5.46(45), en donde el jurista analiza la cláusula testamentaria '*Si Maevia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto*' (Si mi madre Mevia y mi hija Fulvia vivan, tu Lucio Ticio serás mi heredero). Servio habría afirmado en un responso que si el testador no habría tenido jamás una hija y la madre le hubiera sobrevivido, Ticio se volvería heredero porque lo que se encontraría escrito en el testamento de naturaleza imposible no tendría eficacia (*Servius respondit, si testator filiam numquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet*). El pasaje es muy parecido al caso tratado por Servio en D. 35.1.6.1 aunque si bien la diferencia sería la inexistencia de la hija Fulvia y no que la misma hubiera fallecido. La decisión del jurista de considerar válida la condición imposible permitía, no únicamente a Ticio de volverse heredero, sino que, además, le permitiría hacerse cargo la madre del *cuius*, gracias a la herencia obtenida. Tal presupuesto, según nosotros, resultaría necesario porque debería existir una *ratio* por la que la designación de heredero hubiera sido bajo la presente condición; efectivamente, la muerte de la madre no habría permitido a Ticio convertirse en tal. Los términos *quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet* habrían sido seguramente una gran novedad, si hubieran sido atribuidos al mismo Servio, ya que cualquier caso habría podido ser resuelto en este sentido (incluso el problema tratado por Neracio), pero ya que el texto es un epitome de Paulo a la obra de Alfeno la total seguridad de tal tesis no es posible aceptarla y estamos más convencidos que el camino seguido por la jurisprudencia sobre tal aspecto no fue inmediato y rápido sino más bien gradual.<sup>32</sup>

La tesis de Labeón sobre el problema de la condición imposible, se encuentra en el libro segundo de los libros póstumos epitomizados por Javoleno en D. 28.7.20 pr;<sup>33</sup> en tal texto, el jurista analiza una disposición testamen-

<sup>32</sup> En este sentido I. ALIBRANDI, *Sulla differenza delle condizioni impossibili nelle obbligazioni e nei testamenti*, en *Opere giuridiche e storiche*, 1, Roma, 1896, pp. 213-ss. Además si hubiera sido atribuido a Servio tal frase Pomponio en D. 35.1.6.1 habría recordado la misma referencia que contrariamente se atribuye a Sabino y Casio como hace notar BUND, *Die Fiktion 'pro non scripto habetur'* op. cit., p. 363.

<sup>33</sup> *Mulier, quae viro suo ex dote 'promissam' pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam dote promisisset, neque petisset neque exegisset. puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare, quo minus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia edUnatoj condicio pro non scripta accipienda est.* (Una mujer que debía a su marido la cantidad prometida por causa de dote había instituido heredero a su marido; si no hubiese

taria de una mujer, que designa heredero el marido, bajo la condición 'si eam pecuniam, quam doti promisisset, neque petisset neque exegisset' (si no hubiese pedido ni exigido la cantidad que hubiera prometido en dote). Si el marido no hubiera exigido el dinero prometido con estipulación, por causa de dote y hubiera comunicado a los otros herederos que, por parte suya, se encontraba dispuesto a efectuar la *acceptilatio* de lo que le era debido por motivo de dote, se volvería heredero, ya que el mismo habría cumplido con la condición exigida en el testamento. Si contrariamente, el marido hubiera sido el único heredero, bajo tal condición no existiría la posibilidad de efectuar la *acceptilatio* a favor de los otros herederos y en tal caso el jurista sería de la idea que el marido se volvería heredero, porque una condición imposible (ἐδύνατο) debería considerarse como no escrita.

Los datos en D. 28.7.20 pr. y D. 35.1.6.1, recuerdan como Labeón habría resuelto dos problemas en donde la condición establecida por el testador no era posible decidiendo el jurista de conceder total validez al testamento; tales casos harían pensar que el jurista, antes de llegar a la conclusión de considerar como no escrita, una condición imposible había hecho un análisis de cada problema específico de donde se habría llegado a tal regla. La cuestión, motivo de investigación, consiste en determinar si la tesis de Labeón era la misma de Sabino y Casio; en D. 35.1.6.1 parecería que la respuesta fuera en sentido afirmativo porque Pomponio usa el adverbio *quoque* (también) al introducir la tesis sabiniana (*Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse*), pero sobre este punto Cosentini<sup>34</sup> hizo notar con argumentos interesantes el contrario.

Según el investigador, para Neracio la condición se considera no cumplida sin que haya evaluado si, no obstante, la muerte de algunos esclavos, el heredero hubiera sido capaz de cumplir la condición (nosotros ya explicamos la razón de su tesis). Servio y Labeón en un caso análogo (*si filia et mater mea vivent*) tienen una opinión diferente: *non defici condicione* ya que el cumplimiento de la parte posible de la condición sería suficiente para considerarla cumplida. El autor deduce de estos datos que si todos los esclavos hubieran muerto, Servio y Labeón habrían tenido la misma opinión de Neracio mientras que, Sabino y Casio habrían considerado la condición *pro non*

pedido ni exigido la cantidad que hubiera prometido en dote, opino, que si el marido hubiera hecho saber a los demás herederos que en él no consistiría que no diese por recibido lo que se le debiera por la dote, se hará inmediatamente heredero. Pero si con esta misma condición hubiera sido instituido único heredero, opino, sin embargo que él se hará desde luego heredero, porque una condición imposible debe ser considerada como no escrita.

<sup>34</sup> COSENTINI, *Conditio impossibilis*, op. cit., pp. 116-ss.

*scripta*. Tal interpretación no es aceptada por Stolfi,<sup>35</sup> el cual manifiesta que la argumentación de Cosentini no sería suficiente para concluir que Servio y Labeón habrían aceptado la tesis de Neracio en el caso de condiciones completamente imposibles, pensando más correctamente que, la posición de Servio y Labeón habían sufrido un 'assorbimento nella regola delle condizioni impossibili, ad opera di Sabino e Cassio' como había pensado, entre otros, Mac Cormack.<sup>36</sup>

No obstante, Stolfi no explique el por qué la argumentación de Cosentini, no tendría bases sólidas para llegar a tal conclusión, nosotros podemos identificar la causa por la que no sería aceptable su tesis, si bien es cierto, no podemos negar que la construcción lógica de su pensamiento resulta interesante. Los dos casos confrontados no encuentran ninguna analogía como hemos explicado anteriormente, situación por la que difícilmente podríamos determinar lo que habrían pensado Servio y Labeón sobre el problema de los esclavos muertos, no obstante, según nuestra opinión, el fallecimiento de algunos de ellos cuando todavía era en vida el testador, difícilmente haría pensar en una opinión diferente a Neracio. El segundo caso en donde Servio y Labeón consideran válida la institución de heredero, no obstante, la madre (o la hermana) hubiera muerto no parece presentar dudas respecto a la *ratio*, porque como dijimos, el valor de la conjunción *et* habría podido ser disyuntivo-alternativo y difícilmente Neracio habría pensado en modo diferente.

Aceptamos la posición de Stolfi<sup>37</sup> que Neracio consideraba no cumplida la condición, sin distinguir entre condición imposible y condición no cumplida; efectivamente, el texto no hace tal distinción (*Neratius respondit defici eum condicione nec aestimabat, parere possit condicione nec ne*) pero no estamos de acuerdo en la interpretación del texto, como afirma el investigador: 'Pomponio fa seguire, quasi fosse la replica di un giurista posteriore, la diversa interpretazione di Servio a proposito di un caso sostanzialmente analogo' porque el autor del texto, Pomponio, con el uso del término *sed*, no hace ninguna crítica sino que interrumpe el pensamiento anterior y pasa a un argumento en donde la condición si sería factible pero sin ninguna analogía sustancial, como hemos tratado de demostrar anteriormente.

Sabino e Casio habrían afirmado que estas condiciones imposibles incorporadas en el testamento habrían sido consideradas como no escritas (*Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento*

<sup>35</sup> STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, op. cit., p. 19 n.77.

<sup>36</sup> MAC CORMACK, *Impossible conditions in Wills*, op. cit., pp. 267-ss.

<sup>37</sup> STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, op. cit., pp. 18-ss.

*positas pro non scriptis esse*); opinión aceptada Pomponio (*quae sententia admittenda est*), pero tal parte del texto parece improbable porque el uso de los términos *eas condiciones*, harían pensar que Sabino y Casio se hubieran referido no solo al caso de Servio, cronológicamente posible, sino también a la condición analizada por Neracio en su responso, situación improbable porque sus responsa fueron escritos mucho tiempo después. Nosotros creemos difícil de pensar que el caso de Neracio *si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat* hubiera sido tomado en consideración por Sabino y Casio pareciendo más bien la parte final del texto una síntesis giustiniana demasiado sintética.<sup>38</sup>

### 5. LA CONDICIÓN Y EL STATULIBER

Neracio analiza diferentes casos en donde la condición establecida en el testamento habría liberado el esclavo; el primer supuesto es recordado por Ulpiano, libro nono decimo ad Sabinum en D. 40.4.7:

*Neratius scribit eius, cui libertas sic data est 'si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto', impediri libertatem postumo nato. sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero ex postfacto respondemus retro liberum fuisse nullo filio nato? quod magis arbitror probandum.*

(Neracio escribió que nacido un póstumo se impide la libertad de aquel a quien se le dio la libertad de este modo 'si yo no tuviera ningún hijo cuando muera, sea libre Estico' pero mientras se espera que nazca ¿Decimos que permanece en esclavitud o responderemos que por virtud de un hecho posterior se hizo retroactivamente libre no habiendo nacido un hijo? Y esto es lo que considero que mayormente se debe de aprobar).

El jurista analiza la condición '*si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto*' (si yo no tuviera ningún hijo cuando muera, sea libre Estico) y sobre este problema se debe determinar el significado de las palabras *nullus filius erit* porque, como justamente hace notar Scialoja,<sup>39</sup> el significado de estas palabras no corresponde a los hijos concebidos sino que debería in-

<sup>38</sup> V. SCIALOJA, "Sulle condizioni impossibili nei testamenti. Nuove considerazioni", en *BIDR*, 14, 1901, pp. 23, 27-ss, sobre este punto afirma 'la forma contratta e monca del periodo, privo del verbo principale, ci può far pensare che la mano dei compilatori non sia rimasta estranea neppure a questa parte del testo, non saprei ben dire se aggiungendo o abbreviando e modificando. In ogni modo sembra presso che certo che la massima generale, così com'è formulata, non possa aver per autore se non Pomponio ovvero addirittura la commissione triboniana'.

<sup>39</sup> V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, 1950, Roma, pp. 115-ss.

terpretarse como necesario el requisito del nacimiento (*postumo nato*). Al momento de la muerte del *dominus*, el esclavo ignoraba si el testador había o no concebido un hijo y si hubiera sido así el nacimiento habría obstaculizado su libertad; diferentemente en el caso de un aborto espontáneo la condición produciría efecto y el esclavo se volvería libre. Ulpiano<sup>40</sup> sobre la solución de Neracio, se pregunta la posición jurídica del *servus*, mientras el hijo se encontraba en formación y propone dos soluciones probablemente ya ofrecidas por la jurisprudencia; la primera menos factible, que el esclavo permanezca tal mientras que se espere el nacimiento y la segunda, más adapta (*magis arbitror*),<sup>41</sup> de considerar el esclavo retroactivamente libre si el hijo concebido no hubiera nacido. Scialoja<sup>42</sup> habla de una *condicio in praesens collata* de la cual se ignora la existencia y de la que depende el *status* del esclavo; si el hecho sucederá (aborto espontáneo), entonces el esclavo será considerado libre desde el mismo momento en que murió su *dominus*, produciéndose una retroactividad (*retro liberum fuisse*), que no existe en otro tipo de condiciones.<sup>43</sup>

Otro tipo de condición tratada por Neracio, sería aquella por la que el esclavo habría debido entregar una determinada cantidad, este argumento fue afrontado por el jurista en su libro tercero *membranarum* en D. 40.7.17.

<sup>40</sup> Después de la citación a la tesis de Neracio la cuestión es analizada por Ulpiano como piensan O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma, rest. 2000, p. 785 y G. WESENER, *Pendenz, vor Wirkungen und Rückwirkung der Aufschiebenden Bedingung im römischen Recht*, en *Festgabe für A. Herdlitzka*, München-Salzburg, 1972, p. 283.

<sup>41</sup> Según T. MAYER-MALY, *Problemi della condizione*, en *Labeo*, 14, 1968, p. 299, con los términos *magis arbitror* Ulpiano presenta una cierta cautela en su posición dándose cuenta el jurista de los problemas derivados de tal pensamiento.

<sup>42</sup> SCIALOJA, *Negozi giuridici*, op. cit., p. 115 tesis aceptada por A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 144-ss., el cual niega haya sido efectivamente una verdadera condición porque en su opinión 'l'incertezza al momento dell'acquisto dell'eredità può essere soltanto soggettiva'.

<sup>43</sup> Según G. DONATUTI, *Lo Statulibero*, Milano, 1940, p. 213, la situación anómala que fue dada a beneficio del *favor libertatis* sería de atribuir a una disposición legislativa más que a la jurisprudencia clásica. Según MASSI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, op. cit., p. 145, 'non esiste una retrodatazione degli effetti della condizione verificata, ma sia pure *ex postfacto*, si constata che la condizione risulta avverata nel momento stesso della morte del testatore' pero tal pensamiento fue discutido por MAYER-MALY, *Problemi della condizione*, op. cit., p. 299, por H. Hasmaninger, en la reseña a su obra en *RHD*, 36, 1968, p. 574 y por W. FLUME, "Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker", en *ZSS*, 92, 1975, p. 124, porque como notan los investigadores los términos usados por Ulpiano son '*retro competit libertas*' los cuales presuponen la existencia de la retroactividad. Según nosotros, la posición es seguramente ulpiana y la particularidad de este caso es debida al problema que la condición establecida por el testador no podía ser evaluada inmediatamente después de su muerte permaneciendo el esclavo en una situación de incerteza aún cuando el *de cuius* no había tenido hijos en su vida. La existencia de un concebido alargaría el tiempo necesario para determinar el cumplimiento de la condición produciéndose por esto, una particularidad no verificable en otros tipos de condiciones.

*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse: decem habet et tantundem domino debet: dando haec decem non liberabitur. nam quod statulibero ex peculio suo dare explendae condicionis causa concessum est, ita interpretari debemus, ut non etiam ex eo dare possit, quod extra peculium est. nec me praeterit hos nummos peculiares posse dici, quamvis, si nihil praeterea servus habeat, peculium nullum sit. sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium,<sup>44</sup> ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset, quia id maxime sine iniuria dominorum concedi videbatur. quod si ultra quis progredietur, non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subripuerit, dando statuliberum condicioni satisfacturum existimet.<sup>45</sup>*

(Se mandó que uno fuera libre si le hubiere dado diez al heredero, el esclavo tiene los diez y le debe la misma cantidad a su propietario, entregando diez no se volverá libre porque el hecho de que se le concediera al statuliber la posibilidad de que diera de su peculio para cumplir la condición, lo debemos entender en el sentido que podrá entregar si se encontrara dentro de su peculio y no fuera. Y no me pasa desapercibido que se puede decir que estas monedas son del peculio ya que si el esclavo no tuviera nada se consideraría no existente el peculio. Pero no se debe dudar que en la mente de los que establecieron que al esclavo se le concediera el peculio como si fuera de su patrimonio resultaría concedido sobretodo sin injuria de sus dueños, pero si alguno fuera más allá se podría incluso pensar que el *statuliber* podría cumplir la condición aún dando las monedas que le habría robado a su *dominus*).

El pasaje trata del caso de un esclavo al que su *dominus* le concedió un peculio con la finalidad de efectuar una determinada actividad comercial, el testador, propietario del esclavo establece en su testamento la cláusula ‘*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*’ (si le hubiere dado diez al heredero ordeno que sea libre) por lo que si el *servus* hubiera entregado diez al heredero pero no hubiera pagado las deudas existentes que tenían como origen la administración de su peculio no podría ser considerada cumplida la condición. Los diez entregados por el esclavo para cumplirla deberían tener como origen la ganancia obtenida por el mismo en la administración del peculio y no de otra forma, este beneficio económico era considerado parte

<sup>44</sup> Sobre el significado del término *constituere* en Neracio ver S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari, 2005, pp. 75-ss., y por última P. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, p. 225 n.17, en el presente contexto aceptamos la tesis que el término tenga como finalidad permitir una visión que recupera el aspecto histórico, efectivamente la argumentación neraciana parecería encontrar, según nosotros, fundamento no tanto en una práctica ya existente en su tiempo sino en la investigación de una *ratio* que tenía respeto del pasado.

<sup>45</sup> G. GROSSO, “La finzione di adempimento nella condizione”, en *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Modena*, p. 47, 1930. *Scritti storico giuridici*, 3, Torino, 2001, p. 433 n.1, piensa que se encontraría interpolada la parte *sed dubitari non oportet* que sin embargo, según el investigador, no representaría una ‘innovazione sostanziale’ sin presentar fundamentos a su tesis. Contrariamente Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., pp. 34-ss.

integrante del peculio porque, según Neracio, faltando dinero el mismo no habría ni siquiera existido. El jurista además, sobre la función del peculio afirma que en la mente de aquellos que introdujeron la norma se había constituido la posibilidad del esclavo de administrar el patrimonio como si fuera suyo (*ut quasi ex patrimonio suo dandi*) situación por la que, si bien sería de excluir cualquier tipo de injuria en contra de los propietarios, por ejemplo, si se hubiera afirmado que el cumplimiento de la condición pudiera ser hecha con dinero no perteneciente al peculio, entonces sería posible declarar la posibilidad que el *statuliber* pudiera cumplir la condición también con dinero substraído ilegítimamente a su *dominus*.

La posición de Neracio parecería ser una respuesta a aquella parte de la jurisprudencia que contrariamente habría aceptado la posibilidad de cumplimiento de la condición ‘*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*’ con dinero no obtenido de los beneficios del esclavo en la administración del peculio como justamente había afirmado Scarano Ussani,<sup>46</sup> efectivamente, considerar que el *statuliber* pudiera cumplir la condición con dinero substraído a su *dominus*, parecería más bien una *deductio ad absurdum*,<sup>47</sup> con la que el jurista habría querido defender la tesis tradicional. Según el investigador la afirmación sería dirigida a Javoleno, el cual en el libro cuarto *ex posterioribus Labeonis* en D. 40.7.39.2 habría ofrecido una nueva propuesta:

*Si heres servo pecuniam ad negotiandum dedisset, statuliberum eam ipsam numerando liberari ex testamento non posse Labeo Trebatius responderunt, quia reddere eam magis quam dare videretur. ego puto, si peculiares nummi fuerunt, ex testamento eum liberum futurum.*

(Si el heredero hubiera dado dinero al esclavo para efectuar negocios, respondieron Labeón y Trebacio que el *statuliber* no podría ser libre en virtud del testamento entregando este mismo dinero, porque se consideraría que lo devuelve más bien que lo da, yo opino que si las monedas fueron del peculio, él será libre en virtud del testamento).

<sup>46</sup> V. SCARANO USSANI, “Ermeneutica, diritto e ‘valori’ in L. Nerazio Prisco”, en *Labeo* 23, 1977, pp. 188-ss. *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, pp. 65-ss.

<sup>47</sup> Sobre este punto es interesante un pasaje del mismo Neracio en su libro segundo *membrarum* en D. 25.1.15 en donde el jurista, analizando el problema de los gastos necesarios hechos por motivo de los bienes dotales que producen una disminución a la misma dote usa la *deductio ad absurdum* al afirmar que, este tipo de gastos no incluirían aquellos necesarios para la conservación que deberían ser a cargo del marido, incorporando el adverbio *alioquin* (diferentemente) afirmando que, en caso contrario, deberían considerarse en esta categoría los alimentos proporcionados a los esclavos de la dote así como cualquier pequeña reparación de los edificios dotales y los pequeños gastos para sembrar los campos dotales (...*alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent...*) El argumento es tratado por NAPPI, *Ius finitum*, op. cit., pp. 62-ss.

El pasaje debería presuponer una cláusula testamentaria, que concedía la libertad al esclavo después de la actividad comercial, que habría debido cumplir con el peculio concedido por el testador. El heredero (cuando todavía se encontraba en vida el testador) realiza actos negociales con el esclavo entregando una cantidad de dinero para tales fines, mientras que el *de cuius* habría establecido en su testamento que el esclavo sería libre si hubiera dado al heredero una cantidad de dinero. Si el *servus* da al heredero la cantidad que recibió por motivo de la actividad comercial no habría cumplido con la cláusula testamentaria, porque más que dar una cantidad de dinero la habría restituido (*quia reddere eam magis quam dare videretur*), según Labeón y Trebacio. Contrariamente Javoleno habría declarado que si el dinero hubiera pertenecido al peculio, por causa del testamento el esclavo se volvería libre. Sobre este punto encontramos dificultad de considerar el texto de Javoleno contrario a la tesis neraciana como contrariamente piensa Scarano Ussani, porque los términos *si peculiares nummi fuerunt* no tienen el significado de *'nummi dati per incrementare il peculio'* como considera el investigador sino solamente que, después de la actividad comercial, si el esclavo en lugar de obtener ganancias hubiera sufrido pérdidas, habría debido ser liberado de todos modos, ya que la cantidad que permanecía formaba parte del *peculium* concedido por el testador, negando la validez de la tesis de Labeón y de Trebacio.

En conclusión, en la perspectiva neraciana si un esclavo hubiera administrado un peculio y el dominus en su testamento lo hubiera liberado bajo la condición *'Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse'*, el *servus* habría debido entregar diez, que corresponderían a la ganancia de la actividad comercial, además del pago de las deudas que tenían origen en la misma actividad y que formaban parte del mismo *peculium*. La falta de una ganancia equivalente a diez<sup>48</sup> no permitía que se cumpliera con la condición y la posibilidad que el esclavo pudiera obtener diez en modo diferente, no era considerado válido por el jurista, porque el dinero que podía encontrar origen en la administración del peculio concedido por el *dominus* y no por causas diferentes; efectivamente, la única ganancia lícita del esclavo provenía de la administración del mismo. Contrariamente, otros juristas no identificados habrían podido aceptar la eventualidad que en caso de falta de ganancia, el esclavo se pudiera procurar la cantidad en modo diferente pero, esta tesis escandalizaba a Neracio, porque si el esclavo obtenía dinero en modo diferente a la normal se abrían las puertas a la eventualidad que el *servus* pudiera cometer actos contrarios al derecho con tal de obtener su libertad.

<sup>48</sup> Sobre este punto ver GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., p. 33.

Un pasaje unido al anterior en donde existe un recuerdo del pensamiento neraciano se encuentra en Pomponio, *libro octavo ad Sabinum* en D.40.7.5pr:

*Statuliber rationem reddere iussus reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisfacere paratus est. Neratius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi.*

Un *statuliber* a quien se le ordenó de rendir cuentas respecto a su administración negocial, entregó el remanente que resultaba y sobre los aspectos que parecían oscuros el esclavo se comprometió a garantizar por su correcta administración, con razón opinan Neracio y Aristón, que el esclavo será libre para evitar que muchos esclavos no puedan llegar a la libertad por una causa incierta relativa a las cuentas y por motivo de negocios de este tipo).

El esclavo en su actividad de negocios desarrollada gracias al peculio concedido por el *dominus* había sido liberado bajo la condición de entregar las cuentas de su administración. El heredero encuentra diferentes puntos oscuros (sin especificar cuales serían ellos) y el *servus* frente a tales dudas propone de garantizar por los eventuales errores existentes. Aristón y Neracio no ven dificultad de considerarlo libre, sobretodo para evitar que, so pretexto de obscuridad en las cuentas, muchos esclavos dedicados a la actividad comercial de este tipo no pudieran llegar a la libertad.

Confrontando los textos D. 40.7.17 y D. 40.7.5 pr. se podría pensar en una visión contradictoria por parte del jurista, porque por una parte, no consideraría válida la posibilidad que el esclavo pudiera obtener la libertad, entregando la cantidad solicitada, si esta no provenía de su administración en la actividad comercial, que dirigía gracias al peculio y en el segundo caso parecería sostener el *favor libertatis*. La aparente contradicción encuentra una clara explicación en las palabras del jurista, permitir al esclavo de pagar los diez con dinero que no encuentra origen en su peculio abriría el camino a una serie de actos de dudosa legalidad para permitir al *servus* de obtener su libertad inclusive sustrayendo dinero al propio *dominus* (*non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subriperit, dando statuliberum conditioni satisfacturum existimet*) y tal situación, probablemente aceptada por otros juristas, debería ser evitada. La ratio de su pensamiento encontraba fundamento en la visión respetuosa del pasado y no resultaba ser una propuesta novedosa con la que se tuviera que conceder a toda costa la libertad al *servus*. Diferentemente, las dudas no especificadas sobre las cuentas presentadas por el esclavo podían ser un pretexto para no concederle la libertad y, visto que el *statuliber* estaba dispuesto a garantizar por su adecuada administración (*sa-*

*tisdare paratus est*), no existían razones para negarle la libertad. Tal propuesta de Aristón aceptada por Neracio resultaba ser una solución que seguramente abría la puerta a favor de todos los casos en donde so pretexto de *obscuritas* en las cuentas, los esclavos dedicados a una actividad comercial no pudieran obtener la libertad concedida por el testador.

Otro problema que se refiere a la condición del *statuliber* de entregar las cuentas de su administración consiste en el lugar en donde debería cumplirse tal obligación, tal argumento es tratado por Pomponio, *libro duodecimo epistularum* en D. 35.1.112.3 en donde se recuerda un responso de Neracio.

*Priscus respondit statuliberum non utique ibi ubi pater familias decessit aut ubi ipse relictus sit aut ubi velit, rationes reddere debere, sed interim proficisci ad eum, cui reddere debeat, utique si is rei publicae causa aberit: verissimum est autem, ut alias aliud ex persona locoque sit aestimandum.*

(Prisco respondió que el instituido libre bajo condición no debía rendir cuentas ahí donde murió el *pater familias* o donde él las dejó o donde quisiera entregarlas, aunque algunas veces se tendrá que meter en camino para encontrar a quien debería entregarlas, sobre todo si se hubiera alejado del lugar habitual por haber realizado funciones a favor de la república. Tal pensamiento es verdadero valorándose cada caso según la persona y el lugar).

Seguramente, el lugar más adaptado para rendir las cuentas y entregar la cantidad que se hubiera obtenido como ganancia, en el tiempo establecido por el testador,<sup>49</sup> habría sido donde se desarrollaba la actividad comercial, pero como el heredero había podido encontrarse alejado para cumplir con funciones públicas, el *statuliber* habría debido ir al lugar en donde se encontraba para cumplir con la condición. El jurista no considera que sea una facultad del esclavo la de decidir donde proporcionarlas así como la entrega de la

<sup>49</sup> El día en que debería ser hecha la entrega de cuentas, debería ser aquel determinado por el testador, sobre tal punto Javoleno, en su libro sexto de su comentario a Casio en D. 40.7.28pr, presenta el caso en donde el esclavo se encontraba obligado a rendir cuentas al heredero 30 días después de la muerte del testador para obtener su libertad (*Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat*). El jurista declara que después de este tiempo no sería posible considerar cumplida la condición pero debido al *favor libertatis* el esclavo podría ser liberado, si la rendición de cuentas hubiera sido hecha después no por culpa del *servus* por ejemplo, porque la *aditio* hubiera sido hecha después de los 30 días (*post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur*). Sobre el argumento ver W. W. BUCKLAND, *The roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 (rest. 1970), pp. 494-ss, DONATUTI, *Lo statulibero*, op. cit., pp. 311-ss, y por última STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, op. cit., pp. 261-ss.

cantidad que se encontrara en sus manos (*reliquia*), ya que su decisión habría podido ser la menos adapta al heredero; por esto, en cada caso específico sería necesario evaluar el lugar en donde deberían ser proporcionadas dichas cuentas según Pomponio.

## 6. DESIGNACIÓN DE TUTORES EN EL TESTAMENTO DE LA MUJER

Neracio habría afirmado en su libro tercero *regularum* en D. 26.1.18 la prohibición de las mujeres de ser tutoras ya que sería esta una tarea masculina como habría afirmado también Gayo, *libro duodecimo ad edictum provinciale* en D. 26.1.16 pr. (*Tutela plerumque virile officium est*) y recuerda además un caso de excepción a tal máxima (ya considerado también por Gayo con el adverbio *plerumque*), la concesión del príncipe de tal encargo previa solicitud de la interesada<sup>50</sup> (*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*).<sup>51</sup> Después

<sup>50</sup> Gracias a tal dato parecería evidente como en el periodo en que escribió Neracio existían casos en donde el príncipe habría concedido la tutela a la mujer. Determinar con precisión quien fue el primer emperador a conceder la tutela a la mujer parecería ser una tarea difícil. T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, Napoli, 1979, p. 24, sostiene que fue Claudio el emperador que inició con tal posibilidad porque sobre este argumento Modestino, *libro sexto excusationum* en D. 26.3.1.1-2 se refiere al cónsul en materia de *datio tutoris* y, como es notorio, este emperador fue el primero que otorgó a los más altos magistrados republicanos la facultad de dar y confirmar a los tutores. Aunque si no hubiera sido Claudio el primero a conceder a la mujer la tutela de sus propios hijos parece claro que bajo el imperio de Trajano, emperador contemporáneo a Neracio, ya había sido decidido en tal sentido. Según MASIELLO (p. 32) la regla neraciana en D. 26.1.18 implicaba que las mujeres no podían ser tutores porque 'la loro struttura psico-fisica (*sexus*) è piú fragile di quella maschile e inidonea a gestire il *munus tutelae*. Ci troveremmo pertanto di fronte al manifestarsi per topos di una ideologia maschilista, non piú ancorata sul fragile e pericoloso terreno della superiorità intellettuale, ma a quello ben piú sicuro e tangibile della diversità ed inferiorità del sesso femminile'. Según nuestra opinión, Neracio no hace ningún tipo de evaluación al respecto, sino que informa la causa por la que en su tiempo la mujer no podía ser tutora de su propio hijo, la tutela era una función masculina (*quia id munus masculorum est*) ya que en la sociedad romana quien administraba el propio patrimonio era el *pater familias* y como la mujer no habría tenido la posibilidad de administrar su propio patrimonio, ya que necesitaba a su vez de un tutor por motivo de la *levitas animi* (y no por inferioridad), no resultaría idónea para hacerse cargo del patrimonio del pupilo. Sin embargo, podría suceder, como veremos a continuación, que el marido en su testamento hubiera nombrado a la mujer tutora de sus hijos seguro de la madurez intelectual de ella, en este caso el emperador habría podido concederle la tutela excepcionalmente.

<sup>51</sup> El contenido clásico del texto fue afirmado por G. CRIFÓ, "Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico", en *BIDR*, 67, 1964, pp. 149-ss, por MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, op. cit., pp. 11-ss. O. DILIBERTO, *rec. Masiello*, en *BIDR*, pp. 297-ss, en contra GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., pp. 117-ss, el cual afirma que el texto no podría ser atribuido a Neracio pero sin mayor éxito como demostró Masiello.

del presente texto encontramos en el mismo libro tercero de la obra neraciana el pasaje motivo de nuestro estudio en D. 26.3.2 pr.-1:<sup>52</sup>

*Mulier liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit, decreto praetoris vel proconsulis ex inquisitione confirmabitur nec satisfacit pupillo rem salvam fore. 1. Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.*<sup>53</sup>

(La mujer no puede nombrar adecuadamente el tutor a los hijos pero si lo hiciera será confirmado después de una serie de investigaciones con decreto del pretor o del procónsul y no se darán garantías al pupilo que la integridad del patrimonio de este será salvaguardado. 1 Pero también, si por la madre hubiera sido nombrado un curador por testamento para sus hijos, este será confirmado con decreto después de investigaciones).

El presente texto de Neracio, al mismo modo que otros que provienen de sus reglas, complementa la información de las instituciones gayanas; efectivamente en Gayo 1.200 se afirma que los tutores designados en el testamento no se encuentran obligados a garantizar con la *satisfatio rem pupilli salvam fore* (garantía que quedarán a salvo los bienes del pupilo)<sup>54</sup> ya que la *fides* y la diligencia fue juzgada por el mismo testador (*nam et tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est*). El texto de Neracio analiza el problema de la mujer, la cual, si bien no podría designar un tutor a los hijos en el testamento (*Mulier liberis non recte testamento tutorem dat*), en el caso en que lo hubiere hecho habría sido necesaria la autorización del pretor o del procónsul con decreto previa investigación (*inquisitio*) sin necesidad de tal garantía.

<sup>52</sup> LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, op. cit., p. 774.

<sup>53</sup> F. GRELLI, *Consoli e "datio tutoris" in l.1.20.3*, en *Labeo*, 13, 1967, p. 198, n.15 considera el texto probablemente alterado (sin especificar el motivo) pero no en lo que se refiere a la mención del procónsul. S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, p. 21, considera los términos *sed et... ex inquisitione* como algo extraño al texto original, los compiladores habrían querido extender al curador lo que en el *principium* se decía para el tutor pero según el investigador la forma es diferente aunque quisieron utilizar las mismas palabras del jurista clásico. Según nuestra opinión fue el mismo Neracio a incorporar la normativa del tutor al curador porque las dos figuras se parecen y tienen la misma finalidad. L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 249, con referencias bibliográficas en la nota 6, afirma que existe una actual tendencia a pensar que la gradual asimilación de la *cura minorum* a la *tutela impuberum* haya tenido inicio durante el principado. La investigadora, no obstante lo anterior piensa que el pasaje está alterado porque, en su opinión, tal asimilación habría sucedido en edad de Marco Aurelio excluyendo validez a todos aquellos textos que demuestran el contrario.

<sup>54</sup> Sobre el argumento ver O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen, 1956, pp. 540-ss, y una crítica a su posición en S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, pp. 127-ss.

Respecto a los curadores Gayo afirma que aquellos nombrados por el cónsul, por el pretor o por el gobernador de la provincia a excepción de los designados por la ley no se encuentran obligados a garantizar porque fueron escogidas personas honestas (*et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfacere, scilicet quia satis honesti electi sunt*). Neracio, sobre el argumento aplicado a las madres, explica que en tal caso sería necesaria la confirmación con un decreto previa investigación (*inquisitio*).

Si consideramos D. 26.1.18 anterior a D. 26.3.2 debería interpretarse el pensamiento de Neracio, en el sentido que la mujer no podía ser tutora de sus propios hijos, y si alguna, excepcionalmente, hubiera obtenido la tutela por concesión del príncipe, entonces la misma (no obstante las mujeres no pudieran hacerlo) habrían podido nombrar válidamente un tutor en su testamento y previa investigación (*inquisitio*) del pretor o del procónsul se habría emitido un *decretum*<sup>55</sup> con el cual se aprobaba tal decisión (*confirmatio*), sin necesidad de la garantía que quedarán a salvo los bienes del pupilo (*satisfatio rem pupilli salvam fore*).

Pensamos, por el ejemplo, el caso de un *pater familias* que hubiera nombrado tutora a la mujer de sus propios hijos en un testamento; si bien tal disposición sería contraria al pensamiento jurisprudencial, porque es una función masculina (*quia id munus masculorum est*), el príncipe, no obstante tal objeción habría podido respetar la voluntad del de cuius concediendo, gracias a su benevolencia (*liberalitas*), la tutela de los hijos a la mujer. Las mujeres rectamente no tenían la facultad de nombrar un tutor a los hijos en su testamento, pero ya que en el caso específico había sido el príncipe a concederle la tutela, la mujer tutora no habría encontrado obstáculos para designar en su testamento, el tutor de sus hijos y el pretor habría confirmado

<sup>55</sup> En materia de tutela y curatela el pretor intervenía normalmente mediante *decreta* como justamente recuerda G. MANCUSO, "Decretum praetoris", en *SDHI*, 63, 1997, p. 352. Según MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, op. cit., pp. 22-ss., el texto de Neracio sería la primera prueba del reconocimiento del poder de la mujer de nombrar un tutor pero el investigador no toma en consideración el orden palinogenético de la obra neraciana, efectivamente D. 26.1.18 sería anterior a D. 26.3.2 y por esto, el pensamiento del jurista debería interpretarse en el sentido que la mujer no podía ser tutora de sus propios hijos y si alguna, excepcionalmente, hubiera obtenido la tutela por concesión del príncipe, entonces la misma habría podido nombrar válidamente un tutor en su testamento; esto es, el jurista no habría reconocido el poder de la mujer en este aspecto sino que únicamente habría recordado un caso excepcional. El uso de los términos *non recte* en D. 26.3.2 se deben relacionar a D. 26.1.18; efectivamente las mujeres no podrían ser consideradas tutoras porque es una función masculina y tampoco podrían nombrar rectamente un tutor salvo el caso de excepción citado en el texto.

tal decisión (*confirmatio*), después de haber comprobado en su investigación (*inquisitio*) la existencia de tal concesión imperial.<sup>56</sup>

El problema consiste en determinar si la mujer habría podido nombrar un tutor en su testamento sin haber recibido la tutela de los hijos por decisión imperial, sobre este punto en edad severiana Modestino, *libro septimo differentiarum* en D. 26.2.4 explica las diferencias entre el nombramiento del tutor hecho por el padre y por la madre. El jurista indica que mientras en el caso del padre se podría instituir tutor al hijo designado heredero o una vez desheredado (*Pater heredi instituto filio vel exheredato tutorem dare potest*), la madre diferentemente habría podido establecerlo únicamente si hubiera designado heredero al hijo (*mater autem non nisi instituto*). La *ratio* de esta diferencia sería indicada en estos términos: *quasi in rem potius quam in personam tutorem dare videatur* (resultaría ser otorgado el tutor respecto al patrimonio más que a favor de la persona). Estas palabras parecerían un poco 'artificiales' para negar a las mujeres la plena libertad de establecer tutores a los hijos nombrados herederos en el testamento ya que, la finalidad de la testadora, no sería propiamente aquella de designar un tutor a una persona (el hijo) sino que sería concedido, según Modestino, más bien a beneficio de los bienes.

Con esta afirmación permanecerían todavía válidas las palabras de Neracio (*Mulier liberis non recte testamento tutorem dat*) bajo el aspecto formal, efectivamente, la mujer no podría nombrar tutores a los hijos desheredados y, en el caso de los hijos nombrados herederos, no serían propiamente tuto-

<sup>56</sup> A. GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974, pp. 116-ss., se pregunta la razón por la que no sería necesaria la garantía (*satisdatio*) del tutor designado por la mujer, según el investigador, como el pretor habría aceptado y confirmado después de la *inquisitio* el tutor, la voluntad testamentaria de la mujer habría sido reconocida al mismo nivel de aquella del hombre que habría designado un tutor en un testamento imperfecto para sus hijos y ya que, en este caso, no sería necesaria la garantía (*satisdatio*), como recuerda Juliano, *libro vicesimo primo digestorum* en D. 26.3.3 (*ut satisdatio ei remittatur*), lo mismo debería suceder a la mujer. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore*, cit. 212, considera que los motivos por los que serían exonerados también los tutores de la madre eran probablemente dos: la cercanía al menos sobre el nivel del vínculo familiar entre madre y padre; la circunstancia que el tutor, en este caso, habría sido confirmado después de una investigación (*ex inquisitione*). Según nosotros la razón se encuentra en D. 26.1.18, porque si el príncipe concedió la tutela de los hijos a la mujer reconocía en ella la madurez necesaria, no solo para hacerse cargo de la tutela, sino para escoger también tutores idóneos después de su muerte. La finalidad de la investigación (*inquisitio*) sería la de constatar la decisión del emperador y ya que los tutores fueron escogidos por una persona ya reconocida adapta a la tutela, resultaría inútil pretender garantías por parte de los tutores escogidos con atención. En caso de falta de una concesión del príncipe la investigación (*inquisitio*) del pretor se volvería fundamental para determinar si efectivamente los tutores habrían sido los adecuados y ya que el magistrado habría debido evaluar la idoneidad, no habría sido necesaria la garantía (*satisdatio*) razón por la que, también en el caso del *curator minoris* nombrado por la abuela, no se encontraría obligado el curador a garantizar como se recuerda por Escévola en D. 26.3.11.1: *Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat. respondit quasi curatorem non debere...*

res de los mismos sino de los bienes. En este último caso sería necesario el requisito declarado por Neracio de la investigación pretoria (*sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit*), cuando el tutor hubiera sido nombrado por el padre de otra manera ya que, en tal caso, la investigación (*inquisitio*) habría sido necesaria únicamente en modo excepcional, en casos específicos, como el cambio de amistad en enemistad o de la situación económica de la persona escogida (*cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit. veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit*).

Pero si la madre hubiera estado facultada para nombrar un tutor cuando los hijos hubieran sido designados herederos, habría podido existir una situación que se habría presentado entre la edad antonina y la edad severiana: mujeres que no habrían obtenido por parte del príncipe el derecho a la tutela de los propios hijos, pero que de hecho la hubieran ejercitado y que las mismas hubieran nombrado un tutor para los hijos después de su muerte. Tal supuesto fue combatido por el emperador Septimio Severo en una constitución dirigida a Cuspio Rufino y recordada por Modestino, *libro primo excusationum* en D. 26.6.2.257 haciendo a la madre perder la facultad de convertirse en heredera legítima del hijo, por el senadoconsulto Tertuliano, en el caso en que no hubiera solicitado el nombramiento del tutor al hijo.

<sup>57</sup> *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 reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* (El divino Severo a Cuspio Rufino. Quiero que sea claro para todos que yo utilizo cualquier medio para auxiliar a los pupilos, correspondiendo esto a la protección pública. Y por esto aquella madre que no habrá solicitado los tutores idóneos para los propios hijos o bien que, justificados o negados los anteriores, no haya dado inmediatamente los nombres de otros, no tendrá el derecho de reivindicar para sí los bienes de los hijos muertos sin testamento). El argumento fue recordado por nosotros GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, pp. 219-ss.

## ¿CUÁL ES LA LLAVE QUE NOS PERMITE PROCEDER O NO AL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES?

Ana Valeria GUERCI ROMERO\*

**SUMARIO:** *Introducción. 1. Avances doctrinarios respecto a diversos estándares utilizados por el sistema internacional. a) Principio de Progresividad. b) Principio de Igualdad y No Discriminación. c) Acceso a la Justicia. 2. Contenido mínimo de los Derechos sociales. a) Definición y desafíos por parte de sistema internacional de Derechos Humanos. b) Problemas que presenta a la hora de su aplicación por parte de los tribunales nacionales. 3. A manera de conclusión: ¿Cuándo es posible que el juez controle la razonabilidad del contenido de los Derechos sociales?*

**Resumen:** En este documento se procura poner de resalto la importancia de empezar a definir por parte de la doctrina los diversos estándares utilizados por el juez en la protección de los Derechos Sociales, arriesgándonos a cerrar una de las puertas abiertas respecto a el control de razonabilidad del contenido de los Derechos Sociales, buscando cerrarla, no desde el principio de la división de poderes sino desde el principio de no afectación de otros derechos fundamentales.

### INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo no buscamos reabrir los debates realizados en torno a la justiciabilidad o no de los Derechos sociales, considerando que dichas discusiones están siendo superadas satisfactoriamente por la doctrina argentina y consecuentemente recepcionados por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, partiendo de la base que los Derechos sociales son operativos, es decir, exigibles judicialmente.

\* Universidad Nacional de San Juan, Argentina, anaguerci@hotmail.com

A lo largo de nuestra investigación observamos que la mayoría de los trabajos realizan un enfoque de los Derechos sociales con relación a su precaria exigibilidad judicial, buscando como horizonte ampliar su protección legal mediante la consagración de nuevas herramientas jurídicas. Si bien, estas investigaciones precedentes se han esforzado por concretar la exigibilidad de los Derechos sociales, lo cierto es que también han dejado muchas puertas abiertas que se deben empezar por cerrar.

Es por ello que, a lo largo del desarrollo de este trabajo exploraremos el camino inverso, trataremos de descubrir límites que pueden existir en el control judicial de razonabilidad de los Derechos sociales, tratando de consagrar una postura intermedia entre el "no control" que durante tantos años imperó y "un control con diversas ventanas abiertas" como sucede en la actualidad, buscando llegar a "un control con límites" o con el mismo significado pero con otra denominación a llegar "a un control constitucional". Lo que nos motivó a dicha investigación es que, a veces, la esfera judicial no se presenta como un espacio de resguardo o de protección de derechos amenazados, sino que en ciertas ocasiones aparece como un ámbito en el cuál se rompe el equilibrio de la división de funciones afectando otros derechos fundamentales, y por ello es necesario empezar por arriesgarnos a definir límites al control por parte del poder judicial.

Para llegar a cerrar una de las puertas, intentaremos afrontar los avances doctrinarios respecto a los diversos estándares internacionales que el juez aplica en el momento de ejercer el control judicial. Luego observaremos los problemas que presenta el estándar "contenido mínimo de los derechos" en el momento de su exigibilidad por parte de los tribunales. Y finalmente, a modo de conclusión, aspiraremos a descubrir la llave que permitirá la procedencia o no del control de razonabilidad del contenido de los Derechos sociales por parte del juez.

## 2. AVANCES DOCTRINARIOS RESPECTO A DIVERSOS ESTÁNDARES UTILIZADOS POR EL SISTEMA INTERNACIONAL

Aquí no nos ocuparemos de la variedad de procedimientos judiciales que existen (de alcance individual o colectivo), como así tampoco de las órdenes o remedios que pueden adoptar los jueces en el caso concreto, ya que consideramos que la base del problema no radica en si el juez puede o no dar instrucciones generales, o si puede modificar o ajustar políticas ya definidas,

sino que es necesario conocer la vara con que realiza tales actos, que es en definitiva lo que justificará o no su proceder desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, partimos de la base que toda materia es controlada judicialmente, siempre que dicho control se realice con herramientas constitucionales o internacionales, y no sea un control intuitivo o instintivo. Por ello, debemos analizar cada una de ellas, y observar los problemas que pueden acarrear sus indefiniciones. No debemos olvidar que existe peligro de que los jueces se transformen en escultores de los Derechos sociales, en vez, de ser los custodios de que se utilicen las herramientas necesarias para que los otros poderes sean quienes realicen una obra conforme a Derecho.

Desde el derecho internacional de los Derechos Humanos se han creado diversas obligaciones que se pueden agrupar de la siguiente forma:

- a) Obligaciones Generales: de respetar, proteger, garantizar y promover.
- b) Elementos Institucionales: disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad.
- c) Principios de aplicación: contenido esencial, progresividad y máximo uso de los recursos disponibles.

A los fines de este trabajo vamos a desarrollar algunos de ellos, seleccionando aquellos que consideramos que más relevancia han tenido en la teorización de las obligaciones en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### a) Principio de Progresividad

Siguiendo a Laura Pautassi en su artículo "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición" publicado en el libro *Medición de derechos en las políticas sociales*<sup>1</sup> decimos que dicho principio se haya en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el cuál expresa que:

los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas

<sup>1</sup> ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, compiladores.

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Es decir, que le está vedado al Estado sancionar normas jurídicas o adoptar políticas, programas y acciones de gobierno que empeoren la situación de los Derechos sociales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, en otras palabras se debe comprobar si la nueva norma suprime o restringe, derechos o beneficios acordados por la anterior. "La obligación de no regresividad" constituye una verdadera garantía de los ciudadanos y al mismo tiempo una limitación respecto a los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). Es dable destacar, que para llenar de contenido dicho principio se han propuestos diversos indicadores de progreso, de resultado, de proceso, entre otros, que buscan analizar si existe o no voluntad política para lograr el progreso de tales derechos. El problema que algunos autores observan es que no existe unanimidad respecto a ellos, como así también que deben lo suficientemente amplios de modo tal que no afecten la discrecionalidad del poder ejecutivo en su diseño y planificación.

También en el orden interamericano está el Protocolo de San Salvador (adicional a la CADH sobre DESC, 1988) que menciona diversos derechos; derecho a la salud, derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la educación, derechos a la seguridad social, derechos a la alimentación, entre otros, que merecen y procuran la protección por parte de los Estados partes. Los Estados deberán entregar informes periódicos (tal como lo indica el Artículo 19 del Protocolo) respecto a las medidas progresivas que hayan adoptado en relación con los Derechos sociales ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y serán evaluados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Dicha comisión podrá elaborar las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes sobre la situación de los DESC. Cabe destacar que en el Sistema Universal de Derechos Humanos dicho principio se haya en el Artículo 2 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece "...los Estados Partes... se comprometen a adoptar medidas... para lograr progresivamente por todos los medios apropiados... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

¿Tiene excepciones dicho principio? Podemos decir que sí, siempre que la regresividad esté plenamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno

del máximo de los recursos de que se dispone (Comité DESC, Observación General N° 3, *cit.*, párr. 9). El Estado deberá señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (por caso, derecho a la salud, educación, vivienda, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida adoptada.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó lo que sigue:<sup>2</sup>

...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas... consiste en que los Estados se 'comprometen a garantizar' que los derechos pertinentes se ejercerán 'sin discriminación...'. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del Artículo 2 en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración... Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del Artículo 2 es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los Derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase*

<sup>2</sup> Observación General No. 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes.

debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.

Consideramos importante la construcción de indicadores que materialicen o llenen de contenido dicho principio, y estimamos que a los efectos de llevar a cabo una mejor labor de "control del progreso y monitoreo de los Derechos sociales" debería crearse un organismo independiente (tal como lo es la Defensoría del Pueblo), que a través de estadísticas, encuestas, quejas, etcétera, controle con facultades sancionatorias (en caso de no colaboración por parte de las autoridades) y con legitimación judicial (de lo contrario sería utópico) la actuación regresiva por parte de los restantes poderes. Incluso creándose tal organismo, se podría solucionar el problema de la dificultad que tienen los más vulnerables de acceder a la justicia.

Por otra parte, si bien el Comité de DESC sólo justifica la regresividad cuando se pruebe que se beneficia a otros derechos del Pacto, dejamos la inquietud de si el beneficio debe ser necesariamente directo o puede ser indirecto, y si puede beneficiar otros derechos no mencionados en el Protocolo de San Salvador pero de igual importancia. Es decir, nuestra pregunta es por ejemplo, si igualmente se justificaría la regresividad si se prueba la necesidad de invertir en seguridad (justificando el problema que existe desde la protección al derecho a la vida y de poder transitar libremente sin temor) o en obras públicas (asfalto de caminos que permiten llegar en ambulancia a lugares de difícil acceso, protegiendo de esta manera indirectamente al derecho a la salud).

Finalmente, nos preguntamos lo siguiente: ¿Pueden existir concesiones caritativas en materia de Derechos sociales que sean por un tiempo determinado? Cabe resaltar, que hay diversos casos en que se otorgaban préstamos sólo por un tiempo, y cuándo éste finalizaba se ponía en discusión "que existe el principio de progresividad y no regresividad" y que tales personas no pueden quedar desamparadas sin un plan que de la misma manera o mejor respalde su derecho. En primer lugar, hay que analizar la naturaleza de tales prestaciones para ver si conforman la seguridad social y por ende son derechos constitucionales, o por el contrario, son pensiones graciables (Artículo 75 inciso 20) que puede otorgar el poder legislativo. La Corte Suprema Argentina en el caso "Reyes Aguilera" c/ Estado Nacional (4/9/2007) ya adelantó la postura que los beneficiarios de pensiones no contributivas (pensión por invalidez) son titulares de derechos subjetivos y no de meras concesiones caritativas, y

por ende, su concesión no queda exenta del control judicial de razonabilidad (igualmente que adelantó su postura respecto a que los planes de transferencia de ingresos también son derechos constitucionales). Nuestra pregunta es: ¿En ningún caso puede concederse por un tiempo una ayuda social? Y entonces: ¿A qué pensiones se refiere el Artículo 75 inciso 20? Por supuesto que si el problema desapareció está plenamente justificado su extinción, pero de no ser así ¿Debe o no procederse a una creación de subsidios temporarios? Con lo expuesto anteriormente, incluyendo la postura de nuestra Corte Suprema referido a que no puede dejarse desamparadas a las personas en la protección de sus Derechos sociales, por supuesto que la respuesta es que no pueden desaparecer (las pensiones sociales) sin una solución alternativa que igualmente respalde su situación. Nuestra inquietud es que dicha postura puede provocar una actitud temerosa a la hora de la creación de pensiones o ayuda sociales, es decir, que si bien jurídicamente es irreprochable, a nivel político puede provocar una abstención en sus creaciones. Hay una verdad y es que los recursos públicos a veces aumentan y otras no, entonces en la primera podrían concederse y luego no. Esto no significa que estemos avalando el argumento del estado referido a "la falta de presupuesto" como óbice válido para la omisión de la protección de los Derechos sociales, sino que no obstante los programas (habitacionales, de alimentación, de salud, etcétera) permanentes que existen, pueden crearse por un tiempo algunos que refuercen dichos planes, sin que ello implique violación al principio de progresividad.

En resumen, el estándar de progresividad tiene dos instancias de trascendencia jurídica: en primer lugar constituye un mecanismo para evaluar, a través de los informes de los Estados, el desarrollo de sus obligaciones internacionales. En este sentido, en que el grado de cumplimiento de los Derechos sociales se evalúa externa y globalmente, la progresividad es una herramienta de evaluación significativa a nivel diplomático, aunque de poca relevancia para el Poder Judicial doméstico, en la medida en que su intervención está limitada a la evaluación de casos específicos y concretos, y no de la situación general de cumplimiento de los derechos. Un nivel diferente en el que la progresividad opera como estándar de evaluación, y que sí es relevante a los fines de la decisión de causas judiciales locales, se encuentra en su proyección para analizar normas o prácticas estatales concretas que impactan sobre cierto derecho. Las normas y prácticas estatales específicas pueden analizarse en su dimensión de progresividad o regresividad.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> GARGARELLA, Roberto y Gustavo Maurino, "Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad", en *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, p. 82.

### b) Principio de Igualdad y No Discriminación

Es necesario mencionar las definiciones que realizan el Comité de DESC, ya que en su Observación General N°13, manifestó que la “prohibición de discriminación no está supeditada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos y se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”. Así también debemos expresar que el Comité en la Observación General No. 16, ha manifestado que “el disfrute de los Derechos Humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato”. La garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan igual a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica, y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.

En mayo del 2009, el Comité de DESC en su Comentario General No. 20 manifestó que tal como señala el Pacto, en su Artículo 2, párrafo 2: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición social”, reafirmando el Comité estos principios señala que si bien no están explícitamente señaladas, se incluyen las discriminaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, y todo hostigamiento contra personas transexuales e intersexuales se considera una forma de discriminación que viola lo establecido en el Pacto.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó en la Observación General No. 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”; en el sentido de que:

“La adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural... Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema

jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos.

Si bien dicho principio aparece en forma clara en ciertos casos tal como sucede en “Reyes Aguilera c/ Estado Nacional” (desigualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, violatorio del Artículo 20 CN), hay otros en que se confunde su contenido. Por ejemplo, si alegamos que hay discriminación por que en las ciudades alejadas hay escuelas en peores condiciones que las del centro de una provincia (porque tienen bancos más viejos, o por cualquier otro motivo), creemos que en dichos casos estamos desvirtuando dicho principio. Todos en igualdad de situaciones tienen derecho de acceder al goce de los derechos sin distinción arbitraria o irrazonable, pero el goce puede que difiera por la situación o circunstancia en que se halle la persona. Es decir, puede que existan diferencias en la construcción de las escuelas (del centro y de los pueblos más alejados) pero mientras que cumplan las condiciones de seguridad e higiene, (no amenaza grave a dicho derecho), dicha escuelas se van a ir mejorando progresivamente, sin que ello implique “desigualdad en los términos del Artículo 16 CN”. La igualdad en su contenido también va evolucionando, ya que van de la mano con la discrecionalidad de las políticas sociales, es decir, mientras que el acceso al derecho debe ser igual su contenido puede variar (por fundamentos que expondremos a continuación).

### c) Acceso a la Justicia

Ante el incumplimiento de una obligación, y en virtud del debido proceso y de la “tutela judicial efectiva” (Convención Americana de Derechos Humanos) todo ciudadano tiene derecho de reclamar judicialmente el incumplimiento o la violación de algún derecho social. “Hay un derecho a acceder y gozar de Derechos sociales y correlativamente existe la responsabilidad de hacer efectivo su goce” (rendición de cuentas). Pero ¿cuál es el problema que presenta esta garantía?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró en el 2007 un estudio sobre cuatro temas que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los DESC:

1. La obligación de remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales;
2. Los componentes del debido proceso en los

procedimientos administrativos y judiciales relativo a Derechos sociales; verificar la existencia de criterios objetivos para el otorgamiento de servicios sociales, programas y beneficios asistenciales que limiten los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad de autoridades públicas, y la información de los mecanismos de reclamo y la existencia de mecanismos de monitoreo y fiscalización; 3. Los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de Derechos sociales, individuales y colectivos; y 4. La presencia de acciones que puedan ser empleadas en situación de urgencia y que funcionen como recursos sencillos y rápidos para reparar violaciones en circunstancias extraordinarias, la existencia de remedios cautelares o preventivos.

Para mitigar todas estas dificultades que se presentan en lo que respecta al acceso a la justicia, considero que una forma de hacerlo sería creando una organismo independiente "Defensoría de Derechos sociales" que pueda monitorear el progresivo cumplimiento de los Derechos sociales (recomendando a las autoridades), y que tenga legitimación procesal para proteger (sea individual o colectivamente) a los ciudadanos en caso de violaciones a sus derechos. Otra alternativa sería que se regule la legitimación de las ONG para reclamar (cuando exista incidencia colectiva de los aludidos derechos) en todos los casos su reparación, sin que se alegue por la jurisprudencia "que cuando tenga naturaleza patrimonial el derecho amenazado no se puede proceder por la vía del amparo".

## 2. CONTENIDO MÍNIMO DE LOS DERECHOS SOCIALES

### a) Definición y desafíos por parte de Sistema Internacional de Derechos Humanos

Nos arriesgamos a decir que, el estudio y análisis del contenido de los derechos nos brinda el elemento necesario para observar dónde se halla un posible límite al juez en el momento de la exigibilidad judicial de los derechos, es por ello que vamos a tratar de desarrollarlo con mayor amplitud que los anteriores estándares.

Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles. Estas obligaciones mínimas existen con independencia de los recursos con que cuenten los paí-

ses. Sin embargo, los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht establecen que dado que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad, deben demostrar que han realizado "todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".<sup>4</sup>

Diversos órganos internacionales (Comité de DESC, Corte Internacional de Derechos Humanos, CIDH) se esfuerzan por concretar mediante reglas (ya no como meros principios) lo mínimo que cada Estado debe respetar en materia de DESC, que por una cuestión de extensión sólo nos limitaremos a mencionar los que consideramos más relevantes.

Así el Comité de DESC ha considerado que este principio o estándar se encuentra en el Artículo 2.1 del PIDESC, al expresar que "un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de manera que no establezca obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (Comité de DESC, Observación General No. 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", párr. 1 del Artículo 2 del Pacto, párr. 10).

El Comité ha avanzado en delimitar el contenido básico de varios de los derechos contemplados en el Pacto, así en el caso de la alimentación adecuada, ha señalado que este comprende la disponibilidad de alimentos en *cantidad y calidad suficientes* para satisfacer necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros Derechos Humanos, Observación General No. 12, punto 8, CDESC. En idéntico sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que "el derecho a no padecer hambre se vincula esencialmente con el derecho elemental a una alimentación adecuada (Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú, CIDH, p. 175).

También el Comité de DESC ha plasmado su interpretación en la Observación General No. 14: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", donde expresó que los "Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada

<sup>4</sup>VÁZQUEZ, Daniel y SERRANO, Sandra, "El contenido esencial de los Derechos Humanos", en *¿Hay Justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, p. 194.

uno de los derechos enunciados en el Pacto” (párr. 43). También menciona en dicha observación que el derecho a la salud surge como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también factores determinantes de la salud, como acceso al agua limpia y potable, y a condiciones sanitarias adecuadas; suministro adecuado de alimentos; una nutrición adecuada; una vivienda adecuada; condiciones sanas en el trabajo y el ambiente; acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva y participación de la población en los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud (párrs. 57 y 58). El Comité de DESC en su Observación General No. 4 sobre el Derecho a una vivienda digna, rescató el concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada, el cual “significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”. En opinión del Comité, el Derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Sin excepciones, queda claramente establecido que el cumplimiento del contenido mínimo es obligatorio y no es pasible de excepciones, ni aún en situaciones de emergencias.<sup>5</sup>

La exigencia de respetar un contenido mínimo de cada derecho se complementa con la obligación que posee el Estado de utilizar, para la satisfacción de los DESC, el máximo de los recursos disponibles. En este sentido, el Artículo 2.1 del PIDESC establece:

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

<sup>5</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General*, No. 12, párr. 28.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus *Observación General* No. 3: “Índole de las obligaciones de los Estados Partes” consideró que:

...Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...

La existencia de “dificultades económicas” o “políticas” para avanzar en el cumplimiento de los compromisos constitucionales no puede aceptarse como excusa válida por los tribunales, tanto como no aceptan como excusa válida la invocación de ese tipo de dificultades por parte de un deudor que manifiesta que “no puede” cumplir sus obligaciones.<sup>6</sup> Es decir, se debe probar en caso concreto, el esfuerzo del Estado en concretarlos, no siendo suficiente con mencionar una leve dificultad u obstáculo económico.

Aquí sobre estos estándares “contenido mínimo de los derechos” y la “utilización máxima de sus recursos”, es donde advertimos la peligrosidad de su utilización por parte del poder judicial, que en un futuro puede llegar a traer aparejado el problema del “hiperjudicialismo”, es por ello que intentaremos arriesgarnos por cerrar una de las puertas que se encuentra abierta en dicho control.

#### b) Problemas que presenta a la hora de su aplicación por parte de los tribunales nacionales

El primer inconveniente que advertimos es al habernos formulado las siguientes preguntas: ¿Es posible definir el contenido mínimo de los Derechos Sociales? Y en su caso ¿A qué poder le corresponde hacerlo?

A veces sucede que dicho contenido está especificado en una ley o en un tratado internacional, pero otras veces no lo están o estándolo sólo nos brindan conceptos amplios o indefinidos, y en tales casos; ¿quién debe llenarlos de contenido?

Más allá de las discusiones respecto a cómo deben interpretarse el contenido mínimo de los DESC en el orden internacional; si como reglas (argumentación categórica) limitando la facultad del Estado de interpretar restrictivamente los derechos o como principios (ponderación como estrategia de

<sup>6</sup> GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, *op. cit.*, p. 84.

argumentación jurídica) dejado conceptos amplios que deben ser cerrados por cada Estado de acuerdo a sus necesidades, lo cierto es que en una u otra postura, hay una puerta que queda abierta que intentaremos cerrar.

Si seguimos la primera postura la pregunta que se nos representa es la siguiente; ¿qué sucede cuando no existen reglas o existiendo éstas no son claras? Si optamos por la segunda postura nos preguntaremos: ¿Es posible ejercer el control de razonabilidad de los contenidos de tales derechos? Y en su caso: ¿Dónde se halla su límite?

Así supongamos que el poder ejecutivo brinde a los carenciados una cuota alimentaria de \$350 por familia, en dicho caso: ¿Puede un juez decir que el monto es insuficiente porque no se cumple con el contenido mínimo del derecho a la alimentación? ¿Podría el poder judicial obligar a que el poder ejecutivo aumente el monto de dichas cuotas?

Por supuesto que si en el mismo caso se presenta un cuadro de desnutrición y donde "derecho a la vida" corre peligro, el juez debe obligar a que el Estado lo proteja de alguna manera (debiendo el Estado brindar una solución; sea entregando bolsas de comida o algún subsidio o cualquier otra alternativa).

Destacamos que las normas jurídicas no contienen recetas rígidas ni programas de acción acabados, sino sólo marcos, orientaciones generales, así como ciertas garantías mínimas de procedimiento. Hay quienes consideran que la pretensión de derivar de los derechos reglas orientadoras o criterios de fiscalización, conlleva el riesgo de atar a las políticas sociales a esquemas rígidos, propios del mundo de lo jurídico, que no permiten responder a las variables coyunturas y obstaculizan la acción pública eficaz.<sup>7</sup>

Scheinin menciona que existe una razón verdadera que contribuye a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los DESC, y es la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.<sup>8</sup> Hay ciertos autores entre ellos Manuel Calvo García, que sostienen que hay que centrarse en la definición de las violaciones que pueden realizar los Estados como medio más eficaz de conceptualizar el contenido positivo de los DESC, y para detectarse las violaciones debe elaborarse un sistema de indicadores y metas.

Consideramos que si fijamos contenidos mínimos muy amplios tales como "derecho a una alimentación suficiente" su determinación de nada sirve (conceptos superfluos), y si son muy precisos podrían violar la discrecionalidad

<sup>7</sup> ABRAMOVICH, Víctor, "Revisión Judicial de las Políticas Sociales", p. 8.

<sup>8</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los Derechos sociales, económicos y culturales*.

en el diseño de políticas sociales. Todos deben gozar del derecho a una alimentación, y por esos los derechos son reclamables por vía judicial, pero la determinación del contenido pertenece a un ámbito ajeno al judicial, el que sólo podrá controlarlo con las varas antes mencionadas. Es difícil cuando no imposible, definir el contenido esencial de cada derecho social, y por eso hay poca elaboración doctrinaria sobre este punto, porque no puede haber recetas rígidas ajenas a la situación económica, política y social del país al cuál se aplican, condiciones tales que son variables. Sin embargo, sobre este punto no nos detendremos, valorando el esfuerzo por parte de la doctrina en tratar de concretar el contenido mínimo de estos derechos.

Víctor Abramovich y Christian Courtis expresan que:

la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los DESC y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los Derechos Humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.<sup>9</sup>

El poder ejecutivo a través de la elaboración de su presupuesto, destina a cada área (salud, educación, vivienda, alimentación, etcétera) el porcentaje que tiene disponible para satisfacer de alguna manera dichos derechos de acuerdo a las necesidades de la sociedad. Para cada derecho diseña el plan o programa que considera que puede cubrir lo más extensamente posible a toda la población que está en semejantes situaciones, para evitar de esta manera la desigualdad (administrador de los recursos públicos).

Existe un gran esfuerzo por parte de la doctrina en controlar mediante estándares concretos tanto el procedimiento de elaboración como así también el impacto que a corto y mediano plazo producen las políticas que intenta tutelar tales derechos (capacidad de inclusión de la medida, índices que prevalecen en su formulación y metas o camino a seguir). En resumen, son todos los poderes los contribuyen a elaborar el núcleo de los Derechos sociales, es por ello que el diálogo debe ser un elemento indispensable cuando hablamos del control de políticas sociales.

No obstante lo expresado, el problema que trataremos de abordar es el que presenta el **contenido de los DESC (no definido) cuando requiere de un aumento presupuestario**, adelantando nuestra postura que salvo casos de urgencia en los demás casos (calidad de vida), el principio de "no afectación de otros derecho fundamentales" constituye una valla judicial.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 11.

El hecho de planificar el monto que se destina para cada derecho y la política que se debe adoptar, "es una facultad privativa de los otros poderes" que puede ser controlada con los restantes estándares y que en caso de omisiones puede ser exigida judicialmente. No obstante lo expuesto (facultad de otros poderes), el fundamento último de dicha prohibición es que puede *afectar otros derechos fundamentales*, entre ellos el de violar la igualdad de las personas en acceder al goce de ciertos derechos.

Tanto si adoptamos la postura de que el juez debe controlar las políticas mediante criterios internacionales o que el juez procede a efectuar un control de razonabilidad, una valla a su control (cuando se trata del estándar contenido mínimo de los DESC no definido en reglas y que requiere aumento presupuestario) creemos que se encuentra en este principio de "no afectar otros derechos fundamentales".

El principio de división de poderes es insuficiente, puesto que si existe una alternativa donde mejor respalde un derecho el juez no puede ponderar "la discrecionalidad de los otros poderes antes que la protección a un derecho fundamental", es por ello que la prohibición no se trata de una atribución delegada a otro poder sino en la consecuencia que la intervención judicial produce en el plano de los restantes derechos.

Si el juez exige el aumento de un subsidio en un caso particular, en primer lugar violaría la igualdad (ya que hay diversas personas en igual situación que seguramente por cuestión de presupuesto no puedan disfrutar del aumento) y por otro lado, afectaría otros derechos fundamentales, ya que ese recurso económico puede, por ejemplo, haberse destinado a la compra de camillas para un hospital.

Esta conclusión nos lleva a negar la posibilidad de que el juez fije prioridades presupuestarias, y no por convertirse en un "administrador de recursos públicos" sino porque afecta otros derechos que están íntimamente vinculados en el presupuesto. Si bien, es simpático y nos convence la frase de que hay que "controlar la inequitativa distribución de los ingresos", lo cierto es que llevado a la práctica presenta grandes dificultades e inconstitucionalidades." Allí donde el juez (sin estándares concretos) puede afectar derechos fundamentales, se encuentra del otro lado de la moneda la "discrecionalidad en asignación del presupuesto y en el establecimiento de las prioridades de los mismos"

Capaz que lo más óptimo sería fijar en las constituciones "porcentajes mínimos" que deberían ser respetados en el presupuesto que se elabore anualmente a los efectos de otorgarle mayor protección a los Derechos sociales.

Cabe destacar sobre este punto, que el Comité de DESC en reiteradas ocasiones instó a los Estados Parte a destinar "una proporción mayor del excedente del presupuesto nacional a la lucha contra la pobreza" (Argelia, 2001), así como también recomendó que se aumente la asistencia prestada a las personas que viven en situación de pobreza y que se les asignen recursos financieros adecuados para que puedan vivir con dignidad (Rusia, 1997). Por otra parte, la situación de la pobreza también fue evaluada desde la perspectiva de la distribución de la riqueza, siendo obligación de los Estados Parte adoptar medidas, tanto a nivel fiscal como social, para abordar la inequitativa distribución del ingreso (República Dominicana, 1997). En Bolivia instó al Estado a que "proporcione los recursos financieros necesarios para la educación de los niños y erradicación de la malnutrición infantil y que dé prioridad a la educación en su presupuesto, establezca programas de alfabetización de adultos, en especial en las zonas rurales, y que haga esfuerzos para incrementar los niveles de asistencia escolar de los niños menores de 9 años" (Bolivia, 2001).

Debemos resaltar que no quiero decir con lo expuesto en el párrafo anterior de que estoy de acuerdo que la "falta de presupuesto" sea un argumento válido para no respaldar los Derechos sociales, por el contrario, si el juez observa, por ejemplo, que no hay plan para proteger un desempleado, debe intimarlo a que lo elabore independientemente de lo que pueda argumentar el Estado.

Cada derecho social debe tener un programa que lo proteja, y por ello la frase "utilización máxima de sus recursos", es decir que ninguno debe quedar sin protección y en caso de haber excedente presupuestario debe ser destinado a su mayor tutela.

Si bien existe vasta jurisprudencia en materia de Derechos sociales en Argentina principalmente en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los fines de fundamentar nuestra tesina nos ceñiremos respecto al derecho a una vivienda digna, limitándonos a citar dos jurisprudencias que presentan cuadros totalmente distintos; uno es "Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo" Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otro es "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA s/ Amparo" Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En estos dos casos se ve claramente "la urgencia" respecto al primer caso (ya que se trata de una madre en representación de su hijo que padece de una enfermedad que le impide compartir baño y cocina en paradores nocturnos por el riesgo que ello conlleva, solicitando un subsidio para alojarse en un lugar acorde a su enfermedad) y "la calidad de vida" en el segundo caso (ya

que se trata de un enfermo cardíaco que quiere acceder a un subsidio que le permita alojarse en un hotel y no en paradores nocturnos donde prevé el gobierno de la ciudad). Mientras en el primer caso la Corte resuelve a favor de la amparista debido a la “manifiesta gravedad en que se encuentra”, en el segundo se resuelve negativamente fundándose en la “inexistencia de obligación incumplida por parte del Estado, y en el principio de la división de poderes”.

### 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

#### ¿CUÁNDO ES POSIBLE QUE EL JUEZ CONTROLE LA RAZONABILIDAD DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES?

El poder legislativo o el poder ejecutivo son escultores, es decir, son aquellos que dan la “forma” a los programas y planes sociales, y el poder judicial se debe limitar a brindar las herramientas legales e internacionales para que puedan ser ellos quienes construyan su propia obra.

¿Qué queremos significar con esta frase? En primer lugar, que se debe ser cuidadoso con el estándar que utiliza el juez en el caso concreto para invalidar una política social. Así el poder judicial deberá controlar la razonabilidad de los requisitos que se exigen para acceder a un plan social, velar por el cumplimiento del principio de igualdad y por la eliminación de todos los obstáculos que se presenten para reclamar administrativa o judicialmente un derecho. También podrá decir que no se cumple con la correspondiente publicidad, progresividad o con el contenido mínimo del derecho definido claramente en una ley o en un tratado internacional.

Sin embargo, la dificultad que se nos presenta es en lo respecta a el estándar “contenido mínimo de los derechos”, cuándo su contenido no aparece definido en forma clara en la ley o en un tratado, y el caso requiere de un aumento presupuestario. En dicho caso ¿es posible que el juez proceda a efectuar el control de razonabilidad? Y en su caso: ¿Dónde se puede hallar el límite judicial de dicho control?

Muchos autores definen el contenido mínimo de los derechos como la “amenaza grave de los mismos”, es decir que la urgencia es la vara que le permite exigir a juez el contenido de un derecho.

Compartimos el criterio de que cuando hay amenaza grave el juez exige su contenido sin más trámite, es por ello que tenemos la necesidad de diferenciar dos casos; los de urgencia (donde peligró derecho a la vida o a la salud),

y aquellos donde la calidad de vida o algún derecho mencionado en un tratado internacional o en la constitución es el centro del debate.

Los que encuadran dentro del segundo supuesto (debate del *quantum* del contenido del derecho) son los que nos preguntamos respecto a si es posible que proceda el control judicial, y en su caso ¿cuándo no procede?

Antes de continuar es necesario que se pregunte: ¿Cuál es la concepción que usted tiene para responder si procedería o no el control judicial de planes de gobierno que no respaldan “una cierta calidad de vida”? No nos olvidemos que comenzamos el trabajo sosteniendo el control judicial de los DESC (que por una cuestión de extensión no nos detuvimos en sus debates).

Desde la objeción de la separación de poderes; se dirá que son los legisladores los encargados constitucionalmente de resolver cuestiones que tienen que ver con el presupuesto. Desde una objeción democrática; se mencionará la falta de legitimidad de los jueces, es decir, que hay cuestiones que deben ser organizadas por la ciudadanía y no por los jueces que no tienen una mirada global de la problemática, ni cuentan con capacitación técnica respecto a ciertos temas.

La idea de separación de poderes que aparece como presupuesta en la objeción señalada, es aquella según la cual cada poder tiene funciones específicas que resolver, y ninguno de ellos debe entrometerse en las tareas de los demás poderes, bajo el riesgo de romper el equilibrio buscado, y disparar un grave riesgo de opresión y abuso de poder. Los jueces que conformaron la mayoría en los fallos analizados, por caso, postulan esta idea, cuando advierten contra la posibilidad de que, con sus decisiones en la materia, los “magistrados” puedan “*violar la división de poderes y, en última instancia, el principio de la soberanía del pueblo*”.<sup>10</sup>

Para bien o para mal, dicha idea de la “separación”, sin embargo, resultó duramente derrotada en los tiempos de la Convención Federal Norteamericana, y desde entonces es difícil que se piense en ella, tanto cuando se pretende describir los sistemas constitucionales vigentes en América, como cuando se teoriza sobre ellos. De allí que resulte llamativo que sea ésta la noción de “separación” que reaparece cuando se trata de la cuestión de los Derechos sociales. Sin embargo, el hecho es que es ésta —la postura derrotada— la visión que se utiliza en la objeción bajo estudio, que sostiene que los jueces no deben “interferir” con la actuación de los legisladores, ni “invadir” al Congreso, ni ocuparse de tareas que están centralmente a cargo de las ramas

<sup>10</sup> GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, p. 70.

políticas. En conclusión, resulta sorprendente que se objete a la judicialización de los Derechos sociales diciendo que, de ese modo, los jueces "invaden" el lugar de los legisladores, se inmiscuyen en tareas para las que no están preparados, y amenazan con tomar el lugar de los políticos. Esta objeción, en principio, resulta inconcebible desde la idea de "frenos" que convive, esencialmente, con la "mutua interferencia" entre los poderes. El problema, en todo caso, puede surgir si no tomamos cuidado en las formas y casos de esa intervención judicial, pero nunca simplemente a partir del hecho de que estemos frente a una intervención judicial en un área que corresponde, en principio, y fundamentalmente, al legislador.<sup>11</sup>

Creemos que la llave que nos permitirá cerrar y abrir una puerta en dicho control, es el principio de *no afectación de otros derechos fundamentales*, es decir que, el fundamento de la prohibición no se puede reducir exclusivamente a una cuestión de competencias (principio de división de poderes).

¿Cómo evaluaríamos el control judicial de los DESC si tenemos esta llave para hacerlo y no la de la división de poderes? Previo a ello nos debemos preguntar: ¿Dónde queremos en materia de DESC colocar nuestra mirada?

Así la Corte Suprema en caso Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo, ha puesto en resalto la relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es la comunidad, finalizando con que no desconoce facultades de los restantes poderes para implementar programas destinados hacer operativo el derecho a la vivienda (párr. 11).

En el mismo caso la CSJN define la razonabilidad como una "garantía mínima del derecho fundamental", constituyendo una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos, es decir, que debe acreditarse una amenaza grave para la existencia misma de la persona para que proceda dicho control (párr. 12).

Inferimos que desde un análisis de los fundamentos del fallo de la CSJN que, si en un caso se pone en tela de juicio la "calidad de vida" y no amenaza grave de derechos, no procedería el control de razonabilidad presentándose como un obstáculo para ello "el principio de división de poderes". Desde nuestra interpretación concluimos que, para la CSJN sólo procede el control de razonabilidad si existe gravedad extrema u obligación incumplida, limitándose a intervenir en los demás casos (calidad de vida) por el principio de la división de poderes.

Nosotros respecto a dicho control diferenciamos dos casos; cuando requiere aumento presupuestario y cuando no. La llave que cierra la procedencia

<sup>11</sup> GARGARELLA, Roberto y Gustavo Maurino, *Ibidem*, p. 71, 4o. párrafo.

respecto del primero y la abre en la segunda es la de "no afectación de derechos fundamentales".

Cabe aclarar que aquí estamos hablando del contenido de los derechos y no del reconocimiento de los mismos, ya que en el último caso si existe un derecho internacional, constitucional o legal no reconocido en el programa de gobierno el poder judicial debe exigirlo aunque ello implique involucrarse en la repartición de los fondos públicos.

Por lo expresado precedentemente, sostenemos que respecto al primer caso (cuando requiere aumento presupuestario) el límite del juez se descubre desde el *punto de vista interpretativo*, ya que ante la ausencia de estándares definidos y desarrollados por órganos internacionales o por leyes nacionales, el juez se encuentra con un vacío instrumental. Así es que recurre en dichos casos a utilizar la herramienta de *la interpretación* para completar conceptos internacionales, constitucionales y legales, mediante el denominado control de razonabilidad.

Pero ¿qué problema presenta dicha interpretación que no se presenta en otros derechos? Creemos que en esta zona de penumbra interpretativa a diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos donde el juez se enfrenta a una discreción más flexible (delimitada por principios y paradigmas), en estos casos no podemos hablar de discreción, ya que no se presentan alternativas legítimas, puesto que en todos los casos al materializar los conceptos abiertos (concepto jurídico indeterminado) incurre el juez en una afectación de innumerables derechos fundamentales, tornando ilegítimo la alternativa interpretativa adoptada por el juez. En otras palabras, lo criticable es la solución que el juez puede arribar mediante su interpretación, y es aquí donde consideramos por los fundamentos mencionados *supra*, que no puede el juez abrir el control.

Desde el punto de vista de la interpretación, creemos que aquí se encuentra el fundamento. El argumento respecto de que viola la división de poderes, es decir, competencias de otros poderes, es válido pero no suficiente. En primer lugar ya que hay innumerables casos donde pese a no corresponder a la competencia judicial (caso de vacío legal o de reglamentación administrativa) el juez reemplaza esa voluntad por mandato de tratados internacionales, que no permiten que un derecho contemplado en él quede desamparado por ausencia de prescripciones normativas, es decir que, el juez debe velar por el ejercicio legal y constitucional de dichas competencias. El problema reside en que al interpretar dichos derechos paralelamente afecta un sin número de otros derechos fundamentales, ya que todos ellos están íntimamente vinculados a

la distribución presupuestaria del Estado. El fundamento se halla en la consecuencia que conlleva dicho ejercicio y no en la pertenencia o no de dicha atribución a otro poder del Estado, entre los que podemos mencionar uno de los tantos derechos que puede ser violado como es de la igualdad en el acceso al goce de dichos derechos.

En conclusión, sostenemos que uno de los posibles límites que encuentra el juez en el control judicial del contenido de los Derechos sociales es que, ante la ausencia de estándares concretos, la interpretación (discreción) no tiene lugar en todos estos casos (de penumbra interpretativa) si ello implica afectación de otros derechos fundamentales.

Si sólo nos redujéramos al argumento de la “división de poderes” para no proteger un derecho fundamental sería semejante a sostener que lo que prima es respetar las competencias constitucionales antes que los derechos fundamentales, es por ello que recurrimos a la vía de la interpretación para deslindar lo legítimo de lo que no es. Y esta afirmación, podría conducirnos a sostener por ejemplo que, un Decreto de Necesidad y Urgencia emitido por el Presidente (caso de la Asignación Universal por Hijo) que protege una situación vulnerable, pese a no corresponder al Presidente, no podría el juez dejarlo sin validez (ya que afectaría a un sin número de personas), pese a que en el caso se viola la división de poderes (ya que debería ser el poder legislativo quien haga nacer por ley tales derechos).

Si bien intentamos cerrar cuándo no procedería el control de razonabilidad en el caso analizado, nos encontramos desde este fundamento propuesto con una nueva puerta: ¿Se puede controlar la razonabilidad de medidas que afecten la calidad de vida cuando ello no implique aumento presupuestario? ¿Podría el juez exigir que se analice otra medida que pueda mejor respaldar una situación de vulnerabilidad? ¿Qué riesgos o límites pueden existir?

¿El juez puede exigir que los restantes poderes analicen como paliar o mitigar una determinada medida que no respalda la calidad de vida? Para graficar la inquietud volveremos al ejemplo del subsidio; si hay un subsidio de \$500 y no alcanza para cubrir alimentos mínimos, ¿Podría el juez proponer a los poderes que estudien otra forma (dentro del mismo presupuesto), que mejor pueda proteger el derecho a una alimentación suficiente? ¿Podría el juez proponer que se estudie otra medida como podría ser en el caso representado la eficacia de la entrega de bolsas de comida en vez de un subsidio (ya que el Estado los adquiere por licitación a un menor costo y tal vez las personas puedan acceder a una mejor alimentación de esta manera)? En otras palabras, así como es indiscutible que el juez debe velar por la medida menos

restrictiva o lesiva a un derecho, de la misma manera ¿Podría el juez buscar que se presente una alternativa más protectora para respaldar una determinada situación de vulnerabilidad?

Y en este punto podemos resaltar la postura de Roberto Gargarella sobre “modelo de la democracia deliberativa”, en palabras del autor: “participar de un modo dialógico en la construcción del derecho, y ayudar así a las demás ramas del poder y a la ciudadanía en general, en este continuo proceso de reflexión constitucional”. Actuando de este modo, la justicia puede, a la vez, escapar de las dos principales líneas de acción alternativas con las que aparece tradicionalmente asociada: ya sea la imposición de su autoridad y voluntad, por encima de la de los órganos democráticos, ya sea el silencio cómplice, que ampara las violaciones de derechos (por acción u omisión) cometidas por los demás poderes, y que suele ocultarse bajo el ropaje de un poder judicial “ceñido estrictamente” al derecho, y por lo tanto subserviente del poder legislativo.

Y aquí donde diferenciamos; ya que mientras en los casos en los que se requiere de aumento presupuestario existen indefinidos afectados (ya que hay un universo de derechos que puede verse vulnerados), donde únicamente pueden dialogar sobre sus derechos mediante representantes en el Congreso, en otros, en los que se discute un plan específico (su eficacia y no exige mayor erogación económica) nos preguntamos; ¿Por qué no podría el poder judicial instar a un diálogo a los poderes u órganos involucrados, asegurando mediante procedimiento de discusión y estudio una decisión que pueda brindar mayor amparo a los derechos? Es decir, con esta nueva llave se podría proceder, pese a no existir una obligación incumplida, a colaborar o contribuir al fortalecimiento y evolución de los Derechos sociales.

Desde un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en el caso citado sobre vivienda, podemos deducir que, postula “el principio de división de poderes” como una llave que cerraría el control de razonabilidad de contenidos de derechos que no manifiesten gravedad extrema o una obligación legal o internacional incumplida.

Cabe destacar que nosotros nos arriesgamos a sostener que el control de razonabilidad es dable cuando no implica por parte del juez afectar otros derechos fundamentales, observando dentro de este principio una doble cara; por un lado un *límite* en el control judicial del caso desmenuzado en el primer supuesto de este trabajo (cuando requiere aumento presupuestario), y por otro lado plantea un escenario *más favorable* a la protección de los Derechos sociales respecto de nuevas inquietudes.

“Que la interpretación disfrazada de discreción no sea el arma que dispare contra innumerables derechos fundamentales”; en esta frase queremos representar que es la prohibición de afectar derechos fundamentales lo que sostiene la prohibición judicial de hacerlo y no el principio de la división de poderes que es válido pero no suficiente, ya que lo justifica este límite no es que se trata de competencias de otro órgano, sino la consecuencia que ello produce en el plano de los restantes derechos fundamentales. “Que el principio de la división de poderes no sea la venda de senderos que conducen a fortalecer la protección de los Derechos sociales” en esta oración queremos sentar el debate respecto a la posibilidad de que el juez inste a los otros poderes a evaluar, analizar y estudiar, planes o programas que no se ajusten a una calidad de vida digna, en otras palabras a que pueda el poder judicial provocar el debate de un contenido pese a no existir una obligación internacional incumplida.

En resumen, es indudable la necesidad que existe de repensar las diversas formas que existen para el mejoramiento de la satisfacción de los Derechos sociales, y por ello no podemos dejar de observar y definir los estándares que utiliza el juez para invalidar tales políticas. Finalmente, “no ignoremos que la llave que elegimos para cerrar la puerta en control judicial de razonabilidad de contenido de los Derechos sociales puede ser aquella que cierre la puerta del camino hacia una mayor protección de los Derechos sociales...”

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los Derechos sociales, Económicos y Culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante tribunales locales*.
- ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, compiladores, *Revisión Judicial de las Políticas Sociales*, estudio de casos, Editores del Puerto, 2009.
- \_\_\_\_\_, compiladores, “La medición de derechos en las Políticas Sociales”, Ed. del Puerto, 2010.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *El concepto de Derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Segunda Edición 2012.

- GARGARELLA, Roberto, ¿Democracia deliberativa y Judicialización de los Derechos sociales? en *Perfiles Latinoamericanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, publicaciones@flacso.edu.mx
- GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Colección 4, Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en [www.asesoria.jusbaires.gov.ar](http://www.asesoria.jusbaires.gov.ar).
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014.
- PAUTASSI, Laura, *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social*, Ed. Biblos, 2010.
- PAUTASSI, Laura y GAMALLO, Gustavo, *¿Más derechos menos marginaciones?*, Ed. Biblos, 2012.
- ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, Ma. Isabel, compiladores y editores, *Los Derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, España, Universidad de Alcalá.

## EL INTERÉS LEGÍTIMO DE LOS ÁRBITROS EN EL JUICIO DE AMPARO

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

*Lógica judicial, arte judicial, procedimiento: he aquí la trilogía  
racionalmente descendente que conduce a la sentencia justa*

Framarino MALATESTA\*

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. El interés legítimo en la Nueva Ley de Amparo. IV. El interés legítimo como presupuesto del juicio de amparo. V. La afectación del árbitro conforme a su interés legítimo. VI. Referencias bibliográficas y normativas.

### I. INTRODUCCIÓN

En la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, correspondiente al año de 2005, se publicó un artículo de mi autoría intitulado "El arbitraje y el juicio de amparo", en aquella ocasión, bajo la vigencia de la Ley de Amparo abrogada (de 1936) se abordaron algunas reflexiones en torno al arbitraje, específicamente sobre algunos temas como son: I. El arbitraje. II. Clases de arbitraje. III. El acuerdo de arbitraje. IV. Los árbitros y su carácter privado. V. Laudos arbitrales y cosa juzgada. VI. El interés jurídico de los árbitros. VII. El interés jurídico como presupuesto del juicio de amparo; y VIII. La posible afectación a la esfera personal del árbitro.

En virtud de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, que propiciaron la generación de un nuevo instrumento que reglamenta el juicio

\* MALATESTA, Framarino, *Lógica de las Pruebas*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p. 13.

de amparo, (Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal), en la Nueva Ley de Amparo, la cual está vigente a partir del 3 de abril de 2013, se incluyeron varias figuras “novedosas” para nuestro medio jurídico, de cierto modo, acostumbrado a un sistema tradicional de protección de garantías individuales, traducido ahora en un sistema de defensa de los Derechos Humanos.

La reforma a estos artículos introdujo un cambio fundamental: los tribunales federales deben resolver las controversias en torno a la violación de las garantías constitucionales y las violaciones a los Derechos Humanos, reconocidos en instrumentos internacionales; el juicio de amparo, a su vez, protegerá a quienes aducen ser titulares de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que se alegue que el acto reclamado viole las garantías constitucionales o los Derechos Humanos.<sup>1</sup>

Entre esos cambios sustantivos, se encuentran:

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,

<sup>1</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “El Concepto de Interés Legítimo y su relación con los Derechos Humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos De Silva”, en *ISONOMÍA*, pp. 185-213.

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.<sup>2</sup>

En este contexto, bajo el auspicio de una nueva legislación de amparo, el propósito de este trabajo es brindar algunas reflexiones sobre *el interés legítimo* de los árbitros para acudir al juicio de constitucional indirecto.

<sup>2</sup> De estos cambios también hablamos en el artículo denominado “Estudio sistemático, analítico y pragmático del recurso de queja en la Nueva Ley de Amparo”, en la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 2014.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Artículo 1460 del Código de Comercio establece que “el procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y la resolución no será objeto de recurso alguno”.

Bajo una vista general es posible observar, cuando alguien pretende la nulidad de un laudo arbitral debe acudir a la vía incidental para dirimir un derecho que le corresponde, o para deducir una obligación de su contraparte; por tanto, es inconcuso debe mediar el respeto de la garantía de audiencia de las partes involucradas en el proceso, esto es, el actor incidental y el demandado.

En este sentido, el párrafo primero del Artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que “promovido el incidente, el juez mandará dar traslado a las otras partes, por el término de tres días”, lo cual brinda la idea, que se debe correr traslado con la apertura del incidente a las demás partes en el proceso.

Dentro del arbitraje entre los sujetos vinculados al incidente de nulidad del laudo arbitral, podemos considerar, se debe incluir a los siguientes: el actor incidental bajo su pretensión de declarar la nulidad del laudo; la parte vencedora para que aduzca lo que a su derecho convenga; y, desde luego, al árbitro o árbitros quienes lo pronunciaron a efecto de defender su actuación y para que les pare perjuicio la sentencia.

Dentro de la vigencia de la Ley de Amparo anterior, necesariamente se tendría que abordar el estudio de una interrogante ¿los árbitros contaban con interés jurídico en el juicio de amparo, sobre todo cuando los actos reclamados derivan ya sea del juicio especial mercantil o del incidente de nulidad del laudo en donde figuraron como parte demandada?<sup>3</sup>

Desde luego, ahora tendríamos que replantearnos si además del interés jurídico, los árbitros pueden detentar un interés legítimo para promover el juicio de amparo.

En la publicación del artículo mencionado al inicio de este trabajo, con base en el estudio realizado, se arribó a las siguientes conclusiones:

1. Los árbitros en su carácter privado no forman parte de la estructura del gobierno (Estado), por ello, su actuación está desprovista de las características específicas de los autos de autoridad pues si bien actúa por voluntad de las partes, lo cierto es, no ejercen facultades decisorias a nombre del Estado; aunque, ahora este aspecto también debe armoni-

<sup>3</sup> La respuesta a dicha reflexión se intenta responder en el artículo publicado en 2005.

zarse con el contenido del Artículo 5º, fracción II, párrafo segundo, de la Nueva Ley de Amparo, el cual señala que para los efectos de la Ley, *los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable* cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

2. Si bien la actividad del árbitro se genera en extensión a la voluntad contractual de las partes, *per se* al acuerdo de arbitraje, la decisión que emitan en su forma pura, bien puede constituir “un derecho adquirido para las partes”; esto es, para los litigantes, por las consecuencias que entraña lo fallado, y la obligación jurídica que resulte del laudo; asimismo, para *el juez privado*, porque se encuentra de por medio su determinación que tiene su base en los límites de esa voluntad.
3. Cuando los árbitros son incorporados formalmente como demandados en un procedimiento judicial, en la primera y segunda instancia es inconcuso que gozan de la oportunidad de contestar la demanda, ofrecer pruebas, alegar, e incluso apelar contra el fallo de primera instancia; ante lo cual, me parece un contrasentido, que al acudir a la vía de amparo carezcan de interés jurídico para defender sus derechos “simplemente como partes”.
4. Al pretenderse la nulidad de la decisión asumida en el laudo, es inconcuso que el perjuicio no es indirecto, sino directo, pues se proyecta sobre un acto volitivo en sí mismo, pero distinto al de las partes, como es el tiempo, trabajo y dedicación intelectual para la elaboración del laudo; al menos, se podría plantear un escenario en donde declarada la nulidad del laudo en primera y segunda instancia, lo cual equivaldría a reponer el procedimiento o a emitir un nuevo laudo, este aspecto les dota del suficiente interés para defender la validez y consistencia de su resolución frente a terceros, e incluso ante una autoridad judicial a través de todos los medios legales como cualquier particular en el mencionado incidente y, en grado extremo, en el juicio de amparo indirecto.
5. La actividad profesional del árbitro depende en forma preponderante de la voluntad de las partes, y una vez que ese árbitro emite el laudo la decisión en sí entraña un acto jurídico propio, que se desvincula de aquella voluntad que le dio origen, pues el sometimiento de las partes al arbitraje es para que se resuelva el litigio, pero no para decidir en determinado sentido. Por tanto, el laudo es un acto propio, nuevo, diferente y definitivo que plasma el criterio individual o plural del árbitro designado —según sea su integración—.

El acto mismo del laudo es diverso al de la voluntad de las partes e implica, el resultado de la convicción del árbitro, su experiencia, su tiempo, dedicación y cuidado, su forma de aplicar la ley al caso concreto o las reglas dispuestas para el arbitraje, en este sentido: la decisión es aquel acto en virtud del cual el arbitrador resuelve el caso sometido a su juicio.

Sobre este aspecto, podemos agregar, las características básicas del acto decisional del árbitro, que resultan de la definición señalada, son a saber:

- a) Es, ante todo, un acto jurídico.
- b) Constituye una resolución, un juicio obligatorio.
- c) Es una decisión negocial.<sup>4</sup>

En consecuencia, si la decisión arbitral ya no es un acto de las partes, sino del árbitro, la pretensión para declarar su nulidad invariablemente producirá un perjuicio personal y directo a quien ha emitido esa decisión. Lo que en la especie le dota de la facultad de defenderse, no de llevar la defensa del asunto, sino de lo resuelto por su parte.

6. Incluso, aun dependiendo de la causa de nulidad, de tener que volver a emitir el laudo, es inconcuso que la posibilidad de variar su criterio en cuanto al fondo es muy reducida porque la nulidad solo es por aspectos de forma, lo que no puede conducir a retomar una decisión diferente: *el objeto de esta instancia, como surge de las causales que la habilitan, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino comprobar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia.*<sup>5</sup>
7. Ante lo cual, al causarle un perjuicio es indudable debe tener la oportunidad de defender el laudo frente a terceros, o incluso ante la autoridad judicial, gozando en consecuencia de un verdadero interés jurídico puesto que el derecho afectado es la emisión de un veredicto particular.
8. Además, relacionado con la emisión del laudo, también se encuentra de por medio nada más y nada menos, *la honorabilidad de los árbitros*, puesto que no puede desconocerse las partes buscan en el arbitrador

<sup>4</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, pp. 307-308.

<sup>5</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, p. 260.

tanto la experiencia de la materia, sus conocimientos de derecho, pero también su reputación, pues inconcuso es que no pueden incurrir en el riesgo de someter un asunto de extremosa cuantía, a cualquier persona; habida cuenta que los árbitros también son responsables ante las partes que los nombraron, pues al emitir el laudo pueden incurrir en responsabilidad por sus actos culposos o de mala fe.<sup>6</sup>

Si de su actuación como resolutor final de intereses privados puede incurrir en responsabilidad civil o penal, ello no debe ser visto como "actos futuros de realización incierta", sino bajo la idea del interés con que cuenta para defender su decisión. Por lo que el perjuicio que se causa al decretarse la nulidad del laudo, si bien no entraña una afectación a un derecho real, si lo es sobre un derecho material, como lo es el laudo.

9. Por otra parte, si bien el Artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles dispone que promovido el incidente, el juez mandará dar traslado a las otras partes por el término de tres días, lógicamente debe entenderse que el incidente sobre la nulidad del laudo se ciñe sobre la pretensión de quien persigue su nulidad y la oposición de quien se resiste por haber resultado vencedor en el juicio arbitral.

Es decir, el litigio como tal debería circunscribirse estrictamente a las partes contendientes; empero, en el caso de que al iniciarse el mencionado incidente también se les corra traslado a los árbitros para comparecer a dar contestación a la demanda incidental y una vez desahogada esta actuación, el juzgador ante quien se inició el incidente da lugar a que éstas den contestación a la *litis* incidental; luego, en el caso, existen razones para que a los árbitros, en un momento determinado, de llegarse a resolver la nulidad, puedan interponer el juicio de amparo en contra de esa determinación ya que en este supuesto se les estaría privando de un legítimo derecho de defensa, que como cualquier gobernado es llamado a la contienda para que deduzca sus derechos.

10. Si no obstante las anteriores razones, persistiera la idea de que la afectación personal en la esfera jurídica de los árbitros no se produce, pues en realidad la resolución que determina la nulidad del laudo afecta únicamente a los directamente interesados, es decir, los contratantes en el acuerdo arbitral, quienes serían los legitimados por la vía del amparo para impugnar la decisión.

<sup>6</sup> PAGANONI O'DONOHUE, Raúl, *El arbitraje en México*, México, p. 40.

No debe soslayarse que en otros casos, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha matizado la existencia del indicado interés a ciertos sujetos, aunque la afectación en el juicio natural sea indirecta, como ejemplo, el supuesto en donde el Notario Público no es incorporado dentro de la relación jurídico procesal entablada por quien pretende la nulidad de la escritura pública elaborada por éste, pese a estar de por medio la nulidad de dicho documento, el cual, desde luego, no es un acto atribuible a las partes, sino al Fedatario Público, quien tiene derecho a ser llamado a la contienda judicial para defender sus derechos.

Las razones esgrimidas proporcionan un punto de vista para tomarse en consideración, en aquellos juicios de amparo en donde se encuentre *sub-júdice* el interés jurídico de los árbitros.

### III. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA NUEVA LEY DE AMPARO

Los artículos de la nueva legislación que regulan la procedencia del juicio, bajo el concepto denominado "interés legítimo", son:

#### Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Artículo 107, fracción I, de la Constitución Federal establece que las controversias de que habla el Artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico... (Énfasis añadido).

#### Ley de Amparo.

Artículo 5°. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el Artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades... (Énfasis añadido).

Artículo 6o. El juicio de amparo puede promoverse por la persona física o moral a quien afecte la norma general o el acto reclamado en términos de la fracción I del Artículo 5° de esta Ley. El quejoso podrá hacerlo por sí, por su representante legal o por su apoderado, o por cualquier persona en los casos previstos en esta Ley. Cuando el acto reclamado derive de un procedimiento penal, podrá promoverlo, además, por conducto de su defensor o de cualquier persona en los casos en que esta Ley lo permita." (Énfasis añadido).

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

XII. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del Artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia... (Énfasis añadido).

Como se advierte, el Artículo 107, fracción I de la Constitución Federal y 5° fracción I, de la nueva reglamentación del amparo, disponen que es parte en el juicio, el quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo.

Asimismo, el Artículo 6° de la misma legislación establece que el juicio de garantías lo puede promover cualquier persona en términos del Artículo 5° fracción I; mientras que el diverso 61, fracción X, prevé como causa de improcedencia aquellos actos que no afecten el interés jurídico o legítimo del quejoso.

Luego, para demostrar el interés legítimo en el juicio de amparo, al menos se requiere que el quejoso demuestre los siguientes requisitos:

1. Aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo;
2. Alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la propia Constitución;
3. Demuestre una afectación a su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; y
4. Cuando se trata de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, manifieste la titularidad de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.

En este sentido se encuentra el criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 2a. XVIII/2013 (10a.), en donde sostiene, lo siguiente:<sup>7</sup>

INTERÉS LEGÍTIMO. ALCANCE DE ESTE CONCEPTO EN EL JUICIO DE AMPARO. La redacción de la fracción I del Artículo 107 de la Constitución Federal, dispone que debe entenderse por parte agraviada para efectos del juicio de amparo, y señala que tendrá tal carácter quien al acudir a este medio de control cumpla con las siguientes condiciones: 1) aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo; 2) alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la propia Constitución; 3) demuestre una afectación a su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; y, 4) tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, aduzca la titularidad de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa. Ahora, para explicar el alcance del concepto "interés legítimo individual o colectivo", ante todo, debe señalarse que tanto el jurídico como el legítimo suponen que existe una tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del promovente, a diferencia del interés simple que no cuenta con esa tutela, en tanto que la ley o acto que reclama no le causa agravio jurídico, aunque le cause alguno de diversa naturaleza como puede ser, por ejemplo, uno meramente económico. Por otra parte, debe entenderse que al referirse el precepto constitucional a la afectación de un derecho, hace alusión a un derecho subjetivo del que es titular el agraviado, lo cual se confirma con la idea de que en materia de actos de tribunales necesariamente se requiere que cuente con un derecho subjetivo, es decir, tenga interés jurídico. Sentado lo anterior, el interés legítimo no supone la existencia de un derecho subjetivo, aunque sí que la necesaria tutela jurídica corresponda a su "especial situación frente al orden jurídico", lo que implica que esa especial situación no supone ni un derecho subjetivo ni la ausencia de tutela jurídica, sino la de alguna norma que establezca un interés difuso en beneficio de una colectividad, identificada e identificable, lo que supone la demostración de que el quejoso pertenece a ella.

#### IV. EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO PRESUPUESTO DEL JUICIO DE AMPARO

En conformidad con lo visto, el interés legítimo como tal, implica un reconocimiento de la legitimación de los gobernados cuyo sustento es diverso al derecho subjetivo otorgado por la ley, se trata de un interés cualificado que de hecho puedan tener respecto de la legalidad de determinados actos de autoridad.

<sup>7</sup> La tesis aislada corresponde a la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, T. 2, Materia Común, Tesis 2a. XVIII/2013 (10a.), p. 1736, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónico 2003067.

El concepto de interés legítimo, a diferencia del interés jurídico, no impone la obligación de contar con un derecho subjetivo tutelado para hacer procedente la instancia contenciosa y en su caso la acción constitucional.

Las normas que preservan el interés jurídico son aptas para generar derechos subjetivos en beneficio de personas determinadas; de manera adversa, las relativas al interés legítimo no tienen la capacidad de generar derechos subjetivos, pero sí una infracción indirecta o indeterminada.

Esta última categoría de normas son las que establecen los llamados intereses difusos o colectivos, las cuales se encaminan a producir ciertos resultados en la sociedad o en algunos grupos que la componen, tienden a regular o a proteger a entidades sociales más o menos considerables.

El interés legítimo supone una afectación indirecta a un estándar legal determinado, en la medida en que quien padece esta afectación no lo es en sí mismo, sino, *per se*, a una situación especial frente al orden jurídico que le permite accionar frente al órgano jurisdiccional para obtener el respeto de un derecho que le es desconocido o violado, pese a no gozar de un derecho subjetivo reflejo individual.

Para demostrar el interés legítimo, a diferencia del jurídico, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que se deben colmar, al menos, los siguientes requisitos:<sup>8</sup>

- a) La existencia de una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada;
- b) El acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y
- c) El promovente pertenezca a esa colectividad.

El interés legítimo, cuyo desarrollo más importante se ha dado en el ámbito del derecho administrativo, consiste en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple. Así no se exige la afectación de un derecho subjetivo, pero tampoco se trata de que cualquier persona esté legitimada para promover el amparo con el fin de exigir que se cumplan las normas administrativas, con lo que se convertiría en una especie de acción popular.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Tales directrices se informan en la tesis de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Registro 2004501.

<sup>9</sup> La cita fue tomada de la página de internet [www.bufofetmolina.com](http://www.bufofetmolina.com) Artículo denominado "Interés legítimo en el juicio de amparo" de David Arturo MOLINA RODAS.

De lo anterior se advierte, el interés legítimo es la facultad que tienen todas aquellas personas quienes, sin ser titulares de un derecho subjetivo tienen interés en que determinados actos de autoridad se ajusten a la legalidad, cuyo objeto es que al ejercerlo les sea reparado el derecho violado; es decir, es aquella circunstancia que produce que el quejoso en el juicio de amparo sea aquella persona que resiente una afectación con motivo de un acto de autoridad, que altere de manera directa su esfera de facultades y deberes, un derecho reconocido por el orden jurídico o bien, que se violen derechos reconocidos por la Carta Magna y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

En este sentido, la noción de interés legítimo de conformidad con la reforma constitucional en mención, no puede circunscribirse únicamente a las interpretaciones que han realizado los tribunales de la Federación, sino que ahora debe confrontarse con la transformación de los conceptos jurídicos que implican el estudio de tal requisito de procedibilidad; ello, pues las reformas constitucionales a las cuales es menester considerar actualmente, si bien, se reitera el principio de instancia de parte agraviada y se reconoce el carácter de agraviado o quejoso al titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, se condiciona a que el acto reclamado viole derechos reconocidos en la propia Constitución Federal, afectando la esfera jurídica del promovente de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés legítimo es una institución mediante la cual se faculta a todas aquellas personas que sin ser titulares del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir, sin contar un derecho subjetivo tienen, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparada, lo cual implica el reconocimiento de la legitimación del gobernado, cuyo sustento no se encuentra en un derecho subjetivo otorgado por la normatividad, sino en un interés cualificado que, de hecho, pueda tener respecto de la legalidad de determinados actos de autoridad, que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico, asimismo, que ese interés lo tienen aquellas personas que por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser las destinadas de una norma, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás individuos y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, cuando con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato y, además, que el propio interés legítimo existe siempre que pueda presumirse, que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones de conseguir un determinado beneficio, sin que sea necesario, que quede asegurado de antemano, que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos, de todo lo cual resulta que la afectación al interés legítimo se acredita cuando la situación de hecho creada o que pudiera crear el acto impugnado pueda ocasionar un perjuicio<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

## V. LA AFECTACIÓN DEL ÁRBITRO CONFORME A SU INTERÉS LEGÍTIMO

Para desarrollar este tema se toma en cuenta la opinión de Cruz Parceró, quien comenta, lo siguiente:

Un punto particularmente importante en todo esto, es que una concepción amplia de los Derechos Humanos y los derechos constitucionales asume que estos pueden funcionar como reglas o como principios.

El que los derechos funcionen en ocasiones como principios permite entender que su alcance tiene que definirse en situaciones concretas, situaciones donde tienen que ser ponderados o equilibrados con otros derechos o con otros fines sociales. Los casos tradicionalmente entendidos en términos de intereses legítimos son situaciones donde existen derechos protegidos a menudo por principios; situaciones que generan controversias porque tales principios no han sido debidamente considerados al momento en que una autoridad (normalmente administrativa) actúa u omite actuar para garantizarle a otra(s) persona(s) algún derecho o para perseguir algún objetivo.

Esos casos se suelen pensar o teorizar como situaciones donde no hay un agravio "personal y directo" al derecho de un individuo. Pero esto puede ser inexacto, ya que el agravio puede ser muy personal y muy directo; lo que ocurre es que el derecho (humano o constitucional) está protegido por un principio y no existe una especificación del contenido de dicho derecho que se ajuste a una descripción de la situación concreta. Por ejemplo, pensemos en un grupo de vecinos que reclama porque el parque público, al cual suelen tener acceso, va a ser sujeto de una remodelación u obra que consideran limitará su disfrute total o parcial. Se puede aceptar que ni la Constitución ni otras leyes les reconocen un derecho específico (individualizado) sobre ese bien público. Su caso puede plantearse como uno de interés legítimo, pero ellos también pueden alegar que tienen un derecho a un medio ambiente sano, y que sus hijos tienen un derecho al esparcimiento. La afectación para ellos puede ser tan directa como si el caso se tratara de una persona que tuviera un derecho real sobre dicho bien (la propiedad, la posesión, etc.). Lo que cambia es que las normas que protegen los derechos al medio ambiente sano o al esparcimiento de los niños son principios, y las otras que confieren propiedad, posesión, etc., son reglas muy específicas e individualizadas; unos son derechos abstractos, otros derechos concretos.

Lo que es importante entender es que en el lenguaje de los derechos (constitucionales y humanos), hay formulaciones más abstractas y otras específicas (principios y reglas) que se aplican de manera diferente. Cuando se establece un recurso jurídico como el juicio de amparo para la protección de derechos, no podría entenderse que dicho recurso opere únicamente para derechos que estén reconocidos por reglas (o derechos concretos), pues esa sería una manera equivocada de entender cómo funcionan el lenguaje (discurso) y las teorías de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales. Siendo esto así, buena parte de los que suelen considerarse intereses legítimos son sino situaciones donde existen derechos protegidos (internacional o constitucionalmente) por principios. Y suele haber, por tanto, en el fondo de estos asuntos situaciones de derechos en conflicto o de conflictos entre derechos y otros objetivos que la adminis-

tración busca conseguir. Lo importante de que este tipo de casos sean susceptibles de amparo permitiría a la autoridad judicial revisar la proporcionalidad de las medidas adoptadas y decidir el peso específico que deba dársele a los derechos u objetivos (fines) en pugna.<sup>11</sup>

En nuestra opinión, si bien, no es desconocido que la doctrina o más bien algunos tratadistas, solo identifican el interés legítimo cuando existe detrás un grupo de personas o colectividad, ante lo cual, sobre dicha base ideológica, es difícil pensar que el interés legítimo puede tutelar un derecho individual, como en el caso de los árbitros; nuestra postura es que ello también puede ser factible, sobre todo, porque el artículo 107, fracción I, de la Constitución Federal, claramente dispone que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo.

Aunado a que, nuestra Constitución en su Artículo 1º, párrafo primero, expresa que “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.

En tanto, el segundo párrafo de dicha disposición constitucional prevé que “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.”

Luego, si como lo expresa Cruz Parceró, “los casos tradicionalmente entendidos en términos de intereses legítimos <son situaciones donde existen derechos protegidos a menudo por principios>; en el caso, debe tomarse en cuenta que en los asuntos sometidos a una sede jurisdiccional (sobre todo constitucional), en donde está de por medio un derecho humano, el cual viene precedido de un principio constitucional, puede afectar tanto a individuos particulares, como a grupos de personas; aunado a que, los Derechos Humanos están principalmente dirigidos a tutelar a las minorías. Este aspecto debe motivar la reflexión de si el interés legítimo sólo tutela intereses difusos o colectivos o también particulares; y ante esta situación, cuestionar si, las personas en lo individual solo se ven tuteladas por un “interés jurídico”, cuando se acude a la acción de amparo.

<sup>11</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “El Concepto de Interés Legítimo y su relación con los Derechos Humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos De Silva”, *op. cit.*

A mi entender, debe existir apertura, para analizar en cada caso, que no obstante de subsistir la afectación de una persona como individuo, también pueda considerarse una afectación a su interés legítimo.

Con base en esta reflexión, en el caso de los árbitros que por haberse dejado sin efectos un laudo dictado en un determinado negocio, debe analizarse si puede existir una afectación a su interés legítimo sobre los siguientes puntos:

1. Si bien el interés legítimo no protege un derecho subjetivo, pero sí una infracción indirecta; en el caso, debe ponderarse, si los árbitros sufren dicha afectación indirecta, pues el caso que han resuelto, es obvio que no afecta directamente sus intereses personales, pues han decidido (a su leal saber y entender) sobre los derechos de terceros, pero si se puede ver menoscabado algún derecho humano en su perjuicio.
2. Con la anulación de un laudo arbitral, por medio de un acto de la autoridad jurisdiccional, se resiente una afectación a la esfera de facultades del árbitro, quien en conformidad acuerdo de arbitraje, tiene potestad para resolver *en conciencia* un determinado negocio. Por lo tanto, existe una afectación a su actividad personal, lo cual, eventualmente puede afectar su dignidad; ésta es un derecho humano, y sobre ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene el siguiente criterio:<sup>12</sup>

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. ES VÁLIDO FIJAR COMO CONTRAPRESTACIÓN UN PORCENTAJE DE PENSIÓN ALIMENTICIA MIENTRAS NO VIOLE EL ARTÍCULO 21.3 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Genéricamente se puede fijar válidamente como contraprestación en un contrato de prestación de servicios profesionales un porcentaje del monto de pensión alimenticia; sin embargo, dado que la condición y fin que busca la institución de alimentos es tratar de satisfacer las necesidades básicas del acreedor alimentario, dicha contraprestación no debe afectar la prohibición de la “explotación del hombre por el hombre” establecida en el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para que se transgreda dicha prohibición es necesario que se verifiquen los siguientes factores: (i) que exista una afectación patrimonial material, la cual constituye una relación de desigualdad material entre la persona explotada y el agente explotador; y (ii) que se afecte la dignidad de las personas, es decir, que dicha relación de desigualdad repercuta de manera directa en la dignidad de las personas. Así, al valorar si una contraprestación consistente en un monto de

<sup>12</sup> La tesis aislada se puede consultar en la Décima Época de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, Materia Constitucional, Tesis 1a. CCXXVI/2015 (10a.), p. 577, con número de registro en el sistema de búsqueda electrónica 2009456.

la pensión alimenticia vulnera el derecho a la no explotación, se debe verificar que no exista una relación de desigualdad material entre la persona explotada y el agente explotador, y que ésta no vulnere la dignidad de la persona involucrada.

3. Otro aspecto relevante a considerar, es que, como se sostiene, se posee legitimación para acudir al amparo, con sustento en un interés legítimo, cuando el acto de autoridad lesiona algún derecho humano reconocido en la Constitución.

El acceso a la justicia previsto en el Artículo 17 constitucional, el cual estriba en que:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

El derecho de acceso a la justicia previsto en el Artículo 17 constitucional supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o de cualquier otro tipo de derechos pueda acudir pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para poder obtener la reparación de esa violación.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, p. 725.

Además, “el acceso a la justicia es un derecho en alguna medida instrumental respecto de otros derechos, ya que permite combatir su violación”.<sup>14</sup>

Por tanto, a mi entender, los árbitros también tienen derecho a que un órgano jurisdiccional de amparo, juzgue si existe una vulneración a su actividad cognitiva, a la luz del acceso a la justicia, pues al ser anulado un laudo arbitral, de ser combatida la resolución anulatoria en el juicio de amparo indirecto y, a su vez, la demanda de amparo fuera desechada bajo el argumento de carecer de un interés jurídico o legítimo, se impide de entrada que un tribunal de amparo analice la constitucionalidad de dicha medida, lo cual desde luego, conculca el derecho humano a recibir una justicia pronta y expedita.

Lo analizado en este trabajo, sirve de ejemplo para replantear el debate, sobre la forma en cómo se concibe la administración de la justicia, que en el caso del arbitraje privado, parece ser que la puerta a la justicia está cerrada, debería pugnarse, por lo menos en dejarla entreabierta.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAIVANO, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Argentina, Ad-Hoc, 1993.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2005.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “El Concepto de Interés Legítimo y su relación con los Derechos Humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *ISONOMÍA*, No. 39, 2013.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 2002.
- MALATESTA, Framarino, *Lógica de las Pruebas*, Tomo I, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- \_\_\_\_\_, “El arbitraje y el juicio de Amparo”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2005.

<sup>14</sup> CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, p. 726.

\_\_\_\_\_, “Estudio sistemático, analítico y pragmático del recurso de queja en la Nueva Ley de Amparo”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho.

PAGANONI O'DONOHUE, Raúl, *El arbitraje en México*, México, Ogs editores, 1997.

PÉREZ NIETO CASTRO, Leonel, (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Ed. Fontamara, 2002.

### *Referencias Normativas*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo abrogada.

Nueva Ley de Amparo.

Código de Comercio.

### *Páginas electrónicas*

www.bufetemolina.com. MOLINA RODAS, David Arturo, “Interés legítimo en el juicio de amparo”.

[http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39\\_6.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia39/39_6.pdf). CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “El Concepto de Interés Legítimo y su relación con los Derechos Humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos De Silva”, *ISONOMÍA*, No. 39, 2013.

## REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO\*

1. Mucho y muy bien se ha escrito sobre la libertad religiosa, proyectada en el estudio de los derechos que tiene una persona para practicar la religión que mejor le parezca. Baste para darnos cuenta de ello, la revisión de los estudios contenidos en el libro *La libertad religiosa*,<sup>1</sup> que contiene 23 ponencias y 20 comunicaciones, y en las referencias de las mismas, cobrando la mayor relevancia la *Declaración Dignitatis Humanae*.
2. Sin embargo, no mucho se ha escrito sobre la obligación que tienen las personas a tributar culto al Ser Supremo y de la cuál surgen los derechos del obligado, a que no se les impida el cumplimiento de sus obligaciones.  
Esto nos lleva a plantearnos la interrogante ¿si el hombre es libre para rendir culto al Ser Supremo?  
La solución a tal cuestionamiento exige una explicación de lo que es un derecho y una obligación y asimismo se precisa un estudio de lo que es la libertad, la norma y la religión.
3. *El derecho y la obligación*. Los términos derecho y obligación entrañan realidades diferentes, no son sinónimos.

El derecho subjetivo es la facultad derivada de una norma. El *Diccionario de la Real Academia* al enunciar el término *Facultad*, enuncia: "aptitud, potencia física o moral, poder, derecho para hacer una cosa".

\* Ex rector de la Escuela Libre de Derecho y Magister in Legibus por Harvard University.

<sup>1</sup> "La libertad religiosa", *Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, UNAM, 1996.

El mismo *Diccionario* enseña que una obligación es una “imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos”.

El término obligación, comenta un pensador,<sup>2</sup> en general significa una “necesidad moral y absoluta, categórica” de guardar una conducta. Decimos que la obligación implica una necesidad, en mérito de que si alguien frente a una norma queda en libertad para obrar en un sentido o de otro modo, no se considera que haya obligación. La obligación impone necesidad, pero no física, sino moral que deja en libertad psicológica pero no moral, toda vez que lo moral va por medio del conocimiento intelectual y dicta a la voluntad un imperativo, imponiéndole una fuerza. El obligado puede pasar por encima de la obligación, pero ese hecho no quita la obligatoriedad, la necesidad que experimenta el obligado de guardar una conducta, ni desvanece el vínculo que le sigue obligando.

De donde podemos deducir, que los derechos en general son renunciables y las obligaciones no lo son. El derecho es renunciable toda vez que se traduce en una facultad, en una posibilidad de actuar o no actuar. Por el contrario, la obligación no es renunciable, en razón de que implica necesidad, exigencia de obrar; y lo necesario es aquello que tiene que ser, de tal modo que no puede dejar de ser.

4. *Libertad y sus clases.* La libertad consiste en la inmunidad o ausencia de vínculo.<sup>3</sup> Somos libres en la medida en que no tenemos un vínculo o atadura que nos impida actuar.

4.1 *Libertad física.* Tenemos libertad física o exterior cuando no hay un vínculo exterior al sujeto que actúa. Por ello, no es libre quien está en prisión o atado a una cadena.

4.2 *Libertad psicológica o interior.* Consiste en la inmunidad de un vínculo que ate a la voluntad misma para querer o no querer un objeto. A esta clase de libertad se aplica el dicho popular “**En voluntades nadie manda**”, porque aunque externamente se nos presione para hacer o no hacer algo, podemos querer lo contrario.

<sup>2</sup> RAHAIM, Salomón, *Compendio de Filosofía*, p. 552.

<sup>3</sup> GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 119; en el mismo sentido SIWEK, p. 345 et. Sig. RAHAIM, *op. cit.*, p. 363;

4.3 *Libertad jurídica.* Toda vez que el ser humano vive en sociedad, su conducta está regulada por normas.

La norma en sentido genérico, es una regla de conducta obligatoria o la regla que prescribe un deber.<sup>4</sup>

Las normas pueden ser imperativas o prohibitivas o permisivas. Serán imperativas cuando ordenan la realización de una conducta, *v.gr.* debes hacer el bien, debes cumplir tus obligaciones. Serán prohibitivas cuando prohíben la realización de una conducta, *v.gr.* no debes robar, no debes matar. Serán permisivas cuando dejan al destinatario de la norma el realizar a su elección una conducta u otra diversa, *v.gr.* en una sociedad anónima puedes elegir entre designar un administrador único o elegir un consejo de administración.

En consecuencia, no existe libertad jurídica, cuando existe una norma imperativa o una norma prohibitiva, toda vez que el destinatario de la norma está obligado a obedecer el mandato del legislador que manda la realización de una conducta o prohíbe la realización de una conducta. Esto no priva al destinatario de la norma, de ejercer su libertad física y psicológica, toda vez que puede violar la norma imperativa o la norma prohibitiva; pero, si lo hace debe sufrir las consecuencias de su incumplimiento y soportar la sanción por su desobediencia a la norma.

En consecuencia, la norma imperativa y la prohibitiva son limitantes a la libertad jurídica, que sólo existe frente a las normas permisivas.

Considero importante el comentario de Villoro<sup>5</sup> a la libertad jurídica que expresa:

La libertad jurídica es la facultad que tiene el hombre para plasmar constructivamente su vida, y una vida verdaderamente constructiva siempre tiene alcances sociales. La libertad jurídica está impregnada de responsabilidades hacia los demás.

La libertad jurídica no tiene límites asignables por el orden jurídico; puede crecer según la generosidad de cada uno; es verdad que, en sus manifestaciones más generosas, se confunde con la virtud de la Caridad, cuya ley de amor dirige la perfección máxima de los individuos, perfección a la vez individual y social.

La libertad jurídica, entendida en esta forma, es el medio más apto para lograr el bien común. A su vez, el Derecho —cuyo fin es el bien común— logra plenamente su cometido cuando fomenta en los súbditos la capacidad de tender libremente a su perfección individual y social.

<sup>4</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p. 78.

<sup>5</sup> VILORO TORANZO, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 462, et *passim*.

Juego de palabras entre poder y deber. Es frecuente que algunas personas incurran en confusión al contrastar la libertad física y psicológica con la libertad jurídica.

Por ejemplo, dos jóvenes van en un automóvil y al llegar a una esquina de la ciudad se encuentran frente a un semáforo encendido en la luz roja. El conductor pretende pasarse el alto y su amigo le dice "no puedes pasarlo, porque está encendida la luz roja"; el otro responde, "claro que puedo" y te lo voy a demostrar y acelera el automóvil. En este caso, se está jugando con los términos poder y deber.

Es evidente que el conductor tuvo la libertad física y psicológica para violar la norma, pero no tenía libertad jurídica para hacerlo, toda vez que existe una norma que ordena: "debes detenerte frente al semáforo en luz roja encendida o te está prohibido pasarte el semáforo cuando tenga la luz roja encendida".

Podemos robar o matar desde un punto de vista físico y desear hacerlo desde un punto de vista psicológico; pero no podemos (debemos) hacerlo, desde un punto de vista jurídico, porque existe una norma que ordena respetar la propiedad y la vida de los demás.

De donde podemos deducir que toda norma es violable, pero no por ello cesa su obligatoriedad, ni las consecuencias de su incumplimiento, que son las sanciones reguladas por el legislador e impuestas por el Juez.

4.4. *La Libertad y la norma moral.* La Filosofía moral es la "ciencia filosófica que trata de la rectitud (bondad o malicia) de los actos humanos".<sup>6</sup>

¿Puede el hombre objetivamente conocer qué es el bien y qué es el mal, qué es un acto bueno y qué es un acto malo, qué es un acto lícito y qué es un acto ilícito, o tales criterios quedarán al arbitrio de cada uno?

En este punto sigamos la exposición del brillante filósofo Salomón Rahaim,<sup>7</sup> que explica:

En todos los seres que integran el mundo se da en la realidad algo que les es conveniente, algo que, por el contrario, les es adverso: Así a las plantas y a los animales les conviene el alimento, les daña el fuego que los quema. Igualmente verdadero y real es que no a todos conviene o daña una misma cosa por igual. Así, el azúcar aprovecha a un sano, dañará a un diabético. El arsénico dañará a un sano, curará a un enfermo. Es preciso ver qué conviene a cada clase de seres, a cada ser. Habrá cosas que aprovechen a todos los seres de una misma clase y que a los de la otra les dañen. Estar sumergidos en el mar aprovechará a los peces, dañará a los elefantes. De todo ello sacamos la primera noción que nos importa: bueno y bien se llama a lo que conviene a un ser;

<sup>6</sup> RAHAIM, *op. cit.*, p. 533.

<sup>7</sup> RAHAIM Salomón. *Sexo, Uso y Abuso*, pp. 84 y ss.

lo que le es adverso se llama malo, eso es su mal. Bien y mal dicen conveniencia o inconveniencia respecto de un ser: Y conforme a lo que es cada ser, a su naturaleza, será lo que le sirva o le dañe.

En este mundo visible hay un ser que engloba las características de los demás seres y los supera a todos; el hombre. Con las plantas tiene vida vegetativa, con los animales, sensitiva. Pero a unos y a otros supera por la inteligencia y la libertad. Sólo el hombre es capaz de raciocinar, y por ello de progresar. Sólo el hombre es libre, independiente de su obrar. Por eso, sólo al hombre se le dictan leyes para que obedezca y se le sanciona según las guarde o las viole. Sería ridículo expedir una ley que ordenara a los perros que no ladren o a los asnos que caminen por la izquierda.

Si cada ser tiene algo que le conviene y algo que no le conviene ocurre la pregunta: al hombre en su calidad de inteligente y libre, al hombre como hombre, ¿también hay algo que le convenga, algo que le sea contrario? Desde luego se puede responder que a todo ser y a sus propias cualidades, a su naturaleza misma, habrá cosas que le sean favorables y cosas que le sean adversas. Lo que a la actividad libre del hombre, ilustrada por la razón, le convenga, habrá también que designarlo con un nombre especial, propio, ya que el nombre sirve para designar cada cosa. (*Nomen a notamine* "el nombre denota" dijo S. Isidoro).

Que hay una actividad del hombre en cuanto que es un ser libre y señor de sus acciones, no hay quien lo discuta sanamente. La conciencia nos dice que actuamos, hablamos, nos movemos con libertad. Aún para negar la libertad la ponemos en acción, la negamos libremente, no por un movimiento impuesto o irreprimible. El hombre es capaz de conocer el bien y el mal y no está encadenado a un extremo, y elige sus fines, sus caminos. Tiene el dominio de sus acciones. Tiene algunas (muchas) acciones libres. Pues bien: a esas acciones que van marcadas con el sello de la libertad se les llama "acciones morales", a este reino se le llama el ámbito de la moralidad. Aquí la designación de "bueno" o "malo" no es igual al sentido enfocado desde otros ángulos. Aclaro: un puñetazo o un balazo con que mate a un hombre, desde el punto de vista del pugilato o del tiro al blanco podrán ser buenos, perfectos; pero todo mundo ve que es cuestión bien diversa la pregunta de si un puñetazo o balazo fueron buenos o malos moralmente hablando. Queda, pues, asentado, que la bondad o malicia o indiferencia moral se refiere a los actos del hombre en cuanto libres y en cuanto marcados por el sello de la libre determinación: en cuanto alineados hacia un fin marcado por su misma condición de criatura, pero libre. Criatura; o sea, un ser dependiente del Autor de la naturaleza. Libre, o sea: que tiene en su mano la determinación de sus actos, el dominio, la elección, la opción en ellos. Tiene en su mano el optar, decidirse a sí mismo por uno de los extremos.

Preciado Hernández<sup>8</sup> citando la Laburu, aclara:

Si es un mito la *libertad* de la voluntad, se comprende el absurdo de entusiasmarse con los padres de la patria, y con los caudillos, y la necedad de los elogios a los héroes, y de las estatuas erigidas a los próceres. Padres de la patria, caudillos, generales, héroes,

<sup>8</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 189.

próceres, santos, si no existe la libertad de la voluntad, no han tenido más remedio que hacer lo que hicieron. Los más grandes hombres, son lo *mismísimo* que los más grandes criminales, no han hecho sino lo que férrea y necesariamente tenían que hacer.

Salomón Rahaim continúa:<sup>9</sup>

Tenemos, pues, hasta aquí: moralidad es la cualidad que tienen las acciones humanas, las propias del hombre, las específicas, en cuanto que proceden de la libre voluntad y con miras a su fin último. A eso llaman los hombres moralidad. Son buenos o malos mis actos libres, morales según que convengan o no a mi naturaleza de ser libre y en cuanto libre.

No hay quien no admita la moralidad entre los hombres. Todo el mundo admite leyes de tráfico, se condena el robo ("el capital es un robo" dice el comunista, condenándolo). Se dan leyes y sanciones. Nada de eso tendría sentido si no se admitiera el ser moral, la moralidad en las acciones. Esas no son leyes de física, son leyes morales. Por eso se sancionan la trasgresión o la observancia, más aún: dondequiera que se admita que el hombre es capaz de moralidad, buena o mala, que hay hombres buenos y malos, se admite la moralidad en las acciones libres. Eso está fuera de duda. Pero surge ahora la cuestión: ¿Cómo averiguar lo que sea bueno o lo que sea malo? Eso es lo que pasamos a examinar.

Demostrado ya que sí tiene que haber actos buenos y malos, moralmente hablando, cosa que todos los hombres admiten, aunque luego discrepen respecto de cuál es malo, preguntamos ahora: ¿Puede llegar a saberse qué es el bien moral o el mal moral? ¿Cuáles son actos buenos, cuáles malos? ¿Cómo averiguarlo, puesto que se observa que lo que unos llaman bueno otros lo llaman malo o indiferente?

No hay autor que hable sobre moralidad, que no admita que sí hay modo de aclararlo. Unos señalarán un medio, otros otro; pero si admiten la moralidad en la especie humana; si admiten que hay acciones buenas o malas, por ello mismo tienen que admitir que hay algún punto de referencia conforme al cuál se llamarán buenas o malas, esto es: admiten que hay algún medio de distinguir lo bueno de lo malo, en el terreno de lo moral. ¿Cuál debe ser ese punto de referencia, cuál es el medio para distinguir lo bueno de lo malo?

No parece muy difícil dilucidar esta cuestión. En efecto: ¿Cómo sabemos si una cosa es buena o mala en general, no precisamente en el terreno de la moralidad? ¿Cómo sé, por ejemplo, si el fuego es bueno o malo para las

<sup>9</sup> RAHAIM. *Sexo, Uso y Abuso*.

plantas o para los animales? ¿Cómo sé si para los peces o para los elefantes es bueno o malo estar sumergido en el agua del mar? Sencillamente; veo si esto o lo otro le conviene a su naturaleza. Pues lo mismo debo proceder en lo que llamamos bien específico del hombre, el bien moral, ya que lo moral es lo que abarca la actividad libre, la propia del hombre. El bien moral será lo que al hombre, en cuanto libre, le convenga hacer o evitar porque aquello vaya conforme, o, al contrario, dañe, sea adverso a su naturaleza de animal racional-social. En efecto: ¿Qué es el hombre? Creo que nadie pondrá en tela de juicio que es animal racional o social. O tenemos eso, o no tenemos un hombre. Un paso más: ¿Qué será, pues, bueno desde el punto de vista de la moralidad (campo de acciones libres del hombre)? Lo que, partiendo de una determinación libre, convenga a la naturaleza del animal racional y social. Malo, lo contrario. ¿Y no hay modo de saber qué le conviene así? Claro que sí lo hay. Mientras no deje de ser "animal racional-social", habrá cosas que sí serán convenientes a uno que tiene esa naturaleza, y otras que le serán adversas. Podrán variar mil circunstancias. Mientras no cambie radicalmente lo que es el hombre (su naturaleza), esas cosas, cierta clase de acciones, no podrán menos de estar acordes, o ser contrarias, a lo que conviene, cuadra, a esa naturaleza. Así por ejemplo, mientras haya hombres y sean hombres, esto es, animales racionales y sociales, serán adversas a la naturaleza humana, acciones tales como el robo, la embriaguez o la drogadicción que van contra su naturaleza de animal racional y social. Cuando tales actos dependen de una voluntad libre, están en el terreno de la moralidad, y en ese terreno, poner un acto libre que daña a la naturaleza, será un acto moral malo, malo, en el terreno de la moralidad.

La ley física, que rige a las criaturas no dotadas de razón, tiene su correspondiente en la ley moral para las criaturas racionales. Las irracionales no son libres; su naturaleza las lleva a sus fines con leyes físicas; el hombre, racional inteligente, y, en consecuencia, libre, se guía por medio de la ley moral.

La Ley moral le marca el camino recto; pero no le destruye su ser libre, le deja libre, le deja en la capacidad de merecer y desmerecer, de observar o de violar el recto orden, elegir el bien o el mal. Pero eso no quiere decir que no tenga una ley. La naturaleza humana señala lo que es conveniente para el hombre según la totalidad de su ser: como animal-racional-libre-social. Dentro de eso bueno ve que algunas *son* cosas de bien necesario. Entonces no puede menos de intervenir la naturaleza del hombre, exige que el hombre abraza lo que es necesario bien, y sella con un precepto positivo lo bueno-necesario. Ve también lo que es malo para el hombre como animal-racional-libre-social, y lo rechaza mediante un precepto negativo.

Pero hay cosas tales (esto es: bienes necesarios o males) para todos cuantos tengan la naturaleza humana, y ella misma los marca con un precepto positivo o negativo que afectará a cuantos estén dotados de dicha naturaleza; mandato o prohibición para todo hombre. Nos encontramos así frente a la ley natural y su origen, Ley natural: trazo recto de la razón divina, impreso en la criatura racional y que manda observar el orden natural o prohíbe violarlo, (i. th, 2, 9, 2, S. Agustín, Ciudad de Dios, 19 y 15).

Por ejemplo: la Naturaleza-racional-social no puede menos de prohibir la embriaguez que va contra el expedito uso de la razón en el animal racional; no puede menos de prohibir el robo (contra la naturaleza social), la calumnia, el fraude, el asesinato. Ni puede menos de mandar el amor y respeto al Ser Supremo, a los padres, la ayuda al necesitado, guardar la palabra dada. Son meros ejemplos, y universalmente admitidos, de la Ley natural.

Esta cualidad de actos buenos o malos por su misma naturaleza, y el hecho de que hay algunas acciones mandadas y otras prohibidas por una Ley superior; independiente de los vaivenes y arbitrio del capricho de los hombres, lo confirma la voz de la humanidad, que en todos los siglos ha tenido por malo, *v. gr.* El quitar la vida a un inocente sin más razón que el capricho, o la violencia inferida a una virgen sólo por saciar una pasión, el abuso de la fuerza sobre los débiles, la explotación de los necesitados, etcétera.

En verdad; algo puede convenir al hombre visto sólo en un porción o aspecto de su ser; pero no convenirle en su ser integralmente considerado. Aclaremos con ejemplos:

a) *En su aspecto meramente vegetativo.* Pudiera ser que en este aspecto, una acción, por ejemplo la selección racial, conviniera, quizás, a este ser que vegeta, siente, piensa y libremente, quiere. Piénsese tan sólo en lo que Hitler procuró hacer con tal intento aún a base de vasectomías: ya llevaba practicadas 56.244 entre julio 14 de 1933 (en que expidió la ley "para prevenir descendencia enferma") y diciembre 31 de 1934. Eso, pudiera ser útil al género humano en su aspecto vegetativo. Pero para el hombre, persona libre, y ser sujeto a principios morales, tal abuso es inadmisibles. Aún en el caso de que el paciente la aceptase, tal mutilación es viciosa en seres libres y racionales. No hay derecho a mutilar a una persona para mejorar la raza. Ni somos plantas, ni animales; somos personas, somos seres racionales, *administradores*, y no dueños absolutos, de lo que se nos dio; somos personas con derechos y deberes individuales y no meras piezas en la máquina social.

b) *En el orden puramente sensitivo* pudiera ser que a uno le convenga ("se siente bien"), el drogarse, embriagarse, dormir todo el día, violar a todas las mujeres que físicamente pudiera; sí, puede ser que a su ser *sensitivo* todo eso le "viniera bien". Pero su ser moral, animal-racional-y-social, exige otra cosa. Sus actos libres con que desarrolla su vida sensitiva, como también su vida vegetativa tienen que ir sujetos a la razón y no ser opuestos a lo que dicte esa razón, conforme a la cual debe gobernar toda su actividad libre.

Una sencilla reflexión sobre lo ya demostrado nos pone de manifiesto cuál será el punto de referencia, el canon, la norma por donde se mida lo que es bueno o malo moralmente hablando, cuál es el parámetro que sirva para determinar la bondad o malicia de nuestros actos libres. Si bueno es lo que conviene a la naturaleza de un ser, en el caso del animal-racional-social será bueno (o malo, respectivamente) lo que en el campo de nuestra actividad libre convenga (o repugne respectivamente) a ese ser; quiere decir que, puesto que bueno es lo que a ese ser, a esa naturaleza le conviene y malo lo que le es contrario, esa naturaleza es el punto de referencia, el que fija la bondad o malicia, la norma de la malicia o bondad de los actos libres, de la moralidad en el hombre, en el ser que no puede menos de ser animal-racional-social. Si una acción es tal que a esa naturaleza se ajuste, le convenga, esa acción será buena; mala por lo contrario. Norma, pues, de la bondad o malicia moral es la naturaleza humana integralmente considerada: animal-racional-social-creado. Esas son notas inherentes a todo hombre sin distinción de raza, tiempo, lugar, credo.

Y el Filósofo-Jurista don Rafael Preciado Hernandez<sup>10</sup> expone:

Las verdades morales tienen (así) un fundamento real, están fincadas en el ser, en la naturaleza de las cosas, en el orden ontológico según el cual cada ser tiene un fin propio y a la vez ocupa determinado puesto en el cosmos; esas verdades no son meros productos convencionales que varíen con las épocas o de un lugar a otro. Siempre serán condenados por la ética, el asesinato, el adulterio, el robo, la mentira, el suicidio como malos; porque implican en cierta medida privaciones del ser; el asesino priva de la vida a su semejante, suprime su ser biológico; el adúltero dispone de una mujer que no le pertenece, que forma con su marido la unidad básica ("Dos en una misma carne") de una familia, destruye o cuando menos relaja esa unidad y el propio ser de la familia; el ladrón reduce el patrimonio de una persona, la unidad de bienes estimables en dinero afecta a la voluntad de su dueño; el mentiroso atenta contra el ser de la sociedad que no podría existir no obstante ser necesaria al hombre y estar así vinculada

<sup>10</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 204-205.

a su estructura ontológica, si los hombres no procedieran a base de veracidad en sus relaciones, aparte de que priva al lenguaje de su fin propio, de su función específica, que consiste precisamente en ser vehículo fiel para la transmisión del pensamiento; y el suicida se priva de su ser corporal y al mismo tiempo priva de uno de sus miembros a las sociedades y comunidades a que pertenece.

El Jus-filósofo Villoro-Toranzo, a la pregunta que nos hemos formulado, contesta.<sup>11</sup>

Todos deseamos lo mejor para nosotros mismos y sabemos, explícita o implícitamente, que lo mejor no puede ser más que desarrollarnos de acuerdo con nuestra naturaleza racional y libre, o, en otras palabras, desarrollarnos moralmente. Nadie se escapa del todo, al peso de esta responsabilidad. Allí está nuestra conciencia moral para recordarla, urgiéndonos a progresar de acuerdo con nuestra naturaleza racional y libre.

En otras palabras, el hombre es situado por su propia naturaleza en la disyuntiva de o desarrollarse plenamente como hombre o de negarse a sí mismo y convertirse en bestia o, peor aún (pues las bestias carecen de razón y libertad), caer más abajo que las bestias. "La naturaleza misma del hombre le ata, pues, a la ley moral en cuanto ley de su ser plenamente real".

¿Se puede especificar en qué consiste ese desarrollo moral que se impone a toda persona? Johannes Messner nos da una excelente respuesta:

La conciencia moral de la gente formada no parece dejar hoy duda de que los fines esenciales del hombre, donde hay que buscar la esencia y a la vez el criterio de moralidad son: la auto conservación, incluyendo la integridad corporal y la estimación social (honor personal); el auto perfeccionamiento desde el punto de vista físico y espiritual, incluyendo el desarrollo de las capacidades para el mejoramiento de sus condiciones vitales, así como la preocupación por el bienestar económico y la seguridad de las propiedades o los ingresos necesarios; la ampliación de la experiencia, del saber y del perfeccionamiento, mediante el mundo de los valores espirituales; la procreación por pareja y la educación de la prole; la benevolente participación en el bienestar material y espiritual del prójimo en cuanto dotado de la misma esencia humana; la unión social con vistas a la utilidad social, que consiste, ante todo, en la seguridad de paz y orden, en la posibilidad del bienestar material y cultural de la comunidad, así como en el fomento del conocimiento y dominación de las fuerzas de la naturaleza para este fin; la consecución de un conocimiento seguro de su posición en el mundo como universo y de su destino definitivo y, en conexión con esto el conocimiento y la adoración del Creador.

<sup>11</sup> VILLORO TORANZO, *Deontología Jurídica*, p. 123.

¿Podemos plantear la posibilidad de una moral atea? No nos referimos a la cuestión de hecho, pues podemos admitir sin dificultad que hay personas que, profesando el ateísmo, viven vidas perfectamente morales. Tampoco estamos planteando la cuestión de si, para encontrar una solución moral, es necesario referirse explícitamente a Dios. Es claro que muchas cuestiones morales se resuelven sin referencia explícita a los últimos fundamentos de la moralidad. *Estamos planteados una cuestión de coherencia filosófica.* Dicho de otra manera: esos ateos de buena fe, a los que podemos admirar por la rectitud de sus vidas, ¿son consecuentes consigo mismos? *No se trata de una acusación, sino de una cuestión de coherencia.* Por otra parte, no nos debemos extrañar de esa inconsecuencia, si llega a aparecer. *Las vidas humanas están plagadas de inconsecuencias.* Si los hombres fuéramos verdaderamente consecuentes con los ideales que profesamos, todos seríamos héroes y santos. Pues bien, a la pregunta de si es posible en lógica una Moral atea, yo creo que hay que contestar con Dostoievski: si Dios no existe, todo está permitido. José Luis L. Aranguren desarrolla así la misma idea:

El "ateísmo ético" se reduce a sí mismo al absurdo y, si es consecuente, tiene que desembocar en el derrocamiento nietzscheano de la moral, en el inmoralismo de André Gide, en la Filosofía de Sartre, en el nihilismo que denuncia Heidegger como signo de nuestro tiempo... La actitud ética separada termina en el absurdo, pasando previamente por el ateísmo ético. Pero su raíz se encuentra en el racionalismo. El ateísmo es un producto racionalista, una simplificación racionalista de la realidad... El ateísmo es un producto racionalista porque está separado de la vida real.

En consecuencia, de lo anterior resulta evidente que el ser humano carece de un criterio sólido de rectitud en sus actos cuando se guía en su obrar por principios utilitaristas, hedonistas o de situación acomodaticia.

Ahora bien, toda vez que una norma es una regla de conducta obligatoria, esa regla cuando afecta la moralidad de la persona humana, constituye un límite a la libertad moral, pudiendo el ser humano trasgredir la norma moral en virtud de su libre albedrío o libertad psicológica, pero al hacerlo se degrada e incumple su obligación de perfeccionarse como animal-racional-social.

En otras palabras, cuando existe una norma moral, sea imperativa, sea prohibitiva, no tenemos libertad moral. La norma moral puede ser violada físicamente o psicológicamente, pero esa violabilidad sólo confirma su existencia.

4.5. *La Libertad Religiosa.* De conformidad con lo expuesto y demostrado anteriormente, tendremos libertad religiosa si no hay una norma

que nos ordene tributar culto al Ser Supremo; pero, si existe una norma que nos ordene tributar culto al Ser Supremo, no habrá libertad religiosa. Seguirá habiendo libertad física y psicológica para violar la norma, pero no religiosa, porque hay un mandato que estamos obligados a observar.

Entonces, cabe preguntar, ¿existe una norma religiosa, que nos obligue a tributar culto al Ser Supremo?

Para esclarecer este punto, debemos referirnos al tema fundamental de saber si existe ese Ser Supremo, y si estamos obligados a tributarle culto.

Aquí, no estamos planteando ningún problema dogmático, sino meramente filosófico; es decir buscamos demostrar si con la sola luz de la razón podemos conocer la existencia del Ser Supremo.

La filosofía es el amor a la sabiduría y sin aceptar dogmatismo alguno ni imposición autoritaria, busca encontrar la verdad objetiva, basándose en la observación de la realidad, formando así ideas, juicios, raciocinios.

Muchos son los pensadores que se han planteado el problema consistente en demostrar la existencia del Ser Supremo. Entre ellos destaca la filosofía Aristotélico-Tomista, cuya síntesis en la materia pasamos a exponer, guiados por las exposiciones de filósofos como Salomón Rahaim, Zubiri, Preciado Hernández:

- Nuestra observación del mundo que nos rodea y nuestra experiencia nos indican que existen seres que pueden existir o no existir, que comienzan a existir y dejan de existir, como yo mismo, las plantas, los animales, las combinaciones químicas. Estos seres son mudables y pueden perfeccionarse y por ello son contingentes, no tienen en sí mismos la razón suficiente de su existencia y por ende la razón nos indica que se necesita un ser necesario (no contingente), que tiene en sí mismo y no recibe de otro, la razón de su ser, "El Inderivado", al que se llama "Dios".
- En el mundo hay muchos seres que se mueven, pasan de la potencia o posibilidad de moverse, al acto de moverse. Esto exige un Motor Inmóvil, que llamamos Dios. En efecto, si no llegamos a tal ser que tenga en sí mismo la razón del movimiento que se produce en otros seres, tendríamos que recurrir a una serie infinita de seres que son insuficientes para moverse por sí mismos, lo cual exige un Motor Inmóvil, que llamamos Dios.

- Existen muchas causas en el mundo, que producen sus efectos como incendios, nacimientos. Estas causas son causas causadas por un agente que las causa y ello exige pensar en una causa incausada, o sea a la causa de las causas. A esa causa incausada, llamamos Dios.
- En el mundo observamos un orden cósmico, así como en los seres vivientes en su ser y en sus funciones. En consecuencia, debemos concluir que existe una causa inteligente ordenadora de tal orden; a esa causa la llamamos Dios.
- El ser humano tiende a la felicidad y no se sacia con ningún bien, limitado, como nos lo enseña la experiencia. En consecuencia, el ser humano tiende a satisfacer su felicidad en un bien ilimitado, que es Dios. Dios es un ser real, actual, substancial que tiene entendimiento y voluntad, independiente y espiritual.

Los argumentos expuestos nos dan verdadera y suficiente certeza de la existencia de Dios, cuya esencia es el Ser Supremo y por ello debemos tributarle culto, o sea debemos tributarle honor y estima por ser superior a todos nosotros.

El gran pensador Xavier Zubiri, citado por Preciado Hernández,<sup>12</sup> nos explica este punto en la siguiente forma:

El hombre se encuentra enviado a la existencia, o, mejor, la existencia le está enviada. El hombre, no sólo tiene que hacer su ser con las cosas, sino que para ello, se encuentra apoyado *a tergo* en algo, de donde le viene la vida misma. Estamos *obligados* a existir porque, previamente, estamos *religados* a lo que nos hace existir. En la *obligación* estamos simplemente sometidos a algo que, o nos está impuesto extrínsecamente, o nos inclina intrínsecamente, como tendencia constitutiva de lo que somos. En la *religación* estamos más que sometidos; porque nos hallamos vinculados a algo que *previamente nos hace ser*. En su virtud la *religación* nos hace patente y actual lo que pudiéramos llamar la *fundamentalidad* de la existencia humana. Fundamento es, primariamente, aquello que es raíz y apoyo a la vez. Lo que religa la existencia, religa con ella el mundo entero. La *religación* no es algo que afecte exclusivamente al hombre, a diferencia, y separadamente, de las demás cosas, sino a una con todas ellas. Por esto afecta a todo. Sólo en el hombre se actualiza formalmente la *religación*; pero en esa actualidad formal de la existencia humana que es la *religación* aparece todo, incluso el universo material, como un campo iluminado por la luz de la *fundamentalidad* religante. La existencia humana, pues, no solamente está arrojada entre las cosas, sino religada por su raíz. La *religación* —*religatum esse*, eligio, religión, en sentido primario— es una dimensión formalmente constitutiva de la existencia. Por tanto, la *religación* o *religión* no es algo que simplemente se tiene o no tiene. El hombre no tiene religión, sino que,

<sup>12</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 94.

velis nolis, consiste en religación o religión. Religión, en cuanto tal, no es ni un simple sentimiento ni un puro conocimiento ni un acto de obediencia, ni un incremento para la acción, sino actualización del ser religado del hombre. En la religión no sentimos profundamente una ayuda para obrar, sino un fundamento para ser. Y así como el estar abierto a las cosas nos descubre, en este su estar abierto, que 'hay' cosas, así también el estar religado nos descubre que 'hay' lo que religa, lo que constituye la razón fundamental de la existencia. Sin compromiso ulterior, es, por lo pronto, lo que todos designamos con el vocablo Dios, aquello a que estamos religados en nuestro ser entero. Por su religación el hombre se ve forzado a poner en juego su razón para precisar y justificar la índole de Dios como realidad. Pero la razón no lo haría si previamente la estructura ontológica de su persona, la religación, no instalara a la inteligencia, por el mero hecho de existir personal y religadamente, en el ámbito de la deidad. Mejor que infinito, necesario, perfecto, etc., atributos ontológicos excesivos complejos todavía, creo poder atreverme a llamar a Dios, tal como le es patente al hombre en su constitutiva religación, *ens fundamentale* o fundamentante. El atributo primario, *quoad nos*, de la divinidad es la fundamentalidad. Cuanto digamos de Dios, incluso su propia negación (en el ateísmo), supone haberlo descubierto antes en nuestra dimensión religada.<sup>13</sup>

En síntesis, como lo expresa el filósofo Rafael Preciado Hernández:<sup>14</sup> "El hombre se reconoce vinculado a su Creador y de ese reconocimiento derivan sus deberes religiosos". "Los deberes que de ahí derivan para el hombre, son el contenido de las normas religiosas."

En consecuencia, toda vez que existe la norma religiosa que ordena al hombre tributar culto, honor, estima al Ser Supremo, hay obligación religiosa de observar esa norma y en consecuencia no tenemos libertad religiosa, toda vez que existe una norma que debe ser observada.

Como expresa Santo Tomás,<sup>15</sup> "La excelencia de una persona es lo que funda el honor. Y como en Dios hay una excelencia singular, por ser infinitamente trascendente en todas las órdenes, a Él se le debe el honor especialísimo".

Con nuestra libertad física y psicológica podemos violar esa norma. Pero no tenemos libertad religiosa, porque hay un vínculo (la norma que es regla de conducta obligatoria) que nos exige tributar culto al Ser Supremo.

Entonces cabe preguntar, ¿en qué consiste la innegable libertad religiosa?

5. El tratadista Eduardo García Maynez<sup>16</sup> nos explica en qué consisten los derechos del obligado y los derechos del pretensor:

<sup>13</sup> ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, pp. 435-ss.

<sup>14</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 95. En el mismo sentido GONZÁLEZ MORFÍN, *Temas de Filosofía del Derecho*, México, Oxford University Press, 1989, p. 161.

<sup>15</sup> S.th.II - II. q. 81, a.4.

<sup>16</sup> GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, p. 204.

La persona pasible de un deber jurídico tiene en todo caso el derecho de acatarlo. Por ejemplo, la obligación de cubrir un impuesto condiciona, de manera necesaria, la existencia de una facultad del contribuyente: la de pagar dicho impuesto. Si la ley no concediese a los sujetos a quienes impone obligaciones el derecho de cumplirlas, sería contradictoria, ya que ordenaría y prohibiría, al propio tiempo, un mismo proceder. Empleando una expresión que aparece a menudo en las obras de Husserl, podríamos decir que todo deber jurídico se *funda* en el derecho de acatarlo. Aun cuando en ninguna norma se haga mención de este último, no por ello deja de existir, vinculado indisolublemente a las obligaciones que el orden jurídico estatuye. Tal facultad deriva, lógicamente, del mismo deber jurídico. Se llama *derecho del obligado*, por ser el que éste tiene de cumplir con su deber.

Es decir, toda vez que tenemos la obligación de tributar culto al Ser Supremo, tenemos el derecho frente a todo el mundo, Estado, sociedad, personas, de que nadie nos impida cumplir esa obligación de tributar a Dios ese culto, tanto interno como externo; tanto público, como privado.

Como lo expresa la *Declaración Dignitatis Humanae*:<sup>17</sup>

Ahora bien, como la libertad religiosa que los hombres exigen para el cumplimiento de su obligación de rendir culto a Dios se refiere a la inmunidad de coacción de la Sociedad Civil...

Por razón de su dignidad, todos los hombres, por ser personas, es decir dotados de razón y voluntad libre y, por tanto, enaltecidos por una libertad personal, son impulsados por su propia naturaleza a buscar la verdad, y además tienen la obligación moral de buscarla, sobre todo la que se refiere a la obligación.

## CONCLUSIONES

1. La persona humana goza de la libertad física y psicológica.
2. La persona humana no goza de la libertad jurídica, frente a las normas imperativas o prohibitivas.
3. La persona humana no goza de la libertad moral, frente a los preceptos morales que nos obligan a realizar una conducta o nos prohíben realizarla.
4. La persona humana no goza de la libertad religiosa frente a las normas que nos ordenan tributar culto al Ser Supremo.
5. La persona humana goza de la libertad religiosa consistente en ejercer todos los derechos necesarios para cumplir sus obligaciones religiosas frente al Ser Supremo.

<sup>17</sup> Concilio Vaticano Segundo. *Declaración Dignitatis Humanae*, Madrid. BAC. MCMLXX.

## 1. LA SITUACIÓN JURÍDICA NACIENTE DEL CONTRATO DE CENSO

Una cuestión particularmente discutida por la *scientia iuris* de la edad moderna fue aquella de la definición de la situación jurídica naciente del contrato de censo real.

En realidad, dicho contrato, mediante el cual un sujeto constituía a perpetuidad una renta sobre un bien inmueble de su propiedad, contra el pago de una suma de dinero de parte de quien habrá después de percibir la misma anualidad, había sido reconocido como legal en algunas intervenciones dirimidas por los pontífices (la primera de todas las decretales *Regimini* de Martino V y Callisto III —respectivamente del 1425 y del 1455— y después, definitivamente, con la bula *Cum Onus* de Pio V en el 1569, la cual fue seguida al año siguiente por el breve explicativo *Etsi Apostolica Sedes*)<sup>2</sup> las cuales habían excluido la existencia del *peccatum usurae*, que por el contrario, de conformidad con gran parte de los intérpretes, existía con referencia al censo personal, en donde la renta era constituída siempre detrás del pago correspondiente, pero no anclada a un bien específico.

La cuestión anterior no era ciertamente de mera clasificación: de la correcta individualización del derecho naciente, para el comprador del censo descendía, de hecho, la admisión de una serie de herramientas procesales para la tutela de su derecho, para requerir la prestación censística, las cuales variaban sensiblemente, de acuerdo a la decisión definitoria efectuada.

Así, la doctrina había discutido largamente si configurar tal situación jurídica como una hipoteca, o encuadrarla en el ámbito de las servidumbres: pero en ambos casos, la solución no satisfacía completamente a los intérpretes.

No es la primera, porque la situación real que nacía del contrato era algo más que una mera hipoteca, por su naturaleza puramente accesoria de una obligación principal, mientras en el contrato de censo real, el vínculo sobre la cosa era tan importante que, en el caso de la pérdida del bien censítico, se extinguiría también el censo.

No es la segunda, porque no era posible incluir esta situación jurídica, sino a costa de considerables esfuerzos, en el esquema de las servidumbres perso-

<sup>2</sup> Para un análisis de esta normativa se reenvía a A. LANDI, *Ad evitandas usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma, Fondazione Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 2004, pp. 19-24 y al muy recién I. SOFFIETTI-C. MONTANARI, *I censi, le rendite e l'usura nella legislazione e nella dottrina (secoli XV-XIX)*, in *La Compagnia di San Paolo 1563-2013, I, 1563-1852*, a cura di W. Barberis con A. Cantaluppi, Torino, Einaudi, 2013, pp. 107-131.

nales, ni en aquel de las servidumbres reales, considerando que la prestación censística era, como se ha dicho “*debita a re personae*”.<sup>3</sup>

Con respecto a esta cuestión, Diego Covarrubias y Leyva (1512-1577)<sup>4</sup> había sido uno de los partidarios más fuertes, no sólo de la licitud del censo personal, sino también, de una opinión bastante singular en mérito propio a la situación jurídica derivada del contrato de censo.<sup>5</sup>

Según el “Bartolo español”, aquella de pagar el censo era en primer lugar una obligación personal, sobre la cual la indicación eventual de la cosa se hacía para una sodisfacción mas segura y mejor (*pro certiori, et saniori solutione*) por lo que accede a la obligación a título de prenda y de hipoteca (*iure pignoris, et hypothecae*).<sup>6</sup>

La naturaleza de la obligación principal significaba que, también en el caso de que la cosa objeto de la hipoteca hubiese perido, la obligación de pagar la renta seguía existiendo.

Además, Covarrubias había concluido que la hipoteca que acompaña a los ingresos anuales, no sigue las reglas comunes (*non omnino sequitur leges aliorum pignorum, et hypothecarum*); ésta, de hecho, es más fuerte que las demás, causando para el poseedor del bien, acordado por la acción hipotecaria la imposibilidad de pedir en vía de excepción la excusión preventiva del deudor principal, como ocurre en otras hipotecas.

Y esto era verdad, en su opinión, también para los censos reales, donde la acción hipotecaria debía considerarse como principal (*actio hypothecaria principalis censerit debet*).<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Cfr. LANDI, *Ad evitandas usuras, op. cit.*, pp. 24-49; en particular para el uso por parte de la doctrina, de la expresión dada en el texto, p. 30.

<sup>4</sup> Detalles esenciales de la vida y bibliografía de Covarrubias, Obispo de Segovia, Presidente del Supremo Consejo de Castilla y padre conciliar del Concilio de Trento, en la voz de J. Alvarado, en *Diccionario crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispanicos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, ed. M. J. Peláez, I, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga y otras, 2005, pp. 255-257, con bibliografía ulterior.

<sup>5</sup> Lo hemos tratado difusamente en A. LANDI, *Tra censi e usure. Aspetti del pensiero giuridico europeo d'età moderna*, en *La Compagnia di San Paolo 1563-2013, op. cit.*, pp. 92-95.

<sup>6</sup> D. COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutiones*, L. 3, cap. 7, in Id., *Omnia opera*, I, Augustae Taurinorum, Apud. Ioan. Dominicum Tarinum, 1594, pp. 347-352; la mención a p. 350, n. 5, al final.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 351, n. 6. En verdad esta última expresión, que además resume bien el pensamiento de Covarrubias, es una añadida infratextual no imputable al autor que aparece en la edición de Turín citada, pero no está presente en las anteriores (por ejemplo en la de Lyon, Apud Sebastianum Bartholomaei Honorati, 1557, p. 318); esta se basa sobre una decisión del Senado de Burdeos, reportada en la colección de Nicolas Bohier, *Decisiones aureae*, II, Lugduni, Apud Antonium Vincentium, 1558, dec. 295, p. 202, n. 17.

En definitiva se trataba de una hipoteca especial por el hecho que era más fuerte que la simple hipoteca, no siguiendo las reglas de esta última.

De hecho, para la hipoteca naciente del censo nunca habría sido aplicada, la l. 2 C. *De pignoribus* (C. 8.13 [14].2),<sup>8</sup> la cual, de hecho, preveía a favor del poseedor del bien hipotecado el *beneficium excussionis*, a saber la obligación para el acreedor, que actuaba en juicio de intentar la acción contra el deudor principal antes y sólo posteriormente contra el poseedor del bien hipotecado.

Una opinión que él había expresado fundándose en la autoridad de Guy Pape († 1477) y de Barthélemy de Chasseneuz (1480-1541): el primero, argumentando desde la disciplina de los censos públicos, había observado que, por analogía, también los censos privados debían tener el mismo tratamiento,<sup>9</sup> por lo que, los comentaristas de sus decisiones habían tenido la posibilidad de señalar que en el caso de la enfiteusis, el feudo, el censo y “generaliter” en cada bien sobre el cual fuera constituida una renta, la cosa sobre la cual tal renta era constituida, venía retenida a modo de prenda (*res illa, super qua redditus est assignatus, pignori obligata censetur*);<sup>10</sup> el segundo, en cambio, aunque hubiese que el rendimiento anual de un bien pudiese configurarse como una servidumbre, negando que del contrato surgiese, por derecho romano, un *ius in re*, oponible aún al sucesor a título particular del propio bien, había notado, sin embargo, que de acuerdo a la costumbre de la Borgoña, si una cosa está ligada para sacar de ella un ingreso, como comúnmente se hace, se crea un derecho real que sigue la cosa en cualquier poseedor de ella; y esto es conforme con la justicia y el derecho (*de consuetudine et usu Bur*

<sup>8</sup> “*Imperatores Severus et Antoninus AA. Lucio. Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit*” (Aunque conste que tu adversario recibió en prenda especialmente algunos bienes y en general todos, y que sobre todos tiene igual derecho, se ha de moderar, sin embargo la jurisdicción. Y por lo tanto, si es cierto que él puede recuperar toda la deuda con los que nominalmente fueron obligados en prenda, el presidente mandará que mientras tanto no se te quiten los que de los mismos bienes recibiste después en prenda [trad. Del Corral]).

<sup>9</sup> G. PAPE, *Decisiones*, Lugduni, Ex officina Q. Hug. a Porta, Sumptibus Ioan. De Gabiano, 1607, quaestio 42, p. 84, en donde el autor subrayaba, precisamente, que “*eadem est ratio in utroque casu: ergo idem ius statui debet*”. Sobre el célebre jurista del Delfinado, *cfr.* también G. GIORDANENGO, *V. Pape (Papa ou Pape) Gui*, en *Dictionnaire historique des juristes français (XIII-XXe siècle)*, publicada bajo la dirección de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, PUF, 2007, pp. 606-607.

<sup>10</sup> J. FERRER (Iacobus Ferrerius), *Additio ad quaestionem 42*, in G. PAPE, *Decisiones*, *op. cit.*, p. 85.

*gundiae, si sit certa res assignata sive obligata pro reditu, ut communiter fit, creat ius in re, et adhaeret rei, adeo quod sequitur rem et fundi possessorem, quod est aequum et iuridicum*).<sup>11</sup>

Ni habían faltado quienes habían seguido estas tesis del obispo de Segovia, sobre todo en consideración del particular régimen jurídico de España, en relación con el censo, consecuencia de la no publicación en aquel reino de la *bolla piana*.

Pero había algunos, en España y sus dominios, que no se habían conformado a ésta, si bien eminente, opinión, entre ellos Diego Ibañez de Faria.

## 2. UN MAGISTRADO INDIANO COMENTADOR DE COVARRUBIAS

Son escasos los datos biográficos sobre Diego Ibañez de Faria:<sup>12</sup> originario de Cádiz, la fecha de su nacimiento es desconocida.

Sin embargo, sabemos que el 20 de julio de 1667 fue nombrado fiscal de la Audiencia Pretoral de Buenos Aires<sup>13</sup> (fundada unos años antes), a donde llegó el 8 de octubre 1669. Cerrada el 31 de diciembre 1671, la Audiencia de Buenos Aires, Ibañez fue pronto encargado por el Consejo de Indias para ejercer el juicio de residencia<sup>14</sup> en contra el Gobernador de Tucumán, Don Ángel de Peredo; después de lo cual el 9 de agosto de 1674, fue nombrado Fiscal de la Audiencia de Guatemala, de la que fue oidor el 8 de junio de 1680, hasta el 1686, el año de su jubilación (con el consiguiente retorno a España) y de su muerte.

<sup>11</sup> B. de CHASSENEUZ, *Consuetudines Ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae*, Francofurti, Ex Officina Martini Lechleri, Impensis Sigismundi Feyrabend, 1590, Rub. 11, § 6, gl. Contre l'assignal, c. 1339, n. 2. Sull'autore *cfr.* La voz de C. DUGAS DE LA BOISSONNY, *Dictionnaire historique, op. cit.*, pp. 183-184.

<sup>12</sup> Obtenidos de V. O. Cutolo, *El fiscal de la primera Audiencia de Buenos Aires, Diego Ibañez de Faria y sus famosos comentarios a Covarrubias*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Buenos Aires”, Año X n. 42 (1955), pp. 171-179 y de A. Levaggi, “Escritos de Diego Ibañez de Faria como fiscal de la primera Audiencia de Buenos Aires”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No. 26 (1980-1981), pp. 185-189; véase también J. CANO, IBÁÑEZ DE FARIA, *Diccionario crítico, op. cit.*, pp. 421-422.

<sup>13</sup> Sobre los varios tipos de audiencias, *cfr.* F. DE ICAZA DUFOUR, *Plus ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, Ed. Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2008, pp. 289-293, que también contiene la definición eficaz de Solórzano, según la cual ellas son “castillos zagueros, donde se guarda la justicia, se defiende a los pobres y se dá a cada quien lo suyo” (p. 289).

<sup>14</sup> Sobre esta tipología de inspección judicial, *cfr.* el recién F. DE ICAZA DUFOUR-J. P. SALAZAR ANDREU, “Control y responsabilidad de los oficiales reales en Indias”, en *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 77-83.

Desde el punto de vista científico, su destino está ligado indisolublemente al de Diego Covarrubias,<sup>15</sup> porque sus obras consisten en comentarios articulados a las *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones* y las *Practicae quaestiones* de este autor, que él —para usar las palabras del bibliófilo Nicolás Antonio—<sup>16</sup> “*curiose ac docte*” comenzó a darlas a la prensa en el 1659.

Se trata de verdaderas y propias *summae* —en el sentido medieval del término (comentarios ampliados)— a las dos obras del obispo de Segovia, que habían visto la luz, respectivamente, en 1552 y en 1556: de hecho, siguiendo paso a paso la tratación y manteniendo inalterada la estructura expositiva, ellas contienen párrafo por párrafo las anotaciones de Ibáñez a lo sostenido por Covarrubias.

El primero en ser publicado fueron las *Additiones* al primer libro de *Variae Resolutiones*, que fueron seguidos, el año siguiente, por aquellas al libro segundo; adiciones que se reunieron en una sola edición comenzando de la edición lionesa de 1676.

Después de la muerte de Ibáñez se publicaron —por primera vez en Lyon en 1688— las nuevas adiciones a las *Variae Resolutiones* (que se refieren a los libros restantes en que se divide el trabajo del “Bartolo español”, es decir, el tercero, el cuarto y quinto) y, junto con ellas, las observaciones sobre las *Quaestiones Practicae*.

A propósito de estas obras, se debe precisar que, la historiografía a veces cayó en diversos errores y omisiones: así si alguien ha tergiversado la información de Antonio, imputándole un error que en realidad absolutamente no había cometido,<sup>17</sup> recientemente, hay incluso aquellos que han dejado de lado, en el listado de las obras de Ibáñez, sus comentarios sobre *Quaestiones*

<sup>15</sup> Ya lo señalaba LEVENE, *Escritos de Diego Ibáñez, op. cit.*, p. 185, según el cual, ya con la primera edición de su obra, el jurista de Cádiz ligaba “indisolublemente su nombre al del celeberrimo Bartolo español”.

<sup>16</sup> N. ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno 1500 ad 1684 floruerunt notitia*, I, Matriti, Apud Joachimum De Ibarra, 1783 [rist. an. Torino, Bottega d’Erasmio, 1963], p. 324.

<sup>17</sup> CUTOLO, *El fiscal de la primera Audiencia, op. cit.*, p. 180, habla de “un error de tan distinguido bibliófilo,” que habría indicado una nueva edición de las *Additiones*; en realidad la indicación de Antonio se limita a señalar que la obra se compone de dos tomos de los cuales el “*alterum*”, es decir el segundo, fue impreso en Madrid en el 1660; afirmación del todo exacta. Sin embargo, desde las fechas de las ediciones de las obras de Ibáñez proporcionadas por Cutolo, tenemos la impresión de que *Additiones* y *Novae additiones* se han considerado, erróneamente, la misma obra.

*Practicae*, probablemente por causa de su complicado título que pudo inducir a un error al lector apresurado;<sup>18</sup> como, de otra parte, no faltan errores en la indicación de las ediciones a los cuales se ha podido poner remedio aquí, gracias a las herramientas informáticas modernas.<sup>19</sup>

Pero más allá de estas consideraciones, que, sin embargo, por sí solas podrían justificar la necesidad de un nuevo estudio sobre Ibáñez, creemos que el aspecto más importante de las obras de este autor está en su contenido: que de hecho representan testimonios válidos sobre el pensamiento jurídico de la España del seiscientos, y por lo tanto nos permiten tener un cuadro puntual de muchas de las cuestiones que se abordan en la doctrina de la era moderna, después de las grandes transformaciones sociales consecuencia del nacimiento de los estados nacionales y del descubrimiento de América.<sup>20</sup>

Por otro lado —por así decirlo—, “de entre los pliegues de los volúmenes”, es decir, de la información en las portadas de ellos se desprende también la importancia que estas obras han representado para el propio autor, habiendo constituido verdaderos y propios títulos justificativos, para acceder a la carrera judicial: así, si en las de 1659 y 1660 el viene indicado simplemente como *licentiatus, utriusque iuris peritus et Regii Senatus advocatus* y en la de 1676 como *utriusque iuris peritus et Regii Senatus Supremorumque Tribunalium in Hispana Curia Advocatus*, en todas las demás se presenta con

<sup>18</sup> Estos comentarios no son mencionados en la voz de J. CANO, *Diccionario crítico, op. cit.*, pp. 421-422, así como por J. BARRIENTOS GRANDON, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993, pp. 98-99 y A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994, p. 266. El título sugiere —pero es, como hemos dicho, un error— que se trate de una obra de COVARRUBIAS, *D. D. Didacus Covarrubias a Leiva toletanus... Enucleatus et auctus practicus in quaestionibus per D. Didacum Ybáñez de Faria gaditanum*.

<sup>19</sup> Cfr. A. GARCÍA-GALLO, “La Ciencia Jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, en “Anuario de historia del derecho español”, Año XLIV (1974), p. 196, que recuerda sólo algunas ediciones de las *Additiones*; B. BRAVO LIRA, “El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica”, en *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, Anno XV (1988), p. 10, nt. 54-55, con la indicación de algunas ediciones tanto de las *Additiones* como de las *Novae additiones*; Id., *El derecho indiano y sus raíces europeas. Derecho común y propio en Castilla*, en “Anuario de historia del derecho español”, Año LVIII (1988), p. 41, nt. 84, que menciona sólo algunas ediciones de las *Additiones*.

<sup>20</sup> De hecho se sabe que “la cultura jurídica que hubo en Indias durante la dominación española fue, sin duda, muy alta”, como es demostrado por las bibliotecas antiguas presentes en toda América Latina en donde “se halla lo mejor de la producción intelectual desde el *mos italicus* hasta los autores de mayor avanzada que pueden encontrarse en el siglo XVIII” (así DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual, op. cit.*, p. 264). Debe por tanto seguirse la sugerencia de M. Bellomo, *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*, ahora en Id., *Il doppio Medioevo*, Roma, Viella, 2011, pp. 167-177.

los títulos más ennoblecedores *De Regii Fiscii patronus* en la Audiencia de Buenos Aires y en *Goatmalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscriptus*.

Huellas, en conclusión, que marcan en la posteridad su ascenso en las filas del poder judicial indiano.

### 3. LA AUTONOMÍA DE IBÁÑEZ RESPECTO DE COVARRUBIAS

Es conocido que el género literario de las "Adiciones" evidencia, desde el título, una suerte de cansancio científico del autor, el cual parece renunciar a cada originalidad, para encontrar refugio en la *autoritas* del texto comentado.<sup>21</sup>

Con Ibáñez no tenemos nada de esto, al menos en cuanto a la discusión sobre la situación jurídica derivada del contrato de censo.<sup>22</sup>

Él, de hecho, retomando las filas de estas discusiones doctrinales, enumera una serie de autores que fueron colocados en la línea de pensamiento de Covarrubias y, sucesivamente, otros que habían preferido la clasificación del contrato dentro de la servidumbre, no aceptando una opinión específica, pero mostrando una especie de insatisfacción con respecto a las diversas tesis presentadas.

Entre los seguidores del obispo de Segovia, menciona a los españoles Juan Gutiérrez (ca. 1535-1618) y Pedro Diez Noguerol († 1640) —con sus trabajos eminentemente prácticos— junto con Luis Velásquez de Avendaño y Feliciano de Solís —con sus valiosos tratados sobre los censos—;<sup>23</sup> y a estos se añaden dos autoridades del *mos italicus*, Ludovico Cenci y Mercuriale Merlini.

Y si Cenci, el experto más prestigioso en materia censística, había insistido en el hecho de que no se puede dudar que con la imposición del censo se contrata una hipoteca sobre el fundo gravado (*non potest dubitari quin per impositionem Censuum contrahatur hypotheca super fundo subiugato*), la cual tiene mayor fuerza que la ordinaria, por el hecho que de ella surgen efectos de mayor importancia que de la hipoteca simple no nacen (*abet maiorem vim efficaciam, ac potestatem, quam habeat simplex, et ordinaria hypotheca*;

<sup>21</sup> En este sentido, *cfr.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 317.

<sup>22</sup> D. IBÁÑEZ DE FARÍA, *Novae additiones, observationes et notae ad libros Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarrubias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Torunes, 1762, Ad lib. 3, cap. 7, p. 72, nn. 42-47.

<sup>23</sup> Hemos tomado en consideración el pensamiento de estos autores —con la excepción de Noguerol, sobre el cual véase, nt. 33— en LANDI, *Tra censi e usure*, *op. cit.*, pp. 97-100.

*ex eo quod nascuntur ex ea effectus plurimi maximi ponderis, et momenti, quae ex simplici hypotheca non oriuntur*),<sup>24</sup> Merlini, independientemente de la mayor o menor eficacia de esta hipoteca, había afirmado que la *actio hypothecaria* compete de todos modos al acreedor del censo.<sup>25</sup>

Mientras, entre los opositores de Covarrubias, Ibáñez recuerda, en el ámbito teológico, al belga Leonardo Lessius (1554-1623)<sup>26</sup> y en el ámbito jurídico, al portugués Álvaro Valasco (Vaz).<sup>27</sup>

Sobre todo el teólogo jesuita, libre de excesivo formalismo, había cuestionado las tesis de Covarrubias, con base en el hecho de que el censo verdadero no es más que un derecho de percibir los frutos o una renta de una cosa fructífera de otra persona, similar, de hecho, a una servidumbre que grava sobre el fundo ajeno, como aquella de atravesar un fondo, practicar la caza o la pesca, la recolección de bellotas, etc, de modo que la cosa no se dice hipotecada para garantizar ese derecho, ya que si la cosa perece, cesa también el derecho a percibir dicha renta; y si la cosa gravada pasa a otro propietario, el antiguo propietario quedará igualmente liberado del cumplimiento de sus obligaciones (*census realis nihil est aliud, quam ius percipiendi fructum vel pensionem ex re fructifera alterius; unde se habet sicut ius servitutis, quod quis habet in re alterius v. g. ius eundi per praedium alterius, venandi, piscandi, colligendi glandes et similia: ratione cuius iuris res non dicitur hypothecata pro illo iure, si enim res pereat, perit ius: si ad alius transferatur, prior dominus omni obligatione solvitur*); eventos que al contrario no se verifican cuando un bien está sujeto a una hipoteca. Si se afirmase que la cosa sujeta al censo es hipotecada, esto sería, en opinión de Lessius, reconocer que todos los censos tienen naturaleza personal.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> L. CENCI, *Tractatus de censibus*, Venetiis, Apud Gervasium Anesium, 1629, pars 1, cap. 2, quaestio 3, art. 1, p. 42, nn. 5-7. Sobre este autor y su tratado, cuya primera edición es de 1621, *cfr.* A. LANDI, v. Cenci Ludovico, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, dirigido por I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 505-506.

<sup>25</sup> *Cfr.* M. MERLINI, *De pignoribus et hypothecis tractatus absolutissimus*, Genevae, Ex typographia Petri Chouët, 1651, quaestio 93, p. 197, n. 4). Sobre Merlini (1597-1657), jurista activo en la Romagna Gran Ducal, más allá de pocas notas celebrativas de G. V. MARCHESI, *Vitae virorum illustrium forliviensium*, Forlivi, Ex Typographia Pauli Silvae, 1726, pp. 185-186, véase G. ROSETTI, *Vite degli uomini illustri forlivesi*, Forlì, Tipografia di Matteo Casali, 1858, pp. 321-330.

<sup>26</sup> Sobre el cual *cfr.* AUG. ALOYS DE BACKER, *Bibliothèque de la Compagnie de Jésus*, Nouvelle édition par C. Sommervogel, IV, Bruxelles-Paris, Schepens-Picard, 1893 (rist. an. Louvain, Editions de la Bibliothèque du Collège philosophique et théologique de la Compagnie de Jésus, 1960), v. Lessius, Leys, Léonard, cc. 1726-1751.

<sup>27</sup> Sobre este autor del siglo XVI *cfr.* las breves anotaciones de ANTONIO, *Bibliotheca*, I, *op. cit.*, p. 62, que contiene poco más que la lista de obras.

<sup>28</sup> *Cfr.* L. LESSIUS, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Venetiis, Apud Bernardum Iuntam, Io. Bapt. Ciott. et Socios, 1608, L. 2, cap. 22, dub. 5, p. 276, n. 35.

Valasco, por su parte, había precisado que el censo real se configuraba como una especie de derecho y carga constituidos sobre un fondo (*ius quoddam super praedio constitutum atque onus sibi impositum*), que en sustancia se traducía, de hecho, en un especie de servidumbre.<sup>29</sup>

En definitiva, según Ibáñez, sólo se podía asemejar, en una cierta medida, el censo a una hipoteca “*irregularis*”, teniendo en cuenta que este derecho de censo no tiene un su propio *nomen*.<sup>30</sup>

Se trata, en suma, de una situación real, cuya realidad asume límites no bien definidos, esto porque integra un caso que no se ajusta perfectamente a ninguna de las categorías de origen romanístico.

Como observa, en un lugar mencionado por Ibáñez, el jesuita Luis de Molina —partidario de la identificación del censo con la servidumbre—,<sup>31</sup> el contrato de censo había sido ignorado por el *Digesto* y por el *Código* y así también la situación jurídica de ello originada, que él llama cuasi-servidumbre (*agnitus non fuit iure civili Digestorum, aut Codicis: ita mirum non est de hac quasi servitute mentionem iure civili factam non fuisse*). Sin embargo, por aproximación, se puede decir que la venta de un censo real no es otra cosa que la venta de una parte del fundo sobre el cual se ha constituido (*en-ditio census mere realis non aliud est, quam venditio partis iuris praedii, in quo collocatur*); de modo que, si la cosa perece, también perece el derecho real sobre ella (*pereunte autem re, perit pars iuris in ea*) de acuerdo, precisamente, con los principios relativos a la servidumbre.<sup>32</sup>

Por otra parte, el hecho de que fuese un nudo definitorio de difícil solución es demostrado por la confusión que un comentarista docto de la *Recopilación* castellana —Alfonso de Acevedo— encontrará, uniendo a Valasco y Covarrubias, en cuanto partidarios de una no bien especificada realidad del censo, aunque uno hubiese recurrido al esquema de la servidumbre y el otro al esquema opuesto de la hipoteca.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> A. VALASCO (Vaz), *Tractatus iuris emphyteutici absolutissimus*, Francofurti ad Moenum, sumptibus Rulandiorum, Typis haeredum Ioannis Bringeri, 1618, quaestio 32, pp. 525-526, n. 13-14.

<sup>30</sup> IBÁÑEZ DE FARÍA, *Novae additiones*, op. cit., p. 72, n. 43.

<sup>31</sup> Siguiendo a VALASCO, L. DE MOLINA, *Disputationes de censibus desumptae ex eius Tractatus de contractibus*, en appendice a *Decisiones Sacrae Rotae Romanae in corpore Tractatus de censibus D. Ludovicii Cencii*, Venetiis, Apud Gervasium Anesium, 1629, disp. 383, p. 303, n. 8, había afirmado, de hecho, que el censo real “habet se instar servitutis praedio affixae, in quo census est collocatus”. Sobre el autor cfr. M. Galán Lorda, v. Molina, Luis de (1535-1600), en *Diccionario crítico*, op. cit., II, 2006, pp. 145-148.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 303, n. 8, en medio.

<sup>33</sup> A. de Acevedo, *Commentaria iuris civilis in Hispaniae Regias constitutiones*, III, Salmanticae, Excudebat Petrus Lassus, 1597, lib. 5, tit. 15, lex 1 = lex 68 Tauri, fo. 342 va, n. 8; en lo que respecta a las disposiciones de esta Ley — que preveía la posibilidad de la colocación en el contrato de censo de la cláusula del pacto comisorio para el caso de incumplimiento reiterado por parte del deudor— afirma:

En verdad, el problema de fondo de esta discusión —como es fácil intuir— es el de los cargos reales, figuras híbridas que se encuentran entre los derechos de crédito y los derechos reales, los cuales serán ocasión de muchos problemas de definición en el momento de las codificaciones civilísticas del siglo XIX.

Se entiende entonces la causa de las dudas que se encuentran en la doctrina.

Por otro lado, —es da observar en conclusión—, más que las definiciones, las cualidades relevantes a los ojos de los juristas de entonces eran el desarrollo de la situación jurídica en su devenir y la protección procesal otorgada.

En cuanto al primer aspecto, su consecuencia es que la pérdida del bien llegava consigo la extinción del censo: seguramente para los censos estipulados según los dictados de la bula de Pio quinto, en modo más discutido para los demás censos que no seguían sus disposiciones.

En cuanto al segundo aspecto, se había formado la *communis opinio* que reconocía al acreedor el derecho de utilizar la *actio hypothecaria* en contra del poseedor del bien gravado, como “*via recta*” para conseguir la satisfacción de su pretensión.<sup>34</sup>

Escogiendo ahora una especie de vía intermedia, Ibáñez muestra en su trabajo el estar atento a las circunstancias concretas, dejando —por así decirlo— en segundo lugar a la dogmática jurídica.

Y todo esto viene hecho con un solo propósito: dar prioridad a la justicia, asegurando así, en esta materia plena de peligros para el alma, la *seguridad de conciencia* de los contratantes.<sup>35</sup>

“*Hic etiam probatur, census constitui non posse super persona sed super haereditate et bonis immobilibus... Et per consequens census super tali re constitutus est ei affixus, et est onus reale secundum V[al]ascum... et Covarruviam*”. Tomás y Valiente, *Manual*, op. cit., p. 313, considera este comentario, que vio la luz entre el 1583 y el 1598, “el más importante y completo” sobre la *Nueva Recopilación* del 1567.

<sup>34</sup> En estos términos P. DIEZ NOGUEROL, *Allegationes iuris*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1664, alleg. 2, p. 20, n. 111. Además uno de los mejores autores de “prácticas”, el catedrático salamanqués Gonzalo Suárez de Paz, aunque distinguía oportunamente la hipoteca de la prenda —términos que, por el contrario, se utilizaban promiscuamente por los juristas prácticos— en sustancia alegó que la realidad de la situación jurídica derivada del contrato de censo estaba sólo en remedio de la *actio Serviana* (o *hypothecaria*, si se prefiere); cfr. G. Suárez de Paz, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, III, Matriti, Apud Joachim Ibarra, 1760, cap. 2, § 4, pp. 26-30. El juicio positivo apenas enunciado es expresado por Tomás y Valiente, *Manual*, op. cit., p. 316.

<sup>35</sup> Iluminantes, a este respecto, son las palabras con las que recomienda a todos — como, en verdad, ya había hecho Covarrubias, *Variae Resolutiones*, op. cit., p. 351, n. 6, véase al final (“*Tametsi pium, ac Christianum lectorem admonitum esse velim, ut omnino ab hoc contractu absteat, ne fortassis eius occasione pareat in Republica Christiana amplior usuris locus*”) — de abstenerse de los censos personales, independientemente de su declarada o no licitud: “*Nos sane D. Covar. consilium amplexi, vel propter maiorem cautionem, vel propter conscientiae securitatem ab huiusmodi contractibus abstinemus, census in rebus immobilibus, aut quae pro immobilibus habentur, constituentes*” (Ibáñez, *Novae Additiones*, op. cit., p. 71, n. 57).

En resumen, Ibáñez parece recordarnos que el derecho, de acuerdo con la advertencia del antiguo jurista, es constituido de verdad y siempre en función del hombre.<sup>36</sup>

#### 4. BIBLIOGRAFÍA DE DIEGO IBÁÑEZ DE FARÍA

##### *Additiones*<sup>37</sup>

*Additiones, enucleationes, et notae ad librum primum Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilij Castellae Praesidis.* Authore licentiatu D. DIDACO IBAÑEZ DE FARIA V. I. P. et Regij Senatus Advocato, Matriti, In Typographia, et ex expensis Dominici Garcia Morrás, 1659.

*Enucleationes, additiones atque notae ad librum secundum Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilij Castellae Praesidis.* Authore licentiatu D. DIDACO IBAÑEZ DE FARIA... Matriti, In typographia Andreae Garcia de la Iglesia, 1660.

D. DIDACI YBAÑEZ DE FARIA, U.I.P. et Regii Senatus Supremorumque Tribunalium in Hispana Curia Advocati, *Additiones, observationes et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis*, Nunc primum typis lugdunensibus longa quam antea elegantioribus, in lucem prodeunt, Lugduni, Sumpt. Joannis Antonii Huguetan, et Soc., 1676.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio tertia— Lugduni, Sumptibus Joannis Posuel, 1701.

<sup>36</sup> D. 1.5.2: "Hermogenianus, *Libro primo iuris epitomarum*. Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit..."

<sup>37</sup> En las páginas siguientes se da cuenta de las ediciones verificadas personalmente de la obra de Diego Ibáñez de Faría, advirtiendo que GARCÍA GALLO, *La Ciencia Jurídica en la formación del derecho hispanoamericano*, op. cit., p. 196, indica una edición lionesa de las *Additiones* del 1687, cuya indicación es seguida por BRAVO LIRA, *El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas*, op. cit., p. 10, la cual no la hemos encontrada.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio quarta— Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaeli Bousquet et sociorum, 1726.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio quinta— Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum Detournes, 1728.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

##### *Novae Additiones*

D. DIDACI YBAÑEZ DE FARIA I. V. P. Gaditani, Caroli II Hispaniarum Indiaeque Regis Catholici a Consiliis, In Cancellaria de Buenos Aires Fiscii Regii Patroni, et in Goatemalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscripti, *Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Lugduni, Sumpt. Petri Borde, Joan. Et Petri Arnaud, 1688.

*Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1726.

*Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1728.

*Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

### *Sulle Practicae Quaestiones*

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses; enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA Gaditanum, Praepotentis Monarchae Caroli II Hispaniarum Indiarumque Regis Catholici a Consiliis, in Cancellaria de Buenos Aires Regii Fiscii Patronum, et in Goatemalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscriptum, Lugduni, Sumptibus P. Borde, J. et P. Arnaud, 1688.

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1726.

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1728.

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

# LOS CENSOS ENTRE EL DERECHO REAL Y EL DERECHO DE CRÉDITO: ¿UN SIMPLE PROBLEMA DEFINITORIO? UNA REFLEXIÓN DEL MAGISTRADO INDIANO DIEGO IBÁÑEZ DE FARÍA<sup>1</sup>

Andrea LANDI\*

SUMARIO: 1. *La situación jurídica naciente del contrato de censo.* 2. *Un magistrado indiano comentarista de Covarrubias.* 3. *La autonomía de Ibáñez de Covarrubias.* 4. *Bibliografía de Diego Ibáñez de Faría.*

RESUMEN: La doctrina había discutido largamente si configurar contrato de censo real como una hipoteca, o encuadrarla en el ámbito de la servidumbre: pero en ambos casos la solución no satisfacía completamente a los intérpretes. Diego Covarrubias y Leyva, había sido uno de los partidarios más fuertes no sólo de la legalidad del censo personal, sino también, de una opinión bastante singular en mérito propio a la situación jurídica derivada del contrato de censo. Diego Ibáñez de Faría, realizó comentarios articulados de las *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones e alle Practicae quaestiones* de Covarrubias, comenzando a entregarlos a la prensa en el 1659, lo cuales son testimonios válidos sobre el pensamiento jurídico de la España del seiscientos, y por lo tanto tienen un cuadro puntual de muchas de las cuestiones que se abordan en la doctrina de la era moderna, después de las grandes transformaciones sociales consecuencia del nacimiento de los estados nacionales y del descubrimiento de América.

**Palabras Clave:** Censos, Derecho Real, Derecho de Crédito.

<sup>1</sup> Traducción de Eber Betanzos.

\* Universidad de Pisa.

## 1. LA SITUACIÓN JURÍDICA NACIENTE DEL CONTRATO DE CENSO

Una cuestión particularmente discutida por la *scientia iuris* de la edad moderna fue aquella de la definición de la situación jurídica naciente del contrato de censo real.

En realidad, dicho contrato, mediante el cual un sujeto constituía a perpetuidad una renta sobre un bien inmueble de su propiedad, contra el pago de una suma de dinero de parte de quien habrá después de percibir la misma anualidad, había sido reconocido como legal en algunas intervenciones dirimidas por los pontífices (la primera de todas las decretales *Regimini* de Martino V y Callisto III —respectivamente del 1425 y del 1455— y después, definitivamente, con la bula *Cum Onus* de Pio V en el 1569, la cual fue seguida al año siguiente por el breve explicativo *Etsi Apostolica Sedes*)<sup>2</sup> las cuales habían excluido la existencia del *peccatum usurae*, que por el contrario, de conformidad con gran parte de los intérpretes, existía con referencia al censo personal, en donde la renta era constituída siempre detrás del pago correspondiente, pero no anclada a un bien específico.

La cuestión anterior no era ciertamente de mera clasificación: de la correcta individualización del derecho naciente, para el comprador del censo descendía, de hecho, la admisión de una serie de herramientas procesales para la tutela de su derecho, para requerir la prestación censística, las cuales variaban sensiblemente, de acuerdo a la decisión definitiva efectuada.

Así, la doctrina había discutido largamente si configurar tal situación jurídica como una hipoteca, o encuadrarla en el ámbito de las servidumbres: pero en ambos casos, la solución no satisfacía completamente a los intérpretes.

No es la primera, porque la situación real que nacía del contrato era algo más que una mera hipoteca, por su naturaleza puramente accesorio de una obligación principal, mientras en el contrato de censo real, el vínculo sobre la cosa era tan importante que, en el caso de la pérdida del bien censítico, se extinguiría también el censo.

No es la segunda, porque no era posible incluir esta situación jurídica, sino a costa de considerables esfuerzos, en el esquema de las servidumbres perso-

<sup>2</sup> Para un análisis de esta normativa se reenvía a A. LANDI, *Ad evitandas usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma, Fondazione Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 2004, pp. 19-24 y al muy recién I. SOFFIETTI-C. MONTANARI, *I censi, le rendite e l'usura nella legislazione e nella dottrina (secoli XV-XIX)*, in *La Compagnia di San Paolo 1563-2013*, I, 1563-1852, a cura di W. Barberis con A. Cantaluppi, Torino, Einaudi, 2013, pp. 107-131.

nales, ni en aquel de las servidumbres reales, considerando que la prestación censística era, como se ha dicho "*debita a re personae*".<sup>3</sup>

Con respecto a esta cuestión, Diego Covarrubias y Leyva (1512-1577)<sup>4</sup> había sido uno de los partidarios más fuertes, no sólo de la licitud del censo personal, sino también, de una opinión bastante singular en mérito propio a la situación jurídica derivada del contrato de censo.<sup>5</sup>

Según el "Bartolo español", aquella de pagar el censo era en primer lugar una obligación personal, sobre la cual la indicación eventual de la cosa se hacía para una sodisfacción mas segura y mejor (*pro certiori, et saniori solutione*) por lo que accede a la obligación a título de prenda y de hipoteca (*iure pignoris, et hypothecae*).<sup>6</sup>

La naturaleza de la obligación principal significaba que, también en el caso de que la cosa objeto de la hipoteca hubiese perido, la obligación de pagar la renta seguía existiendo.

Además, Covarrubias había concluido que la hipoteca que acompaña a los ingresos anuales, no sigue las reglas comunes (*non omnino sequitur leges aliorum pignorum, et hypothecarum*); ésta, de hecho, es más fuerte que las demás, causando para el poseedor del bien, acordado por la acción hipotecaria la imposibilidad de pedir en vía de excepción la excusión preventiva del deudor principal, como ocurre en otras hipotecas.

Y esto era verdad, en su opinión, también para los censos reales, donde la acción hipotecaria debía considerarse como principal (*actio hypothecaria principalis censerit debet*).<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Cfr. LANDI, *Ad evitandas usuras*, op. cit., pp. 24-49; en particular para el uso por parte de la doctrina, de la expresión dada en el texto, p. 30.

<sup>4</sup> Detalles esenciales de la vida y bibliografía de Covarrubias, Obispo de Segovia, Presidente del Supremo Consejo de Castilla y padre conciliar del Concilio de Trento, en la voz de J. Alvarado, en *Diccionario crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispánicos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, ed. M. J. Peláez, I, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga y otras, 2005, pp. 255-257, con bibliografía ulterior.

<sup>5</sup> Lo hemos tratado difusamente en A. LANDI, *Tra censi e usure. Aspetti del pensiero giuridico europeo d'età moderna*, en *La Compagnia di San Paolo 1563-2013*, op. cit., pp. 92-95.

<sup>6</sup> D. COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutiones*, L. 3, cap. 7, in Id., *Omnia opera*, I, Augustae Taurinorum, Apud. Ioan. Dominicum Tarinum, 1594, pp. 347-352; la mención a p. 350, n. 5, al final.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 351, n. 6. En verdad esta última expresión, que además resume bien el pensamiento de Covarrubias, es una añadida infratextual no imputable al autor que aparece en la edición de Turín citada, pero no está presente en las anteriores (por ejemplo en la de Lyon, Apud Sebastianum Barptolomaei Honorati, 1557, p. 318); esta se basa sobre una decisión del Senado de Burdeos, reportada en la colección de Nicolas Bohier, *Decisiones aureae*, II, Lugduni, Apud Antonium Vincentium, 1558, dec. 295, p. 202, n. 17.

En definitiva se trataba de una hipoteca especial por el hecho que era más fuerte que la simple hipoteca, no siguiendo las reglas de esta última.

De hecho, para la hipoteca naciente del censo nunca habría sido aplicada, la *l. 2 C. De pignoribus* (C. 8.13 [14].2),<sup>8</sup> la cual, de hecho, preveía a favor del poseedor del bien hipotecado el *beneficium excussionis*, a saber la obligación para el acreedor, que actuaba en juicio de intentar la acción contra el deudor principal antes y sólo posteriormente contra el poseedor del bien hipotecado.

Una opinión que él había expresado fundándose en la autoridad de Guy Pape († 1477) y de Barthélemy de Chasseneuz (1480-1541): el primero, argumentando desde la disciplina de los censos públicos, había observado que, por analogía, también los censos privados debían tener el mismo tratamiento,<sup>9</sup> por lo que, los comentaristas de sus decisiones habían tenido la posibilidad de señalar que en el caso de la enfiteusis, el feudo, el censo y “*generaliter*” en cada bien sobre el cual fuera constituida una renta, la cosa sobre la cual tal renta era constituida, venía retenida a modo de prenda (*res illa, super qua reditus est assignatus, pignori obligata censetur*);<sup>10</sup> el segundo, en cambio, aunque hubiese que el rendimiento anual de un bien pudiese configurarse como una servidumbre, negando que del contrato surgiese, por derecho romano, un *ius in re*, oponible aún al sucesor a título particular del propio bien, había notado, sin embargo, que de acuerdo a la costumbre de la Borgoña, si una cosa está ligada para sacar de ella un ingreso, como comúnmente se hace, se crea un derecho real que sigue la cosa en cualquier poseedor de ella; y esto es conforme con la justicia y el derecho (*de consuetudine et usu Bur*

<sup>8</sup> “*Imperatores Severus et Antoninus AA. Lucio. Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictione tamen temperanda est. Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit*” (Aunque conste que tu adversario recibió en prenda especialmente algunos bienes y en general todos, y que sobre todos tiene igual derecho, se ha de moderar, sin embargo la jurisdicción. Y por lo tanto, si es cierto que él puede recuperar toda la deuda con los que nominalmente fueron obligados en prenda, el presidente mandará que mientras tanto no se te quiten los que de los mismos bienes recibiste después en prenda [trad. Del Corral]).

<sup>9</sup> G. PAPE, *Decisiones*, Lugduni, Ex officina Q. Hug. a Porta, Sumptibus Ioan. De Gabiano, 1607, quaestio 42, p. 84, en donde el autor subrayaba, precisamente, que “*eadem est ratio in utroque casu: ergo idem ius statui debet*”. Sobre el célebre jurista del Delfinado, *cfr.* también G. GIORDANENGO, v. Pape (Papa ou Pape) Gui, en *Dictionnaire historique des juristes français* (XIIe-XXe siècle), publicada bajo la dirección de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, PUF, 2007, pp. 606-607.

<sup>10</sup> J. FERRER (Iacobus Ferrerius), *Additio ad quaestionem* 42, in G. PAPE, *Decisiones*, *op. cit.*, p. 85.

*gundiae, si sit certa res assignata sive obligata pro reditu, ut communiter fit, creat ius in re, et adhaeret rei, adeo quod sequitur rem et fundi possessorem, quod est aequum et iuridicum*).<sup>11</sup>

Ni habían faltado quienes habían seguido estas tesis del obispo de Segovia, sobre todo en consideración del particular régimen jurídico de España, en relación con el censo, consecuencia de la no publicación en aquel reino de la *bolla piñana*.

Pero había algunos, en España y sus dominios, que no se habían conformado a ésta, si bien eminente, opinión, entre ellos Diego Ibañez de Faria.

## 2. UN MAGISTRADO INDIANO COMENTADOR DE COVARRUBIAS

Son escasos los datos biográficos sobre Diego Ibañez de Faria:<sup>12</sup> originario de Cádiz, la fecha de su nacimiento es desconocida.

Sin embargo, sabemos que el 20 de julio de 1667 fue nombrado fiscal de la Audiencia Pretoral de Buenos Aires<sup>13</sup> (fundada unos años antes), a donde llegó el 8 de octubre 1669. Cerrada el 31 de diciembre 1671, la Audiencia de Buenos Aires, Ibañez fue pronto encargado por el Consejo de Indias para ejercer el juicio de residencia<sup>14</sup> en contra el Gobernador de Tucumán, Don Ángel de Peredo; después de lo cual el 9 de agosto de 1674, fue nombrado Fiscal de la Audiencia de Guatemala, de la que fue oidor el 8 de junio de 1680, hasta el 1686, el año de su jubilación (con el consiguiente retorno a España) y de su muerte.

<sup>11</sup> B. de CHASSENEUZ, *Consuetudines Ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae*, Francofurti, Ex Officina Martini Lechleri, Impensis Sigismundi Feyrabend, 1590, Rub. 11, § 6, gl. Contre l'assignal, c. 1339, n. 2. Sull'autore *cfr.* La voz de C. DUGAS DE LA BOISSONNY, *Dictionnaire historique, op. cit.*, pp. 183-184.

<sup>12</sup> Obtenidos de V. O. Cutolo, *El fiscal de la primera Audiencia de Buenos Aires, Diego Ibañez de Faria y sus famosos comentarios a Covarrubias*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Buenos Aires”, Año X n. 42 (1955), pp. 171-179 y de A. Levaggi, “Escritos de Diego Ibañez de Faria como fiscal de la primera Audiencia de Buenos Aires”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No. 26 (1980-1981), pp. 185-189; véase también J. CANO, IBÁÑEZ DE FARIA, *Diccionario crítico, op. cit.*, pp. 421-422.

<sup>13</sup> Sobre los varios tipos de audiencias, *cfr.* F. DE ICAZA DUFOUR, *Plus ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, Ed. Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2008, pp. 289-293, que también contiene la definición eficaz de Solórzano, según la cual ellas son “castillos zagueros, donde se guarda la justicia, se defiende a los pobres y se dá a cada quien lo suyo” (p. 289).

<sup>14</sup> Sobre esta tipología de inspección judicial, *cfr.* el recién F. DE ICAZA DUFOUR-J. P. SALAZAR ANDREU, “Control y responsabilidad de los oficiales reales en Indias”, en *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 77-83.

Desde el punto de vista científico, su destino está ligado indisolublemente al de Diego Covarrubias,<sup>15</sup> porque sus obras consisten en comentarios articulados a las *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones* y las *Practicae quaestiones* de este autor, que él —para usar las palabras del bibliófilo Nicolás Antonio—<sup>16</sup> “*curiose ac docte*” comenzó a darlas a la prensa en el 1659.

Se trata de verdaderas y propias *summae* —en el sentido medieval del término (comentarios ampliados)— a las dos obras del obispo de Segovia, que habían visto la luz, respectivamente, en 1552 y en 1556: de hecho, siguiendo paso a paso la tratación y manteniendo inalterada la estructura expositiva, ellas contienen párrafo por párrafo las anotaciones de Ibáñez a lo sostenido por Covarrubias.

El primero en ser publicado fueron las *Additiones* al primer libro de *Variae Resolutiones*, que fueron seguidos, el año siguiente, por aquellas al libro segundo; adiciones que se reunieron en una sola edición comenzando de la edición lionesa de 1676.

Después de la muerte de Ibáñez se publicaron —por primera vez en Lyon en 1688— las nuevas adiciones a las *Variae Resolutiones* (que se refieren a los libros restantes en que se divide el trabajo del “Bartolo español”, es decir, el tercero, el cuarto y quinto) y, junto con ellas, las observaciones sobre las *Quaestiones Practicae*.

A propósito de estas obras, se debe precisar que, la historiografía a veces cayó en diversos errores y omisiones: así si alguien ha tergiversado la información de Antonio, imputándole un error que en realidad absolutamente no había cometido,<sup>17</sup> recientemente, hay incluso aquellos que han dejado de lado, en el listado de las obras de Ibáñez, sus comentarios sobre *Quaestiones*

<sup>15</sup> Ya lo señalaba LEVENE, *Escritos de Diego Ibáñez, op. cit.*, p. 185, según el cual, ya con la primera edición de su obra, el jurista de Cádiz ligaba “indisolublemente su nombre al del celeberrimo Bartolo español”.

<sup>16</sup> N. ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno 1500 ad 1684 florere notitia*, I, Matriti, Apud Joachimum De Ibarra, 1783 [rist. an. Torino, Bottega d’Erasmus, 1963], p. 324.

<sup>17</sup> CUTOLO, *El fiscal de la primera Audiencia, op. cit.*, p. 180, habla de “un error de tan distinguido bibliófilo,” que habría indicado una nueva edición de las *Additiones*; en realidad la indicación de Antonio se limita a señalar que la obra se compone de dos tomos de los cuales el “alterum”, es decir el segundo, fue impreso en Madrid en el 1660; afirmación del todo exacta. Sin embargo, desde las fechas de las ediciones de las obras de Ibáñez proporcionadas por Cutolo, tenemos la impresión de que *Additiones* y *Novae additiones* se han considerado, erróneamente, la misma obra.

*Practicae*, probablemente por causa de su complicado título que pudo inducir a un error al lector apresurado;<sup>18</sup> como, de otra parte, no faltan errores en la indicación de las ediciones a los cuales se ha podido poner remedio aquí, gracias a las herramientas informáticas modernas.<sup>19</sup>

Pero más allá de estas consideraciones, que, sin embargo, por sí solas podrían justificar la necesidad de un nuevo estudio sobre Ibáñez, creemos que el aspecto más importante de las obras de este autor está en su contenido: que de hecho representan testimonios válidos sobre el pensamiento jurídico de la España del seiscientos, y por lo tanto nos permiten tener un cuadro puntual de muchas de las cuestiones que se abordan en la doctrina de la era moderna, después de las grandes transformaciones sociales consecuencia del nacimiento de los estados nacionales y del descubrimiento de América.<sup>20</sup>

Por otro lado —por así decirlo—, “de entre los pliegues de los volúmenes”, es decir, de la información en las portadas de ellos se desprende también la importancia que estas obras han representado para el propio autor, habiendo constituido verdaderos y propios títulos justificativos, para acceder a la carrera judicial: así, si en las de 1659 y 1660 el viene indicado simplemente como *licentiatus, utriusque iuris peritus et Regii Senatus advocatus* y en la de 1676 como *utriusque iuris peritus et Regii Senatus Supremorumque Tribunalium in Hispana Curia Advocatus*, en todas las demás se presenta con

<sup>18</sup> Estos comentarios no son mencionados en la voz de J. CANO, *Diccionario crítico, op. cit.*, pp. 421-422, así como por J. BARRIENTOS GRANDON, *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993, pp. 98-99 y A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994, p. 266. El título sugiere —pero es, como hemos dicho, un error— que se trate de una obra de COVARRUBIAS, *D. D. Didacus Covarrubias a Leiva toletanus... Enucleatus et auctus practiciis in quaestionibus per D. Didacum Ybáñez de Faría gaditanum*.

<sup>19</sup> Cfr. A. GARCÍA-GALLO, “La Ciencia Jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, en “Anuario de historia del derecho español”, Año XLIV (1974), p. 196, que recuerda sólo algunas ediciones de las *Additiones*; B. BRAVO LIRA, “El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica”, en *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, Anno XV (1988), p. 10, nt. 54-55, con la indicación de algunas ediciones tanto de las *Additiones* como de las *Novae additiones*; Id., *El derecho indiano y sus raíces europeas. Derecho común y propio en Castilla*, en “Anuario de historia del derecho español”, Año LVIII (1988), p. 41, nt. 84, que menciona sólo algunas ediciones de las *Additiones*.

<sup>20</sup> De hecho se sabe que “la cultura jurídica que hubo en Indias durante la dominación española fue, sin duda, muy alta”, como es demostrado por las bibliotecas antiguas presentes en toda América Latina en donde “se halla lo mejor de la producción intelectual desde el *mos italicus* hasta los autores de mayor avanzada que pueden encontrarse en el siglo XVIII” (así DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual, op. cit.*, p. 264). Debe por tanto seguirse la sugerencia de M. Bellomo, *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*, ahora en Id., *Il doppio Medioevo*, Roma, Viella, 2011, pp. 167-177.

los títulos más ennobecedores *De Regii Fiscii patronus* en la Audiencia de Buenos Aires y en *Goatamalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscriptus*.

Huellas, en conclusión, que marcan en la posteridad su ascenso en las filas del poder judicial indiano.

### 3. LA AUTONOMÍA DE IBÁÑEZ RESPECTO DE COVARRUBIAS

Es conocido que el género literario de las "Adiciones" evidencia, desde el título, una suerte de cansancio científico del autor, el cual parece renunciar a cada originalidad, para encontrar refugio en la *auctoritas* del texto comentado.<sup>21</sup>

Con Ibáñez no tenemos nada de esto, al menos en cuanto a la discusión sobre la situación jurídica derivada del contrato de censo.<sup>22</sup>

Él, de hecho, retomando las filas de estas discusiones doctrinales, enumera una serie de autores que fueron colocados en la línea de pensamiento de Covarrubias y, sucesivamente, otros que habían preferido la clasificación del contrato dentro de la servidumbre, no aceptando una opinión específica, pero mostrando una especie de insatisfacción con respecto a las diversas tesis presentadas.

Entre los seguidores del obispo de Segovia, menciona a los españoles Juan Gutiérrez (ca. 1535-1618) y Pedro Diez Noguerol († 1640) —con sus trabajos eminentemente prácticos— junto con Luis Velásquez de Avendaño y Feliciano de Solís —con sus valiosos tratados sobre los censos—;<sup>23</sup> y a estos se añaden dos autoridades del *mos italicus*, Ludovico Cenci y Mercuriale Merlini.

Y si Cenci, el experto más prestigioso en materia censística, había insistido en el hecho de que no se puede dudar que con la imposición del censo se contrata una hipoteca sobre el fundo gravado (*non potest dubitari quin per impositionem Censu contrahatur hypotheca super fundo subiugato*), la cual tiene mayor fuerza que la ordinaria, por el hecho de que de ella surgen efectos de mayor importancia que de la hipoteca simple no nacen (*abet maiorem vim efficaciam, ac potestatem, quam habeat simplex, et ordinaria hypotheca*;

<sup>21</sup> En este sentido, *cf.* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 317.

<sup>22</sup> D. IBÁÑEZ DE FARÍA, *Novae additiones, observationes et notae ad libros Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarrubias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Torunes, 1762, Ad lib. 3, cap. 7, p. 72, nn. 42-47.

<sup>23</sup> Hemos tomado en consideración el pensamiento de estos autores —con la excepción de Noguerol, sobre el cual véase, nt. 33— en LANDI, *Tra censu e usure*, *op. cit.*, pp. 97-100.

*ex eo quod nascuntur ex ea effectus plurimi maximi ponderis, et momenti, quae ex simplici hypotheca non oriuntur*),<sup>24</sup> Merlini, independientemente de la mayor o menor eficacia de esta hipoteca, había afirmado que la *actio hypothecaria* compete de todos modos al acreedor del censo.<sup>25</sup>

Mientras, entre los opositores de Covarrubias, Ibáñez recuerda, en el ámbito teológico, al belga Leonardo Lessius (1554-1623)<sup>26</sup> y en el ámbito jurídico, al portugués Álvaro Valasco (Vaz).<sup>27</sup>

Sobre todo el teólogo jesuita, libre de excesivo formalismo, había cuestionado las tesis de Covarrubias, con base en el hecho de que el censo verdadero no es más que un derecho de percibir los frutos o una renta de una cosa fructífera de otra persona, similar, de hecho, a una servidumbre que grava sobre el fundo ajeno, como aquella de atravesar un fondo, practicar la caza o la pesca, la recolección de bellotas, etc, de modo que la cosa no se dice hipotecada para garantizar ese derecho, ya que si la cosa perece, cesa también el derecho a percibir dicha renta; y si la cosa gravada pasa a otro propietario, el antiguo propietario quedará igualmente liberado del cumplimiento de sus obligaciones (*census realis nihil est aliud, quam ius percipiendi fructum vel pensionem ex re fructifera alterius; unde se habet sicut ius servitutis, quod quis habet in re alterius v. g. ius eundi per praedium alterius, venandi, piscandi, colligendi glandes et similia: ratione cuius iuris res non dicitur hypothecata pro illo iure, si enim res pereat, perit ius: si ad alius transferatur, prior dominus omni obligatione solvitur*); eventos que al contrario no se verifican cuando un bien está sujeto a una hipoteca. Si se afirmase que la cosa sujeta al censo es hipotecada, esto sería, en opinión de Lessius, reconocer que todos los censos tienen naturaleza personal.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> L. CENCI, *Tractatus de censibus*, Venetiis, Apud Gervasium Anesium, 1629, pars 1, cap. 2, quaestio 3, art. 1, p. 42, nn. 5-7. Sobre este autor y su tratado, cuya primera edición es de 1621, *cf.* A. LANDI, v. Cenci Ludovico, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, dirigido por I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 505-506.

<sup>25</sup> *Cf.* M. MERLINI, *De pignoribus et hypothecis tractatus absolutissimus*, Genevae, Ex typographia Petri Chouët, 1651, quaestio 93, p. 197, n. 4). Sobre Merlini (1597-1657), jurista activo en la Romagna Gran Ducal, más allá de pocas notas celebrativas de G. V. MARCHESI, *Vitae virorum illustrium forlivesium*, Forolivi, Ex Typographia Pauli Silvae, 1726, pp. 185-186, véase G. ROSETTI, *Vite degli uomini illustri forlivesi*, Forlì, Tipografia di Matteo Casali, 1858, pp. 321-330.

<sup>26</sup> Sobre el cual *cf.* AUG. ALOYS DE BACKER, *Bibliothèque de la Compagnie de Jésus*, Nouvelle édition par C. Sommervogel, IV, Bruxelles-Paris, Schepens-Picard, 1893 (rist. an. Louvain, Editions de la Bibliothèque du Collège philosophique et théologique de la Compagnie de Jésus, 1960), v. *Lessius*, Leys, Léonard, cc. 1726-1751.

<sup>27</sup> Sobre este autor del siglo XVI *cf.* las breves anotaciones de ANTONIO, *Bibliotheca*, I, *op. cit.*, p. 62, que contiene poco más que la lista de obras.

<sup>28</sup> *Cf.* L. LESSIUS, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Venetiis, Apud Bernardum Iuntam, Io. Bapt. Ciott. et Socios, 1608, L. 2, cap. 22, dub. 5, p. 276, n. 35

Valasco, por su parte, había precisado que el censo real se configuraba como una especie de derecho y carga constituidos sobre un fondo (*ius quoddam super praedio constitutum atque onus sibi impositum*), que en sustancia se traducía, de hecho, en un especie de servidumbre.<sup>29</sup>

En definitiva, según Ibáñez, sólo se podía asemejar, en una cierta medida, el censo a una hipoteca “irregularis”, teniendo en cuenta que este derecho de censo no tiene un su propio *nomen*.<sup>30</sup>

Se trata, en suma, de una situación real, cuya realidad asume límites no bien definidos, esto porque integra un caso que no se ajusta perfectamente a ninguna de las categorías de origen romanístico.

Como observa, en un lugar mencionado por Ibáñez, el jesuita Luis de Molina —partidario de la identificación del censo con la servidumbre—,<sup>31</sup> el contrato de censo había sido ignorado por el *Digesto* y por el *Código* y así también la situación jurídica de ello originada, que él llama cuasi-servidumbre (*agnitus non fuit iure civili Digestorum, aut Codicis: ita mirum non est de hac quasi servitute mentionem iure civili factam non fuisse*). Sin embargo, por aproximación, se puede decir que la venta de un censo real no es otra cosa que la venta de una parte del fundo sobre el cual se ha constituido (*editio census mere realis non aliud est, quam venditio partis iuris praedii, in quo collocatur*); de modo que, si la cosa perece, también perece el derecho real sobre ella (*pereunte autem re, perit pars iuris in ea*) de acuerdo, precisamente, con los principios relativos a la servidumbre.<sup>32</sup>

Por otra parte, el hecho de que fuese un nudo definitorio de difícil solución es demostrado por la confusión que un comentarista docto de la *Recopilación* castellana —Alfonso de Acevedo— encontrará, uniendo a Valasco y Covarrubias, en cuanto partidarios de una no bien especificada realidad del censo, aunque uno hubiese recurrido al esquema de la servidumbre y el otro al esquema opuesto de la hipoteca.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> A. VALASCO (Vaz), *Tractatus iuris emphyteutici absolutissimus*, Francofurti ad Moenum, sumptibus Rulandiorum, Typis haeredum Ioannis Bringeri, 1618, quaestio 32, pp. 525-526, n. 13-14.

<sup>30</sup> IBÁÑEZ DE FARÍA, *Novae additiones*, op. cit., p. 72, n. 43.

<sup>31</sup> Siguiendo a VALASCO, L. DE MOLINA, *Disputationes de censibus desumptae ex eius Tractatus de contractibus*, en appendice a *Decisiones Sacrae Rotae Romanae in corpore Tractatus de censibus D. Ludovicii Cencii*, Venetiis, Apud Gervasium Anesium, 1629, disp. 383, p. 303, n. 8, había afirmado, de hecho, que el censo real “habet se instar servitutis praedio affixae, in quo census est collocatus”. Sobre el autor cfr. M. Galán Lorda, v. *Molina, Luis de (1535-1600)*, en *Diccionario crítico*, op. cit., II, 2006, pp. 145-148.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 303, n. 8, en medio.

<sup>33</sup> A. de Acevedo, *Commentaria iuris civilis in Hispaniae Regias constitutiones*, III, Salmanticae, Excudebat Petrus Lassus, 1597, lib. 5, tit. 15, lex 1 = lex 68 Tauri, fo. 342 va, n. 8; en lo que respecta a las disposiciones de esta Ley — que preveía la posibilidad de la colocación en el contrato de censo de la cláusula del pacto comisorio para el caso de incumplimiento reiterado por parte del deudor— afirma:

En verdad, el problema de fondo de esta discusión —como es fácil intuir— es el de los cargos reales, figuras híbridas que se encuentran entre los derechos de crédito y los derechos reales, los cuales serán ocasión de muchos problemas de definición en el momento de las codificaciones civilísticas del siglo XIX.

Se entiende entonces la causa de las dudas que se encuentran en la doctrina. Por otro lado, —es da observar en conclusión—, más que las definiciones, las cualidades relevantes a los ojos de los juristas de entonces eran el desarrollo de la situación jurídica en su devenir y la protección procesal otorgada.

En cuanto al primer aspecto, su consecuencia es que la pérdida del bien llegava consigo la extinción del censo: seguramente para los censos estipulados según los dictados de la bula de Pio quinto, en modo más discutido para los demás censos que no seguían sus disposiciones.

En cuanto al segundo aspecto, se había formado la *communis opinio* que reconocía al acreedor el derecho de utilizar la *actio hypothecaria* en contra del poseedor del bien gravado, como “*via recta*” para conseguir la satisfacción de su pretensión.<sup>34</sup>

Escogiendo ahora una especie de vía intermedia, Ibáñez muestra en su trabajo el estar atento a las circunstancias concretas, dejando —por así decirlo— en segundo lugar a la dogmática jurídica.

Y todo esto viene hecho con un solo propósito: dar prioridad a la justicia, asegurando así, en esta materia plena de peligros para el alma, la *seguridad de conciencia* de los contratantes.<sup>35</sup>

“*Hic etiam probatur, census constitui non posse super persona sed super haereditate et bonis immobilibus... Et per consequens census super tali re constitutus est ei affixus, et est onus reale secundum Valascum... et Covarrubiam*”. Tomás y Valiente, *Manual*, op. cit., p. 313, considera este comentario, que vio la luz entre el 1583 y el 1598, “el más importante y completo” sobre la *Nueva Recopilación* del 1567.

<sup>34</sup> En estos términos P. DIEZ NOGUEROL, *Allegationes iuris*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1664, alleg. 2, p. 20, n. 111. Además uno de los mejores autores de “prácticas”, el catedrático salamanqués Gonzalo Suárez de Paz, aunque distinguía oportunamente la hipoteca de la prenda —términos que, por el contrario, se utilizaban promiscuamente por los juristas prácticos— en sustancia alegó que la realidad de la situación jurídica derivada del contrato de censo estaba sólo en remedio de la *actio Serviana* (o *hypothecaria*, si se prefiere); cfr. G. Suárez de Paz, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, III, Matriti, Apud Joachim Ibarra, 1760, cap. 2, § 4, pp. 26-30. El juicio positivo apenas enunciado es expreso por Tomás y Valiente, *Manual*, op. cit., p. 316.

<sup>35</sup> Iluminantes, a este respecto, son las palabras con las que recomienda a todos — como, en verdad, ya había hecho Covarrubias, *Variae Resolutiones*, op. cit., p. 351, n. 6, véase al final (“*Tametsi pium, ac Christianum lectorem admonitum esse velim, ut omnino ab hoc contractu absteat, ne fortassis eius occasione pareat in Republica Christiana amplior usuris locus*”) — de abstenerse de los censos personales, independientemente de su declarada o no licitud: “*Nos sane D. Covar. consilium amplexi, vel propter maiorem cautionem, vel propter conscientiae securitatem ab huiusmodi contractibus abstinemus, census in rebus immobilibus, aut quae pro immobilibus habentur, constituentes*” (Ibáñez, *Novae Additiones*, op. cit., p. 71, n. 57).

En resumen, Ibáñez parece recordarnos que el derecho, de acuerdo con la advertencia del antiguo jurista, es constituido de verdad y siempre en función del hombre.<sup>36</sup>

#### 4. BIBLIOGRAFÍA DE DIEGO IBÁÑEZ DE FARÍA

##### *Additiones*<sup>37</sup>

*Additiones, enucleationes, et notae ad librum primum Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilij Castellae Praesidis.* Authore licentiato D. DIDACO IBÁÑEZ DE FARIA V. I. P. et Regij Senatus Advocato, Matriti, In Typographia, et ex expensis Dominici Garcia Morrás, 1659.

*Enucleationes, additiones atque notae ad librum secundum Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilij Castellae Praesidis.* Authore licentiato D. DIDACO IBÁÑEZ DE FARIA... Matriti, In typographia Andreae Garcia de la Iglesia, 1660.

D. DIDACI YBAÑEZ DE FARIA, U.I.P. et Regij Senatus Supremorumque Tribunalium in Hispana Curia Advocati, *Additiones, observationes et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis*, Nunc primum typis lugdunensibus longa quam antea elegantioribus, in lucem prodeunt, Lugduni, Sumpt. Joannis Antonii Huguetan, et Soc., 1676.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio tertia— Lugduni, Sumptibus Joannis Posuel, 1701.

<sup>36</sup> D. 1.5.2: "Hermogenianus, *Libro primo iuris epitomatum*. Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit..."

<sup>37</sup> En las páginas siguientes se da cuenta de las ediciones verificadas personalmente de la obra de Diego Ibáñez de Faría, advirtiendo que GARCÍA GALLO, *La Ciencia Jurídica en la formación del derecho hispanoamericano*, op. cit., p. 196, indica una edición lionesa de las *Additiones* del 1687, cuya indicación es seguida por BRAVO LIRA, *El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas*, op. cit., p. 10, la cual no la hemos encontrada.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* —editio quarta— Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaeli Bousquet et sociorum, 1726.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis* — editio quinta — Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum Detournes, 1728.

*Additiones, observationes, et notae ad libros* [de verdad los dos primeros] *Variarum Resolutionum Illustrissimi, ac reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Consilii Castellae Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

##### *Novae Additiones*

D. DIDACI YBAÑEZ DE FARIA I. V. P. Gaditani, Caroli II Hispaniarum Indiarumque Regis Catholici a Consiliis, In Cancellaria de Buenos Aires Fiscii Regii Patroni, et in Goatemalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscripti, *Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Lugduni, Sumpt. Petri Borde, Joan. Et Petri Arnaud, 1688.

*Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1726.

*Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1728.

*Novae additiones, observationes et notae ad libros* [en realidad a partir del libro tercero] *Variarum Resolutionum Illustrissimi ac Reverendissimi D. Didaci Covarruvias a Leiva, Episcopi Segobiensis, ac Supremi Castellae Senatus Praesidis*, Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

### *Sulle Practicae Quaestiones*

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses; enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA Gaditanum, Praepotentis Monarchae Caroli II Hispaniarum Indiarumque Regis Catholici a Consiliis, in Cancellaria de Buenos Aires Regii Fisci Patronum, et in Goatemalensi Praetorio apud Americam primarios inter Judices adscriptum, Lugduni, Sumptibus P. Borde, J. et P. Arnaud, 1688.

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1726.

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Coloniae Allobrogum, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1728.

D. D. *Didacus Covarruvias a Leiva Toletanus, Segobiensis Episcopus, Supremique Castellae Senatus Praeses enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus* per D. DIDACUM YBAÑEZ DE FARIA... Genevae, Sumptibus Fratrum de Tournes, 1762.

# INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO LABORAL: EL PAPEL DEL ESTADO Y DE LAS EMPRESAS

Ana Silvia MARCATTO BEGALLI\*

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Mexicana de 1917 (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*) es un hito en la historia del constitucionalismo mundial, ya que fue este documento el que, por primera vez, reglamentó los derechos fundamentales sociales, dejando un importante legado para la humanidad. Brasil, como un Estado Democrático de Derecho (Artículo 1o. *caput*, CF/88) tiene como uno de sus elementos esenciales los derechos fundamentales, tomados como un núcleo de derechos intangibles, que no pueden suprimirse. En el centro de los derechos fundamentales están los Derechos sociales fundamentales (Artículo 6, *caput*, CF/88), que tienen como objetivo erradicar las desigualdades y promover la inclusión de grupos vulnerables. Este artículo tiene como tema la efectivación de dos Derechos sociales fundamentales previstos en el Artículo 6o. de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988: el derecho al trabajo y la asistencia a los desamparados. Es en el ámbito de este último donde se inserta a la protección de la persona con discapacidad, según el Artículo 2o. de la Ley Orgánica de Asistencia Social

\* Abogado, investigador y profesor de la Facultad de Jaguariúna/SP. Se licenció en Derecho por la Universidad Paulista-UNIP (2007). Especialista en Derecho Procesal Civil (2008) y Derecho Constitucional (2009) por la Pontificia Universidad Católica de Campinas-PUC (2009). Master en Derecho (Constitucionalismo y Democracia) Facultad de Derecho del Sur Minas-MSDS (2012). Estudiante de Doctorado en Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(Ley n° 8.742/93). El objetivo de este trabajo se limita a analizar cuáles son las funciones del Estado y el sector empresarial en la promoción de la inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral.

En Brasil, 46 millones de brasileños, cerca del 24% de la población, declararon poseer al menos una de las discapacidades investigadas (mental, motora, visual y auditiva); la mayoría, mujeres. En 2010, el Censo registró, también, que las desigualdades permanecen en cuanto a las personas con discapacidad, que tienen tasas de escolaridad menores que la población sin ninguna de las discapacidades investigadas.<sup>1</sup> Es alarmante constatar que, según los datos del Censo 2010, la población ocupada con por lo menos una de las discapacidades señaladas antes, representa el 23.6% (20.4 millones) del total de ocupados (86.4 millones). De los 44 millones de personas con discapacidades en edad activa, el 53.8% (23.7 millones) no está ocupado. En relación con el total de la población que no está ocupada (75.6 millones), la población con discapacidad representa el 31.3%.<sup>2</sup>

La no inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral y la consecuente imposibilidad de obtener un ingreso, sin duda es el principal factor que pone a esta población en un estado de pobreza y exclusión, no sólo en Brasil, sino también en numerosos países. Hay en el mundo 600 millones de personas con discapacidad, siendo que 400 millones viven en países pobres o en desarrollo.<sup>3</sup> En Brasil, el 27% de los brasileños viven en situación de extrema pobreza y el 53% son pobres.<sup>4</sup> Algunas estimaciones sugieren que entre 15 y el 20% de las personas pobres en los países en vías desarrollo tienen discapacidad.<sup>5</sup> Según el Banco Mundial, la desocupación de la población con discapacidad es de 80 al 90% en América Latina.<sup>6</sup> En Uruguay, un estudio realizado con 500 familias que se benefician del Plan de Emergencia (familias que se encuentran en condiciones por debajo de la línea de pobreza) indicó que el 25% de las viviendas tenían al menos una persona con una discapacidad y en algunos casos eran más de una.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Cf. IBGE-INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Censo 2010*, Disponible en: <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao>. Consultado el 10 de junio de 2013.

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

<sup>3</sup> Cf. VITAL DE PAIVA, Flávia Maria, "Preâmbulo", en *A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*, p. 24.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>7</sup> *Idem*.

En la actualidad, la aplicación de los Derechos sociales ha demostrado ser uno de los mayores desafíos del Derecho y del Estado, especialmente por depender de grandes gastos por parte de este último y también la implementación de políticas públicas de acción afirmativa, que no sólo pueden ser restringidas a las letras frías de una ley, sino que deben ser llevadas a cabo de manera exitosa en la práctica. Además, el sector empresarial tiene un papel que cumplir, una función que va más allá de la búsqueda de ganancias, porque también tiene una función social y un compromiso con el desarrollo económico del país. El tema es relevante porque, de la aplicación del derecho al trabajo de la persona con discapacidad, la sociedad puede volverse más equitativa y solidaria, siendo que éste es uno de los objetivos de la República (Artículo 3o., ítem I, CF/88). La contribución que este trabajo anhela proporcionar es demostrar cómo esto se puede lograr con éxito, investigando qué roles deben ser ejercidos por el Estado y el sector empresarial.

## 1. ACCIONES AFIRMATIVAS: EL PAPEL DEL ESTADO

### 1.1. Igualdad formal y material

Ingresando en la investigación sobre el principio de igualdad, se puede afirmar que en la antigua Grecia, el jurista Solón (640-560 a.C.) ya la consideraba un ideal a alcanzar.<sup>8</sup> Posteriormente, el filósofo Platón (429-347 a.C.) la puso como el fundamento de la democracia y necesaria para combatir las desigualdades sociales.<sup>9</sup> El siglo XVIII, en el que todavía prevalecía el régimen absolutista de gobierno, estuvo marcado por la lucha contra el dominio de la monarquía. Estos conflictos culminaron en la Revolución Francesa que, con el famoso lema "libertad, igualdad y fraternidad", puso fin a la forma absolutista de gobierno. Nació, así, el Estado Liberal. A pesar de predicar, en teoría, la igualdad y la libertad de todos los ciudadanos, en el plano práctico, inexistían igualdades de oportunidades para todos, lo que sólo reforzó las desigualdades, como apunta Yara Maria Pereira Gurgel:

La caída de la nobleza, el fortalecimiento de la burguesía y la implementación del constitucionalismo, trajeron el apogeo del Estado Liberal de Derecho... La igualdad ante la ley, según la cual, todos tienen derecho a la justicia de forma neutra y universal,

<sup>8</sup> Cf. ALBUQUERQUE, Martin de, *Da igualdade: introdução à jurisprudência*, p. 11.

<sup>9</sup> *Idem*.

desatenta a las reales desigualdades, e implementada bajo el modelo liberal, generó una sociedad puramente individualista...<sup>10</sup>

Se concluye, por lo tanto, que la primera forma de igualdad no es más que la igualdad garantizada en la ley, como defiende el *caput* del Artículo 5o., de la Constitución Federal de 1988, que ordena que son todos iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza. Resulta que, con el fin de garantizar la igualdad en la práctica, es necesario considerar las diferencias. Este pensamiento conduce al concepto de igualdad material, que es igual en el plan fáctico. Ora, sería inútil la ley al asegurar que todos son iguales, si la gente no puede disfrutar de ese derecho y, a menudo, con el fin de garantizar la igualdad, la ley debe prever distinciones, puesto que, citando el famoso argot aristotélico, *la igualdad consiste en tratar igualmente los iguales y desigualmente los desiguales*. No basta un comando general de la igualdad, según la posición de la Profesora Flávia Piovesan:

Este proceso conlleva también a la especificación del sujeto de derecho, teniendo en cuenta que, al lado del sujeto genérico y abstracto, se esboza el sujeto de derecho concreto, visto en su especificidad y en la concreticidad de sus diferentes relaciones. Es decir, del ente abstracto, genérico, carente de color, género, edad, clase social, entre otros criterios, surge el sujeto de derecho concreto, históricamente situado, con las especificidades y particularidades. De esto no se apunta más al individuo genérico y abstractamente considerado, pero al individuo "especificado", teniendo en cuenta las categorizaciones relativas al género, edad, etnia, raza, etcétera.<sup>11</sup>

Ronald Dworkin considera que "el gobierno debe no sólo tratar a las personas con consideración y respeto, sino con igual consideración e igual respeto. No debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basadas en la suposición de que algunos ciudadanos tienen derecho a más, porque son merecedores de una mayor consideración".<sup>12</sup> Si *todos* los seres humanos son dignos, son *todos* merecedores de los mismos derechos, y sólo puede haber distinciones en situaciones donde la desigualdad es necesaria con el fin de garantizar la igualdad. Por lo tanto, se concluye que la igualdad formal es la igualdad prevista en la ley, mientras que la igualdad material es la igualdad de oportunidades, aquella para ser disfrutada en el mundo de los hechos.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 48-49.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, p. 194.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, p. 419.

## 1.2. Acciones afirmativas: concepto e histórico

El Estado, para implementar el derecho al trabajo de la persona con discapacidad, debe utilizar las políticas públicas de acción afirmativa. Esta expresión tiene en sus medios dos conceptos distintos (políticas públicas y acción afirmativa), que se complementan mutuamente, porque la acción afirmativa es una especie del género política pública. Es por ello que se debe iniciar el estudio por este último. En la comprensión de Maria Paula Dallari Bucci "políticas públicas son programas de acción gubernamental destinados a coordinar los medios disponibles para el Estado y las actividades privadas para el logro de objetivos socialmente relevantes y políticamente determinados".<sup>13</sup> La primera conclusión que se puede inferir de las enseñanzas de Bucci es que las políticas públicas tienen la finalidad primaria de intervenir en la sociedad para el logro del bienestar de sus miembros, estableciendo sus más legítimos intereses y los derechos asegurados en la legislación patria.

También se nota que las políticas públicas son absolutamente contrarias al liberalismo clásico, porque las acciones que se proporcionaban por este modelo de Estado eran eminentemente de cuño negativo, porque no había ningún tipo de interferencia en la vida en sociedad, a menos que fuera para garantizar la libertad. La acción afirmativa es una especie de política pública. Es fundamental comprender que, si esta última tiene como objetivo el logro de los intereses sociales relevantes, aquella se destina, principalmente, a atenuar las desigualdades sociales, es decir, promover la igualdad material. Las políticas públicas pueden, por lo tanto, tener como objeto cualquier bien considerado importante, como el medio ambiente y la cultura. Las acciones afirmativas son un tipo de política pública que pretenden, por medio de acciones gubernamentales, proporcionar a los grupos considerados vulnerables su inserción social en los campos más diversos, tales como trabajo, salud y educación, superando la intolerancia y dando lugar a la igualdad de oportunidades, a la igualdad fáctica. En la explicación del Ministro Carmen Lucía:

El término acción afirmativa... pasó a significar, desde luego, la exigencia de favorecimiento de algunas minorías socialmente inferiorizadas, es decir, legalmente desiguales, por prejuicios arraigados culturalmente y que necesitaban ser superados para lograr la eficacia de la igualdad defendida y garantizada constitucionalmente en la princiología de los derechos fundamentales. En esa orden se estipula que las empresas intermediarias contratadas por las entidades públicas estaban obligadas a una

<sup>13</sup> BUCCI DALLARI, Maria Paula, *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

“acción afirmativa” para aumentar la contratación de grupos dichos como minorías, desiguales social y, por extensión, jurídicamente.<sup>14</sup>

En muchas situaciones, con el fin de garantizar la igualdad, es imprescindible la efectiva actuación del Estado, con el fin de examinar cuidadosamente las particularidades de ciertos grupos que, en muchos casos, están en clara posición de desventaja. Si no fuera así, habría un fuerte riesgo de repetir el error fatal del Estado Liberal. Fue anhelando la igualdad fáctica que los Estados Unidos (EEUU), durante el mandato del Presidente John F. Kennedy (1917-1963), inició la llamada acción afirmativa, que tenía como objetivo mitigar la discriminación que sufrían los negros en el mercado laboral.<sup>15</sup> Se debe recordar que, en los EEUU, el escenario de descompás en que se encontraba la población negra tiene su origen en el legado que dejó la Guerra de Secesión (1861-1865).<sup>16</sup>

Tal conflicto civil dividió los EEUU, entre Estados norteros y sureños: los primeros, industrializados, deseaban la abolición de la esclavitud, como una manera de aumentar la clase obrera asalariada y, por lo tanto, el mercado consumidor. El sur, que poseía una economía basada en la agricultura, deseaba lo contrario, porque necesitaba mano de obra esclava para el mantenimiento de sus cultivos. Como es bien sabido, los Estados del Norte ganaron la guerra y fue declarado el fin de la esclavitud en los Estados Unidos. Los sureños, devastados, atravesaron una grave crisis y perdieron el poder político. Aunque era libre, la población negra no era el objetivo de ningún programa de gobierno que les proporcionara la integración social, siendo que el destino de estas personas fue el real abandono social y la marginación. Fue entonces, en el año 1961, que el presidente Kennedy comenzó a utilizar el término de *acción afirmativa*.<sup>17</sup> Firmó el Decreto Ejecutivo No. 10.925/61, que estableció una comisión sobre la igualdad en el empleo, determinando la creación de proyectos financiados por fondos federales que alentó a la generación de empleos, en un intento por superar el prejuicio.<sup>18</sup>

Aunque Kennedy fue asesinado en noviembre de 1963, la semilla fue plantada. Su sucesor, Lyndon B. Johnson (1908-1973), logró, en 1964, la aprobación en el Congreso de la Ley de los Derechos Civiles. Y mediante

<sup>14</sup> ROCHA ANTUNES, Cármen Lúcia, “Ação afirmativa: conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”, en *Revista de Informação Legislativa*, p. 285.

<sup>15</sup> Cf. CONSTÂNCIO, Julimar, *O negro e as políticas de ação afirmativa no contexto da desigualdade educacional*, p. 25.

<sup>16</sup> Hecho histórico notorio, que dispensa referencias bibliográficas.

<sup>17</sup> Cf. CONSTÂNCIO, Julimar, *op. cit.*, p. 25.

<sup>18</sup> *Idem*.

el Decreto Ejecutivo No. 11.246/65 condicionó la celebración de contratos entre el gobierno y las empresas a la contratación, por parte de las últimas, de determinado porcentaje de personas pertenecientes a grupos minoritarios y con garantías de condiciones de progreso profesional.<sup>19</sup> Estos decretos, junto con proyectos del gobierno, fueron de acciones afirmativas. Johnson pronunció un discurso histórico sobre el tema en la Universidad de Howard: *Usted no toma a una persona que durante años fue encadenada, y la liberta para competir con los demás. Por lo tanto, no es suficiente abrir los portones de la oportunidad, todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de pasar a través de estos portones.*<sup>20</sup>

La frase dicha por Johnson es simbólica porque corrobora la tesis de que la verdadera igualdad es la que proporciona una oportunidad igual para todos. Y es esta igualdad material la que debe ser perseguida también en el derecho al trabajo, en particular en cuanto a la efectividad del derecho de la persona con discapacidad a trabajar, el núcleo de este trabajo. Por lo tanto, se concluye que la función del Estado es promover políticas públicas de acciones afirmativas para integrar a la persona con discapacidad en el mercado laboral. Es importante señalar que tales acciones pueden venir en forma de leyes, supervisión para el cumplimiento de éstas, de punición por las prácticas discriminatorias y también de programas del gobierno para desarrollar proyectos para tal fin, como los cursos de calificación profesional o la creación de una base de datos para facilitar la contratación de empleados con discapacidades por empresas.

La acción afirmativa más simbólica, ya realizada en Brasil con el objetivo de promover la inclusión de la persona con discapacidad, es el Artículo 93 de la Ley 8.213/91<sup>21</sup> también conocida como la “Ley de Cuotas para la Persona con Discapacidad”. Ordena el referido instrumento legal: *Artículo 93. La empresa con 100 (cien) o más empleados está obligada a llenar del 2% (dos por ciento) al 5% (cinco por ciento) de sus posiciones con personas rehabilitadas o discapacitadas, habilitados, en la siguiente proporción: I. Hasta 200 empleados el 2%, II. De 201 a 500 el 3%, III. De 501 a 1.000 el 4%, IV. De 1.001 o más el 5%.*

<sup>19</sup> Cf. BARBOSA GOMES, Joaquim, *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*, p. 54.

<sup>20</sup> Cf. LUCENA DE MENEZES, Paulo, “A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano”, en *Revista dos Tribunais*, p. 91.

<sup>21</sup> República Federativa de Brasil. Ley 8.213, de 24 de julio de 1991. Ordena sobre los planes de beneficios de seguridad social y otros asuntos. Brasilia, 24 de julio de 1991.

Desde que la Ley de Cuotas para personas con discapacidades comenzó a cumplirse, el total de personas con esa peculiaridad contratadas en el Estado de São Paulo ya sobrepasa 70,000 (setenta mil).<sup>22</sup> Cerca del 60% del sector privado de São Paulo está al día con las cuotas.<sup>23</sup> No hay estadísticas para otros estados, pero según el Ministerio de Trabajo, hubo un aumento significativo en la contratación de personas con discapacidad en todo el país.<sup>24</sup> En los últimos años la supervisión del cumplimiento de la Ley de Cuotas se intensificó en todo el territorio nacional.<sup>25</sup> Pero es necesario que 45,000 (cuarenta y cinco mil) personas con discapacidad se inserten en las empresas brasileñas para cumplir sólo con las cuotas de las empresas que ya han sido el blanco de las acciones del Ministerio de Trabajo.<sup>26</sup>

Según el estudio "Perfil Social de las 500 empresas más grandes", realizado por el Instituto Ethos y Fundación Getúlio Vargas, la política de cuotas ha dado resultados, puesto que el mantenimiento del programa especial para el empleo de personas con discapacidad es la política afirmativa más difundida y practicada por el 32% de las empresas.<sup>27</sup> Todavía, según el informe de esa investigación, la adhesión no es sólo debido a la Ley de Cuotas, sino también o principalmente, a un cambio de mentalidad sobre el tema, y la creciente valorización de la responsabilidad social de las empresas.<sup>28</sup> No hay duda, sin embargo, que mucho todavía necesita avanzar.

La obligación establecida en la Ley de Cuotas alcanza a todas las personas jurídicas regidas por el derecho privado, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones (incluyendo las filantrópicas) que admiten a trabajadores como empleados. Para verificar si la empresa tiene la obligación de tener personas con discapacidad en su plantilla, es decir, tener 100 (cien) o más empleados, así como para fijar el porcentaje de puestos para ocupar, se debe utilizar el número de empleados de la empresa, no del establecimiento. Empleados con discapacidades no pueden ser aislados en un único sector, teniendo en cuenta que es una actitud segregacionista que no permite la integración social de este segmento y elimina sus posibilidades de progreso en el empleo. Por lo tanto, se recomienda que, en la medida que sea posible, en

<sup>22</sup> Cf. MENDONÇA AMARAL, Luiz Eduardo, *Lei de cotas: pessoas com deficiência; a visão empresarial*, p. 204.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Cf. *Ibidem*, p. 205.

todos los sectores de la empresa se asignen las personas con discapacidad (Artículo 2o. de la Recomendación No. 168 de la OIT).<sup>29</sup>

## 2. FUNCIÓN Y RESPONSABILIDAD SOCIAL:

### EL PAPEL DE LA EMPRESA

La empresa privada es la propiedad particular de los medios de producción, que se destina a explotar cualquier área de la economía, como industria o comercio, generando productos que después se revenderán y que resultarán en beneficios para esta organización. Para Fabio Ulhoa Coelho "la empresa es la actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios".<sup>30</sup> Si la empresa es una propiedad privada, por lo tanto, tiene una función social. El Artículo 5o., ítem XXII, de la Constitución Federal de 1988, ordena que se garantice el derecho a la propiedad, pero pronto, en el ítem siguiente, el XXIII, estipula que esta última deberá atender a su función social.<sup>31</sup>

La empresa asume, así, como propiedad privada que es, una función social. Entonces, ¿cuál sería la función social de la empresa? De antemano, se observa que el sector empresarial tiene un papel esencial en el círculo de la economía: al dar secuencia a su actividad, la empresa genera empleos, paga impuestos, aumenta el mercado de consumo, firma contratos y fomenta la economía. Pero su función social no se restringe a esto. La empresa es una de las fuerzas que mueven el sector económico de un país y, según el Artículo 170 de nuestra Ley Mayor, la economía no es un fin en sí mismo, es un instrumento para lograr metas más grandes, tales como la justicia social.

Además de la justicia social, el Artículo 170 de la Carta Magna recomienda, como fundamentos del orden económico, la valoración del trabajo humano, la vida digna, la función social de la propiedad, la libre competencia, protección del consumidor, protección del medio ambiente, reducción de las desigualdades regionales y sociales, la búsqueda del pleno empleo, el tratamiento favorecido por las empresas brasileñas pequeñas de capital nacional y tratamiento favorecido para pequeñas empresas. Por lo tanto, haciendo parte de la economía, es necesario que la persona jurídica, además de la búsqueda de ganancias, se preocupe en promover acciones que sean de interés público.

<sup>29</sup> Información recogida del documento MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, *A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*, passim.

<sup>30</sup> COELHO ULHOA, Fabio, *Curso de direito comercial*, p. 18.

<sup>31</sup> Obviamente hay empresas que son públicas, sin embargo, incluso éstas tienen una función social, puesto que son parte del sector económico de un país.

Para el jurista Fábio Konder Comparato, "la ley reconoce que en el ejercicio de la actividad empresarial hay intereses internos y externos, en los cuales deben respetarse: no sólo los de las personas que directamente contribuyen para el funcionamiento de la empresa, como los capitalistas y los trabajadores, sino también los intereses de la "comunidad" en que actúa".<sup>32</sup> Y en la lección de Eduardo Tomasevicu Filho, "la función social de la empresa constituye el poder-deber del empresario y los administradores de la empresa para armonizar las actividades de la empresa, según el interés de la sociedad, a través de la obediencia a ciertas obligaciones, positivas y negativas".<sup>33</sup>

La legislación infraconstitucional también está atenta a la cuestión de la función social de la empresa, como se nota por los artículos mencionados a continuación. La Ley 6.404/76, llamada Ley de las Sociedades por Acciones, en su Artículo 116, párrafo único, establece *que el accionista mayoritario debe utilizar el poder con la finalidad de hacer la empresa realizar su objetivo y cumplir su función social, y tiene obligaciones y responsabilidad frente a los otros accionistas de la empresa, frente a quienes en ella trabajan y frente a la comunidad en que opera, cuyos derechos e intereses deben respetarse y satisfacer fielmente.* El Artículo 154, del mismo ordenamiento legal, determina que *el administrador de la empresa debe ejercer las atribuciones que la ley y el estatuto le confieren para lograr los fines y el interés de la compañía, cumplidas las exigencias del bien público y de la función social de la empresa.*

De la función social de la empresa, emerge la responsabilidad social. La primera expresión originó la segunda, una vez que la función social de la empresa es el fundamento jurídico de la responsabilidad social, que son acciones realizadas por las empresas con el objetivo de los intereses sociales relevantes, tales como la inclusión social, la protección del medio ambiente y la educación. Se puede afirmar, entonces, que la responsabilidad social es la aplicación práctica del principio de la función social de la empresa. Sobre el concepto de responsabilidad social, Patrícia Almeida Ashley enseña:

El compromiso que una organización debe tener para con la sociedad, expresado por medio de actos y actitudes que la afecten positivamente, de manera amplia, o a alguna comunidad, de manera específica, actuando proactivamente y coherentemente en lo que se refiere a su papel específico en la sociedad y su prestación de cuentas hacia ella. La organización, en este sentido, asume obligaciones de carácter moral, además de las establecidas en la ley, aunque no estén directamente vinculadas a sus actividades, pero

que puedan contribuir para el desarrollo sostenible de los pueblos. Así, en una visión expandida, la responsabilidad social es toda y cualquier acción que pueda contribuir para mejorar la calidad de vida de la sociedad.<sup>34</sup>

El Instituto Ethos tiene un entendimiento similar:

Responsabilidad social es una manera de conducir los negocios de la empresa de tal manera que la convierta en colaboradora y corresponsable por el desarrollo social. La empresa socialmente responsable es aquella que tiene la capacidad de escuchar a los intereses de las diferentes partes (accionistas, empleados, prestadores de servicio, proveedores, consumidores, comunidad, gobierno y medio ambiente) y ser capaz de incorporarlos en la planificación de sus actividades, buscando satisfacer las demandas de todos y no sólo de los accionistas o propietarios.<sup>35</sup>

Noticias acerca de la responsabilidad social pueden encontrarse desde el siglo XIX, a través de la historia del sociólogo galés Robert Owen (1773-1858), que posteriormente se convirtió en industrial.<sup>36</sup> En sus empresas, Owen implantó una serie de cambios como salarios más altos, menor jornada de trabajo y, además, proporcionó beneficios a sus empleados, tales como guarderías, hospitales y escuelas.<sup>37</sup> A través de las transformaciones que implementó, el empresario Owen obtuvo aumento de su ganancia. Sin embargo, fue expulsado de Inglaterra por hacer críticas feroces al sistema capitalista.<sup>38</sup> Hay que destacar también un trabajo publicado por el académico estadounidense Charles Eliot (1834-1926) que, aunque ha sido pionero, tuvo mala recepción. No logró movilizar a las empresas a ser socialmente responsables.<sup>39</sup> En 1929 vino la gran depresión económica que comenzó después de la "quiebra" de la Bolsa de Valores de Nueva York, episodio que se conoció como el "Jueves Negro".<sup>40</sup> La crisis terminó solamente después de la Segunda Guerra Mundial.

Después de este periodo turbulento se publicó el libro de Howard Brown (1908-1989), economista estadounidense, titulado *Responsibilities of the Businessman*,<sup>41</sup> en traducción libre, *Responsabilidades del Empresario*. La obra trataba del tema de la ética en los negocios. En 1960, Richard Eells

<sup>34</sup> ASHLEY ALMEIDA, Patrícia, *Ética e responsabilidade social nos negócios*, p. 7.

<sup>35</sup> INSTITUTO ETHOS, *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*, p. 205.

<sup>36</sup> GOMES, Adriano y MORETTI, Sérgio, *A responsabilidade e o social: uma discussão sobre o papel das empresas*, pp. 12-21.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> Cf. *Ibidem.*, pp. 30-35.

<sup>40</sup> Hecho histórico notorio, que dispensa referencias bibliográficas.

<sup>41</sup> Cf. *Ibidem.* pp. 30-35.

<sup>32</sup> COMPARATO KONDER, Fábio, "Estado, empresa e função social", en *Revista dos Tribunais*, p. 44.

<sup>33</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, "A função social da empresa", en *Revista dos Tribunais*, p. 40.

escribió su libro tratando sobre el papel de la empresa en su medio. El título era *The Meaning of Modern Business*, en traducción libre, *El significado de los negocios modernos*. En Brasil, hasta la década de 1930, las acciones sociales de la empresa tenían motivación religiosa, siendo comprendidas como una obra de caridad.<sup>42</sup> En ese momento, se construyeron villas, guarderías y hospitales para el uso de los trabajadores.<sup>43</sup> A partir de la década de 1930, se observan importantes transformaciones. Surgen los sindicatos y los derechos laborales, además de la constitución de instituciones de servicio social de la industria y comercio con reglamento del Estado como políticas públicas.<sup>44</sup> Ejemplos incluyen el SENAI y el SENAC.

Con la transición democrática, entre las décadas de 1970 y 1980, comenzaron, por primera vez, las acciones sociales por parte del sector empresarial con el propósito de la participación en el desarrollo social del país,<sup>45</sup> y no por puro sentimiento de piedad. Otro punto a destacar durante este periodo es el Pensamiento Nacional de Bases Empresariales (PNBE), que fue un movimiento de un grupo de empresarios de São Paulo, que defendió, entre otros ideales, la profundización de la democracia y una mejor distribución del ingreso en el país.<sup>46</sup> Con respecto a la contratación de personas con discapacidad, muchas empresas ya han entendido que la inclusión de estos contribuye a la promoción del respeto y la diversidad en el entorno de trabajo.

### 2.1. Prácticas de inclusión

El sector empresarial, como una manera de satisfacer no sólo la Ley de Cuotas en su conjunto (y no solo en sentido estrictamente numérico) y también con la finalidad de ser socialmente responsable, debe desarrollar ciertos comportamientos dentro de sus establecimientos, como una manera de promover la inserción completa de la persona con discapacidad, además de posibilitar su progreso profesional. Según el Instituto Ethos, "la empresa que contrata debe tener un programa estructurado de reclutamiento, selección, contratación y desarrollo de personas con discapacidad, y no sólo contratar formalmente para cumplir con la ley".<sup>47</sup> Según el SENAC:

<sup>42</sup> Cf. PEREIRA ARRUDA, Evelyn Andrea, *A empresa e o lugar na globalização: a responsabilidade social empresarial no território brasileiro*, p. 11.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> CAMARGO ZAGALLO, Ricardo, *Responsabilidade social das empresas: formações discursivas em confronto*, p. 7.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> INSTITUTO ETHOS, *O que as empresas podem fazer pela inclusão da pessoa com deficiência*, p. 22.

La accesibilidad, un concepto que traduce una de las principales aspiraciones de las personas con discapacidad, surgió en la década de 1950, paralelamente al movimiento de integración. Al principio, estaba conectado a las barreras arquitectónicas, ya que las personas con discapacidad que deseaban integrarse a la sociedad eran, ya de antemano, imposibilitadas por prejuicios concretos: obstáculos físicos, en las calles, edificios y medios de transporte. Como jamás se había pensado en la vida social y en los derechos de las personas con discapacidad, todos los espacios y utensilios públicos siempre han sido planificados para personas consideradas "normales".<sup>48</sup>

De esta forma, se nota que el término accesibilidad, aunque a menudo conectado sólo a la desintegración de las barreras arquitectónicas, tiene un sentido bastante más amplio: se atañe a la extinción de todos los obstáculos que impiden el desarrollo satisfactorio de las personas con discapacidad. El sociólogo Melissa Santos Bahia utiliza la palabra "dimensión" para tratar el tema. La primera es la dimensión arquitectónica, que según la investigadora es el "fácil acceso a espacios físicos en el trabajo, desde la entrada a las salas y talleres; sanitarios adecuados y medios de transporte accesibles utilizados por la empresa para sus empleados".<sup>49</sup> La segunda dimensión es la comunicacional, y se define así: "Dimensión comunicacional: accesibilidad total en las relaciones interpersonales, cara a cara, lenguaje de señas, lenguaje corporal y lenguaje gestual. En la comunicación escrita: periódico, revista, libro, carta, apostilla, incluyendo textos en braille y textos ampliados para aquellas personas con baja visión".<sup>50</sup>

Prodam<sup>51</sup> (Compañía de Procesamiento de Datos de la Municipalidad de São Paulo) que es una proveedora de tecnología de la información para la gestión pública de la Alcaldía de São Paulo, logró promover en su ámbito la dimensión comunicacional. Tiene 1.236 empleados. Dos años después de su creación, en 1971, pasó a emplear personas con discapacidad como profesionales en procesamiento de datos, siendo una de las pioneras en América Latina haciendo este tipo de contratación. En 1976, los empleados discapacitados visuales desarrollaron el Programa Libra (Listador Braille), que posibilita la impresión electrónica de textos en Braille.

Después de la dimensión comunicacional, se entra en el estudio de la dimensión metodológica, que es la "adecuación de los métodos de trabajo y técnicas de trabajo, formación y desarrollo de recursos humanos, ejecución

<sup>48</sup> SENAC, *Pessoas com deficiência: educação e trabalho*, p. 17.

<sup>49</sup> BAHIA SANTOS, Melissa, *Responsabilidade social e diversidade nas organizações: contratando pessoas com deficiência*, 67.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> Todas las informaciones sobre la empresa Prodam fueron obtenidas en INSTITUTO ETHOS, *O que as empresas podem fazer pela inclusão da pessoa com deficiência*.

de tareas, ergonomía, nuevo concepto de flujograma y empoderamiento”.<sup>52</sup> White Martins<sup>53</sup> es un ejemplo exitoso de persona jurídica que implementó la dimensión metodológica. Es una empresa que inició la inclusión de los trabajadores discapacitados hace 27 años, a través del “Programa de Formación y Absorción de Mano de Obra”. Los trabajadores con discapacidad cumplen cuatro horas de jornada en la empresa y otras cuatro horas en las instituciones de apoyo. Después de tres meses de entrenamiento, muchos fueron registrados. El experimento produjo buenos resultados y White Martins llegó a tener cerca de cien trabajadores con discapacidad. Con los años, más de 600 empleados con discapacidades ya pasaron por el programa.

La última dimensión es la se refiere a la superación de los prejuicios. Enseña el sociólogo: “Dimensión de actitud: eliminación de prejuicios, estigmas, estereotipos y discriminaciones como resultado de programas y prácticas de sensibilización y de concientización de los trabajadores y de la convivencia con la diversidad humana en el lugar de trabajo”.<sup>54</sup>

El Ministerio de Trabajo y Empleo<sup>55</sup> recomienda que “la empresa sensibilice su personal en el sentido de eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que violen el derecho de las personas de ser igual. Dicha iniciativa tiende a fomentar el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.” El Instituto Ethos<sup>56</sup> todavía señala que las “expresiones de contenido peyorativo o despreciativo deben evitarse estrictamente”. De esta manera, la empresa promueve la diversidad en sus establecimientos, proporcionando la satisfacción de todos sus empleados. Un ambiente de trabajo saludable permite a todos los empleados a desarrollar sus talentos y también producir más y mejor.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Este artículo tuvo el objetivo de abordar la cuestión de la inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral a través de la siguiente problemática: ¿Cuáles serían los roles del Estado y las empresas para promover dicha inserción? Se concluyó que las llamadas políticas de acción afirmativa

<sup>52</sup> BAHIA SANTOS, Melissa, *op. cit.*, p. 67.

<sup>53</sup> Todas las informaciones sobre la empresa White Martins fueron obtenidas en INSTITUTO ETHOS, *O que as empresas podem fazer pela inclusão da pessoa com deficiência*.

<sup>54</sup> BAHIA SANTOS, Melissa, *op. cit.*, p. 67.

<sup>55</sup> Cf. MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>56</sup> Cf. INSTITUTO ETHOS, *O que as empresas podem fazer pela inclusão da pessoa com deficiência*, p. 28.

son el camino para que el Estado elimine la desigualdad, proporcionando oportunidades a los grupos vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad. Este es el papel que debe desempeñar el Estado. En Brasil, la acción afirmativa más emblemática ya realizada en este sentido es la Ley de Cuotas, prescrita en el Artículo 93 de la Ley 8.213/91, que determina la contratación de empleados con discapacidades por las empresas con más de 100 empleados.

Sin embargo, este instrumento jurídico no es suficiente, siendo imprescindible la participación de las empresas para su efectivación. El sector empresarial tiene una función social y tiene un compromiso con el desarrollo económico y social de un país. Así, el papel del sector empresarial, en la actualidad, es cumplir la Ley de Cuotas, pero no sólo en su aspecto numérico y formal, sino con respecto a la función social de esta ley. Por lo tanto, además de la contratación, es imperativo que exista, dentro de las empresas, una política de eliminación de cualquier tipo de barrera que obstruya la inserción del empleado con discapacidad. La accesibilidad no está restringida a la arquitectura local, también abarca la realización de acciones que eliminen el prejuicio y promuevan la perfecta integración de la persona con discapacidad en el mercado laboral.

Es necesario darle al empleado con discapacidad la posibilidad y la oportunidad de desarrollar sus talentos y potencialidades profesionales. El caso de la estadounidense Hellen Keller<sup>57</sup> es, quizás, uno de los ejemplos más emblemáticos de la afirmación de que nunca se puede dudar de la capacidad que un ser humano tiene para progresar. Nacida en 1880, en el estado de Alabama/EEUU. Hellen tenía discapacidad auditiva y visual graves. A través de la extraordinaria labor realizada por su profesora, Anne Sullivan, logró graduarse en Filosofía, convirtiéndose en una escritora respetada en todo el mundo, además de ser conferencista y activista por los derechos de la persona con discapacidad.

La conclusión a la se llega es que las empresas y el Estado deben actuar conjuntamente, estableciendo una relación de interdependencia para la efectivación de los derechos tratados en este texto. El trabajo tiene un papel muy importante en el entorno social, porque lo hace más justo, generando condiciones para que las personas proporcionen su propio sustento y también para llevar a cabo una actividad dentro de la comunidad donde viven, lo que eleva su autoestima. La generación de trabajo y renta permite el crecimiento de la economía y la distribución más justa de la riqueza. La participación del

<sup>57</sup> Hecho histórico notorio, que dispensa referencias bibliográficas.

Estado y el sector empresarial es esencial para la aplicación del derecho al trabajo de la persona con discapacidad, proporcionando su inclusión social. Finalmente es teniendo en cuenta la diferencia, que se promueve la igualdad y la dignidad, pilares del sistema legal brasileño.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Martin de, *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra, Almedina, 1993.
- ASHLEY ALMEIDA, Patrícia, *Ética e responsabilidade social nos negócios*, São Paulo, Saraiva, 2002.
- BAHIA SANTOS, Melissa, *Responsabilidade social e diversidade nas organizações: contratando pessoas com deficiência*, Rio de Janeiro, Quality-mark, 2006.
- BARBOSA GOMES, Joaquim, *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- BUCCI DALLARI, Maria Paula, *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMARGO ZAGALLO, Ricardo, *Responsabilidade social das empresas: formações discursivas em confronto*, Tese de Doutorado em Comunicação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- COELHO ULHOA, Fabio, *Curso de direito comercial*, vol. I, 7, Saraiva, Ed. São Paulo, 2003.
- COMPARATO KONDER, Fábio, "Estado, empresa e função social", en *Revista dos Tribunais*, año 85, v. 732. São Paulo, 1996.
- CONSTÂNCIO, Julimar, *O negro e as políticas de ação afirmativa no contexto da desigualdade educacional*, Dissertação de Mestrado em Educação

apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2009.

- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- GOMES, Adriano y MORETTI, Sérgio, *A responsabilidade e o social: uma discussão sobre o papel das empresas*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- GURGEL PEREIRA, Yara Maria, *Direitos humanos, princípio da igualdade e não-discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- INSTITUTO ETHOS, *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*, São Paulo, Petrópolis, V. 5, 2003.
- \_\_\_\_\_, *O que as empresas podem fazer pela inclusão da pessoa com deficiência*, São Paulo, Instituto Ethos, 2002.
- LUCENA DE MENEZES, Paulo, "A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano", en *Revista dos Tribunais*.
- MENDONÇA AMARAL, Luiz Eduardo, *Lei de cotas: pessoas com deficiência; a visão empresarial*, São Paulo, LTr.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, *A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*, Brasília, Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2007.
- PEREIRA ARRUDA, Evelyn Andrea, *A empresa e o lugar na globalização: a responsabilidade social empresarial no território brasileiro*, Dissertação de Mestrado em Geografia Humana apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

- PIOVESAN, Flávia, *Temas de direitos humanos*, 2a. edição, rev., amp. e atu. São Paulo, Max Limonad, 2003.
- ROCHA ANTUNES, Cármen Lúcia, "Ação afirmativa: conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica", em *Revista de Informação Legislativa*, año 33, No. 131. Brasília, Senado, jul-sep 1996.
- SENAC, *Pessoas com deficiência: educação e trabalho*, Série Documentos Técnicos, Rio de Janeiro, SENAC/DEP/CEAD, 2006.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, "A função social da empresa", em *Revista dos Tribunais*, V. 92, No. 810, São Paulo, abril 2003.
- VITAL DE PAIVA, Flávia Maria, "Preâmbulo", em *RESENDE*, Ana Paula Crosara y Flavia Maria de Paiva (coord.), A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Brasília: CORDE, 2008.

# LA ALIENACIÓN PARENTAL COMO FORMA DE VIOLENCIA FAMILIAR Y SUS CONSECUENCIAS PSICO-JURÍDICAS EN MÉXICO

Ubaldo MÁRQUEZ ROA

*SUMARIO: I. ¿Qué es la Alineación Parental? II. ¿Por qué se encuentra la alienación parental en el Código Civil del Distrito Federal? III. Los juicios de divorcio ponen fin a un conflicto pero abren otro. IV. Los medios alternativos de solución de conflicto ¿qué papel juegan? V. ¿Hacia dónde se encamina la Acción de Inconstitucionalidad? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

**Resumen:** En el presente artículo se aborda la inclusión de la alienación parental como una forma de violencia familiar creándose de esta forma el Artículo 323 Septimus del código civil para el distrito federal, se analiza desde un enfoque psicológico el síndrome de alienación parental creado por el psiquiatra Richar A. Gardner y como este afecta al interés superior del niño y a sus padres, también se exponen los tipos de alienación existentes se estudian consideraciones respecto del interés superior del menor. Además, expone si los juicios de divorcios son la mejor solución para los conflictos familiares, porque también exponen algunos medios alternos de solución de problemas. Por último se analiza los argumentos en la acción de inconstitucionalidad para confirma que el Artículo 323 Septimus es contrario a los Derechos Humanos y debe declararse su inconstitucional.

**Palabras claves:** Síndrome de alienación parental, Derechos Humanos, el interés superior del niño, código civil, medios alternativos de solución de conflicto.

**Abstrac:** This essay speaks about the parental alienation as a form of violence against family members, in that order the D.F civil law introduce a new article becoming 323 Septimus, it also analyze a psychological point of view about parental alienation syndrome gave it by doctor Richar A. Gardner and how this one affects children and their parents, also the essay pick up how severe can be alienation and divide in three kinds, also study some considerations about best interested of child. Above and beyond the pie-

ce of writing show up if divorce trails are the best solution for couple problems, because also there are the alternatives solutions for these problems. Finally we observe which ones are legal arguments put them on constitutional action in order to confirmed that this article 323 Septimus is against human rights and must be declared unconstitutional.

**Key words:** Parental alienation syndrome, human rights, best interested of child, civil law, legal alternative solutions.

## I. ¿QUÉ ES LA ALINEACIÓN PARENTAL?

Antes de definir la alienación parental debe partirse del significado propio de la palabra alienación proveniente del latín *alienatio*, —*ōnis*, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua lo define como el proceso mediante el cual un individuo o una colectividad transforma su conciencia para hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición. Desde el punto de vista médico clínico se considera como un trastorno intelectual el cual puede ser temporal o permanente, un enfoque psicológico se concibe como un estado mental caracterizado por la pérdida del sentimiento de la propia identidad, entendiéndose como la falta de un criterio independiente y la facilidad para ser manipulado por algún individuo, que por su retórica logra crear un estado de ambivalencia, en la persona carente de criterio propio o suficiente utilizándolo como un medio para alcanzar un fin, siendo así, las personas dejan de convertirse en un fin para transformarse en un medio, lo cual puede denotarse dentro del tema principal de este artículo.

¿Qué debe entenderse por familia? Es aquel grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco y cuyos miembros adultos tiene la responsabilidad del cuidado de los hijos, no solamente se les debe considerar como un componente jurídico, también como una institución que ha sido reconocida por el derecho como un requerimiento social del hombre, en la que satisface sus necesidades a través de la convivencia.<sup>1</sup>

La alienación parental se define como un síndrome, ocurriendo como una alteración en las rupturas familiares, dicho término fue acuñado por primera vez en 1985 por el psiquiatra Richard A. Gardner, el PAS, por sus siglas en inglés *parental alienation syndrome* o síndrome de alienación parental en español, se manifiesta cuando los hijos buscan censurar, criticar y rechazar injustificadamente a alguno de sus progenitores, principalmente surge en las disputas de guarda y custodia de los hijos menores de edad.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> GIDDENS, A. *Sociología*, p. 190.

<sup>2</sup> GARDNER, Richard A., 1985: pp. 3-7.

Puede constituirse como un tipo de violencia familiar, ya que el integrante de la familia transforma la conciencia del menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir los vínculos con uno de los progenitores conforme a lo establecido en el Código Civil del Distrito Federal en su Artículo 323 Septimus, señalando en primer término que los padres pueden inducir al menor a realizar dicha conducta, pero no es limitativo solamente a su persona, se menciona a cualquier integrante de la familia lo cual deja un espectro más amplio, puede tratarse de abuelos, tíos u otro pariente que tuviera relación directa con el menor.

El síndrome expone la negativa de los hijos para relacionarse con sus progenitores, se establecen las figuras del progenitor aceptado y el rechazado, el menor en su mente establece los roles del bueno y el malo, lo anterior en relación a las campañas hechas por los progenitores para desacreditarse, un ejemplo enfático sería el reclamo de la pensión alimenticia o decir en frente del menor sea de forma directa o subliminal que su padre o madre no le da dinero suficiente y por tanto no puede darle un mejor nivel de vida, *contrario sensu* si cualquiera de los progenitores que no tenga la custodia manifiesta al menor que le comprará un determinado objeto si le comenta que actividades realiza su otro padre, las personas quienes frecuenta o los lugares a donde lo lleva, el menor se convierte no sólo en un receptor de información también en un canal de la misma para quien la solicita. Tornándose en un juego de manipulaciones donde todas las armas son válidas y en el cuál todos salen perdiendo.

El síndrome genera la negativa para relacionarse con los progenitores, el mismo presenta tres niveles de intensidad, clasificándolas de la siguiente manera:<sup>3</sup>

1. Ligera: El niño básicamente coopera con las visitas, pero internamente realiza críticas negativas hacia su progenitor, su disgusto y desagrado no son perceptibles a simple vista.
2. Moderada: Los hijos son más irrespetuosos con el padre alienado, manteniendo una constante desaprobación hacia el padre alienado, creando los roles del padre bueno y el malo.
3. Severa: El régimen de visitas se torna imposible, existe hostilidad en los hijos puede llegar a tornarse en violencia física, además genera trastornos en la conducta.

<sup>3</sup> WALLERSTEIN, J. y KELLY, J., *Surviving The breakup*.

Dentro de la alienación severa los trastornos se generan respecto de la simple presencia física del progenitor rechazado, también se genera una crisis de ansiedad, angustia y miedo a separarse del progenitor alienador.

En determinados casos es fácil apreciar cómo el niño adquiere un papel protector hacia el progenitor que percibe más débil. Estas situaciones particulares se dan cuando uno de los menores comienza a preferir a uno de sus progenitores más que al otro, ocurre con los menores próximos a la adolescencia que piden vivir con alguno de sus padres después de haber estado conviviendo con el otro, ejemplo el hijo varón prefiere vivir con su padre, ya que conforme a las leyes del desarrollo, el menor puede necesitar una presencia masculina, cambiar de progenitor no tiene que ser una cuestión negativa si existe un mutuo acuerdo entre los progenitores. No obstante, la situación puede ser diversa, ya que los vástagos toman la actitud de huir de alguno de sus progenitores por las normas de conducta que suele imponerles, permitiendo que los hijos tomen parte dentro del conflicto conyugal, estableciendo sus condiciones y buscando compaginarlas con aquel progenitor que consideren los comprende de mejor manera.

El proceso pisco-jurídico de separación y divorcio refiere al conjunto de interacciones entre el procedimiento legal y psico-social, transcurriendo a través de periodos limitados, de manera que los conflictos de pareja y los conflictos entre padres e hijos requieren soluciones judiciales y psico-sociales diferentes pero complementarias, conllevando a una solución integral respecto de este tipo de conflictos.<sup>4</sup>

Algunos factores predictivos detallados por Hodges en la aparición de conflictos en torno a las relaciones paterno filiales pueden ser enumerados de la siguiente manera:<sup>5</sup> (Hodges, 1986)

1. Utilizar a los hijos en el conflicto marital.
2. El divorcio fue el inicio de una nueva relación afectiva por parte del padre que no tenía la custodia.
3. El desacuerdo en el cuidado de los hijos.
4. El conflicto marital genera un cambio radical en el estilo de vida de los padres.
5. Resentimiento en cuestiones económicas.
6. Las quejas en el conflicto marital es la irresponsabilidad crónica de uno de los padres.

<sup>4</sup> BOLAÑOS, I., Bellido, C., GARCÍA, C y Martín, M. (1990) *El proceso psicojurídico de la separación y divorcio*, pp. 47-50.

<sup>5</sup> HODGES, W.F., *Intervention for children of divorce*.

7. Nivel de enojo extremo.
8. La batalla por la custodia.
9. Cuando uno de los padres presenta una patología que interfiere en su actividad parental.

Cada uno de estos puntos se puede ver reflejado dentro de las contiendas judiciales, sin embargo, impera destacar respecto de los puntos: uno, tres, cinco, seis, siete y ocho, se forman eslabones de una cadena de conflictos, los cuales tiene una resonancia constante dentro de los juzgados y tribunales tanto del fuero común como del federal. ¿Por qué realizar el anterior comentario? Se debe a que en algunas ocasiones los problemas conyugales pueden ser solucionados por los medios alternos de solución de conflicto, sin embargo, se considera como única forma de terminar con estos altercados el divorcio, manifestando que un divorcio acabará con los problemas entre los espósaes, teniendo cada uno el derecho de realizar nuevamente su vida como mejor le convenga, no obstante ¿cuántos divorcios son realmente definitivos? ¿Cuántos terminan con los problemas que tenían la pareja? Haciendo una reflexión se percata, que, los juicios de divorcio incausado, tratándose del Distrito Federal, voluntario o necesario, abren la puerta a diferentes problemas jurídicos presentados dentro de los incidentes o concluidos dictándose sentencia que haya causado estado. La respuesta no requiere un gran análisis jurídico, porque las sentencias dictada por los juzgadores son sentencias de legalidad, la justicia es meramente un ideal, dejando a los tribunales las resoluciones concernientes a la legalidad en toda contienda judicial siempre hay una parte ganadora y una vencida, la última concibiéndose como aquella que agotó o no todos los recursos legales que tuvo a su alcance y una vez dictándose la sentencia quedando firme, el fallo trasciende a su esfera jurídica, la parte que no se vio beneficiada con la sentencia siempre va a quedar resentida y más en situaciones como son las del Derecho Familiar, ya que se trastocan líneas muy delgadas.

¿Pero dónde quedan los puntos señalados con anterioridad? El primero que expresa el utilizar a los hijos dentro del conflicto, se debe a que los hijos juegan un papel primordial en situaciones como son la de guarda y custodia, el pago de alimentos y el régimen de visita, si un progenitor logra convencer al menor de ponerse de su lado, el infante por su falta de criterio obedecerá lo que su madre o padre le diga, sin tener en claro las consecuencias de sus actos. El desacuerdo en el cuidado de los hijos y la batalla por la custodia hace que los progenitores consideren a sus hijos como objetos permitiénd-

doles controlar las emociones de su contraparte, es decir, si uno de los padres quiere tener derecho a las visitas debe de dar algo a cambio y ese dar algo a cambio quiere decir cumplir en modo y tiempo con el pago de la pensión alimenticia. Por último, el enojo extremo puede concebirse de dos maneras, la primera, como consecuencia de las enumeradas con anterioridad y agregando el resentimiento que se le tiene a su cónyuge, por la vida que tuvo con el mismo, mientras el segundo plano, el enojo extremo puede ser manifestado por aquella parte, que dentro de la contienda judicial no obtuvo sentencia favorable a sus intereses o que habiéndola obtenido, observa que su contraparte no cumple cabalmente con los términos de la misma, en aquellas situaciones que pueden ocurrir y afectar las relaciones entre los cónyuges como con el menor.

El síndrome de alienación responde a una realidad en la cual se refleja en varias características identificables y comunes en las familias, sus miembros muestran cambios que resultan contradictorios con lo esperable, conllevando al síndrome de alienación familiar no culpabilizando específicamente a ningún miembro de la familia, pues no le quita la responsabilidad a nadie debido a que incluye la contribución de todos en el problema y por tanto en la solución.<sup>6</sup>

La resistencia a las visitas incluye los comportamientos, no solo de los hijos, también los del progenitor alienador y el alienado, de los otros miembros de la familia, los abogados y profesionistas que tengan que ver durante el desarrollo del conflicto, por tanto se habla de una dinámica conflictiva en la que el sistema adversarial tiene un papel relevante junto a la intervención de profesionales externos.<sup>7</sup>

Precisamente porque en algunas ocasiones los padres, familiares o profesionistas logran, avivar más las llamas del conflicto, *verbi gracia*, cuando alguno de los padres que ostenta la guarda y custodia no quiere pactar con aquel que no la obtuvo un régimen de visitas en el que su contraparte pueda permanecer con su hijo los fines de semana, lo hace precisamente porque quiere tener al menor de su lado, para que se convierta en su aliado y en el momento que lo necesite pueda presionar a su contraparte, es lógico que el progenitor, ostentando la guarda y custodia, estará gustoso que su hijo conviva mucho más con él y su familia que con su contraparte, los familiares de quien tenga la guarda y custodia buscarán que el menor tenga un mayor aprecio hacia ellos que a la familia de su otro progenitor, *contrario sensu* el progenitor que no tenga la guarda y custodia, en los regímenes de visita,

<sup>6</sup> BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 29.

<sup>7</sup> STOLZ y NEY T., *Resistance to visitation*, pp. 220-241.

buscará que el menor conviva más con él y su familia, buscando el apoyo y aprobación del menor para ganar su confianza.

Se destaca que los niños son ciertamente actores sociales quienes, reflejan y conciben sus propias ideas y estrategias sea mediante copia de la vida familiar después de separados sus padres.<sup>8</sup>

Wallerstein y Kelly comentan en sus estudios realizados a niños particularmente vulnerables al dejarse llevar por el enojo que tiene sus padres unos contra otros, no suele ser raro que el progenitor al que han amado y con el que estaban tan cerca antes del separación sea ahora contra quien tenga un resentimiento.<sup>9</sup>

Por tanto, el contacto que tenían con su progenitor se transforma en un horario con determinadas obligaciones, conllevando a un conflicto inevitable entre los padres, pues los progenitores desean tener como aliado al menor sin que le importe la condición o lo que piense.

Las consecuencias de la alienación, parental como síndrome afectan no solamente al padre alienado sino dañan psicológicamente al menor y conllevan a una violación del interés superior del menor, los infantes deben de desarrollarse en un ambiente propicio, permitiéndoles tener un contacto con sus progenitores, siempre que no se dañe su integridad física, emocional y mental.

## II. ¿POR QUÉ SE ENCUENTRA LA ALIENACIÓN PARENTAL REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL?

La alienación parental ha sido adicionada el 9 de mayo del 2014 a la legislación sustantiva civil del Distrito Federal, antes de analizar la configuración de la alienación parental en la ley mencionada, impera conocer que se entiende por violencia familiar.

La norma señala como violencia familiar aquellos actos u omisiones intencionales, realizados por cualquier integrante de la familia (entendiendo como integrante de la familia a la persona que se encuentra unida a otra persona por una relación de matrimonio, concubinato, parentesco consanguíneo sea de línea ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como el parentesco civil) y dirigidos a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier

<sup>8</sup> SMITH, A. y GOLLOP, M. "What a children think, separating parents should know", p. 29.

<sup>9</sup> WALLERSTEIN, J. y KELLY, J., *op. cit.*, p. 777.

integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, dividiéndose la violencia en física, psicoemocional, económica y sexual, acorde con el Artículo 323 *Ter* y *Quarter* de la legislación del Distrito Federal.

Para efectos del presente artículo hay que señalar lo que se entiende como violencia psicoemocional, ya que dentro de la anterior encaja la alienación parental. Se define como todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y valorativa que integran su autoestima o alteran la estructura psíquica de la persona.

Siendo que este tipo de violencia puede ser realizada por cualquier miembro de la familia, no forzosamente realizada por el progenitor, el objetivo consiste manipular la conciencia del menor a fin de que el mismo mantenga una relación inadecuada con el progenitor alienado.

En consecuencia la alienación parental resulta ser un tipo de violencia familiar, en la cual se transforma la consciencia del menor con el fin de obstaculizar o destruir sus vínculos con alguno de sus progenitores, de igual manera se estipula que si el padre alienador es quien tiene la guarda y custodia del niño, la misma pasará de inmediato al otro progenitor.

Esto implica un menoscabo en el interés superior del menor ya que el Artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la protección a través de cualquier tipo de mediadas ejercidas por los Estados partes para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Partiendo del establecimiento de estas protecciones se tiene que evitar el S. A. P. el cual es generado en la mayoría de los casos por los progenitores, toda vez que los conflictos suscitados entre los progenitores deben de permanecer entre ellos y no involucrar a los vástagos, ya que en todo momento el menor tiene derecho a convivir con sus dos padres, sea que estos estén viviendo juntos o divorciados. No debe partirse de la idea errónea de que el progenitor que tiene la guarda y custodia es quien es el más apto para criar al menor, sería partir de una idea absurda pues muchas veces los progenitores que obtienen la guarda y custodia es porque en un juicio demuestran con pruebas fehacientes tener una mejor potestad, mientras que el progenitor que no tuvo pruebas o sus pruebas no fueron convincentes tiene la sombra del mismo.

La alienación parental se tipifica en el Código Civil del Distrito Federal como una forma de violencia, porque busca proteger el bienestar del me-

nor, entendido el interés superior como el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.<sup>10</sup>

Partiendo de lo anterior, se tomó como referente lo estipulado en Convención sobre los Derechos del Niño la cual manifiesta en su Artículo 3o, las medidas adecuadas para asegurar el interés superior del niño, asegurando la protección y cuidado necesarios para su bienestar, tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, esto demuestra necesariamente que el menor debe desarrollarse en un medio ambiente adecuado, lo cual inicia dentro del núcleo familiar, siendo los primeros obligados en preservar ese interés sus padres y las personas que los rodean, por ende no se puede pasar por alto esta situación que no sólo entraña violencia psicoemocional contra el progenitor alienado, sino también contra el mismo menor.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su Artículo 3o, manifiesta como principios rectores el interés superior de la infancia, el contar con una vida libre de violencia, estableciendo la corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad, manifestando una vida libre de violencia corresponde no solamente a que el menor no sufra directamente ésta, también al desarrollo en un medio idóneo libre de ésta conllevando a que los familiares procuren que el menor desarrolle su vida de la mejor manera posible y sin la presencia directa o indirecta de este tipo de actos dentro de su núcleo familiar. Siendo así la expresión "interés superior del niño" implica el desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos debiendo estar considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Por tanto al establecer esta figura dentro del Código Civil se busca precisamente proteger el interés del menor y su desarrollo en un medio ambiente sano.

La alienación parental perturba la relación existente entre los menores y sus progenitores, muchas veces la afectación se ve dentro de las visitas o el régimen de convivencia, las formas llevar acabo pueden ser diversas *verbi gracia* plantear actividades con el menor en los días que le toca convivir con el otro progenitor. El juez de lo familiar debe determinar la forma, modo y

<sup>10</sup> Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito amparo directo 309/2010.

lugar para realizar el régimen de convivencia tomando en consideración elementos tales como la edad, las necesidades y costumbres de los menores involucrados, así como cualquier otro factor que permita al juzgador discernir qué régimen de convivencia es más benéfico para los menores, el juzgador podrá establecer que la convivencia entre los menores de edad y el progenitor no custodio tenga lugar en fines de semana, días entre semana, días de fiesta, vacaciones o días de importancia para el progenitor no custodio, pero si el juzgador advierte la existencia de situaciones extraordinarias en las que la convivencia con alguno de los progenitores sea más perjudicial que benéfica para el menor, podrá privar al progenitor en cuestión del derecho de convivencia mediante una resolución en la que exponga los hechos que indubitablemente demuestren la nocividad de la relación paterno-filial.<sup>11</sup>

Por tanto, la alienación resulta un tema muy delicado ya que existen múltiples afectados en este tema como son el padre alienado y el menor, quien por manipulación directa o indirecta del padre alienador genera este síndrome.

Dentro del régimen de convivencia, la guarda y custodia se plantean diversos conflictos en los cuales los menores forman el eje principal transformándose no sólo en receptores de los problemas de sus padres, también como partícipes de los mismos, por ello, en los conflictos familiares los vínculos que se establecen entre sus miembros siempre resultan afectados en mayor o menor medida por acciones que despliegan las controversias judiciales, siendo así en contiendas de divorcio, guarda y custodia de menores y violencia intrafamiliar existe una afectación a todos los miembros de la familia, tratándose de menores deben recibir tratamientos especializados en beneficio su interés superior, con la finalidad de sanar los daños psicológicos que pudieran padecer con motivo de las relaciones familiares.<sup>12</sup>

De tal suerte que, la alienación parental al ser un síndrome en el cual ataca la conciencia del menor crea una ausencia de ambivalencia en las relaciones paterno filiales generando emociones encontradas, es decir, sentimientos que tenían hacia su progenitor, antes de que se provocara la alienación y los nuevos sentimientos una vez realizada la alienación.

La alienación parental puede surgir antes, durante o después del juicio de divorcio, no hay un momento específico en la cual comience. La contradicción en las declaraciones de los menores y la ausencia de pensamiento propio por parte del menor son muestras de la misma. La alienación ligera puede transformarse en severa con el tiempo, pues la manipulación constante por

parte de cualquier miembro de la familia trae consigo que el menor genere rencor contra el progenitor alienado, transformando la convivencia paterno-filial en una situación compleja e incómoda tanto para el menor como para el progenitor alienado, pues el alienador se convierte en un titiritero que maneja las cuerdas del destino del menor manipulando su conciencia, por lo que al existir una intervención en su desarrollo psicoemocional impide el desarrollo adecuado del menor y genera una violación al interés superior el mismo, de ahí que se ocupen los Centros de Convivencia Familiar.

En el Artículo 323 *septimus* de la legislación sustantiva del Distrito Federal establece que para lograr asegurar el bienestar del menor y en caso de que por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el Departamento de psicología a través del médico forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evalúa a los parientes más cercanos del niño para determinar qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo para hacer posible la convivencia con el progenitor no alienador.

En el párrafo anterior se estipula como medio para la solución de la alienación parental una evaluación de los parientes cercanos del niño, la cual se encarga al médico forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que se dé una convivencia familiar adecuada, señalando la importancia de que el menor no tenga prejuicios sobre sus padres y no adopte un bando, muchas veces cuando la situación de convivencia no se puede dar en un ambiente adecuado, sea porque algún progenitor no entrega al menor a tiempo en el domicilio del progenitor que tiene la guarda y custodia, o no se siente a gusto el progenitor que tiene la guarda y custodia con el padre que no la ostenta mantenga en su hogar al menor porque considere que no se trata de un lugar adecuado, se utilizan los Centros de Convivencia Familiar, los cuales sirven como protección y mejoramiento de las condiciones generales de vida de los menores que están separados de sus padres, son lugares adecuados y seguros para el desarrollo de los encuentros paterno-filiales, estos Centros serán utilizados siempre que el juez de lo familiar así lo determine, los Centros cuentan con psicólogos y asistentes legales que observan el desarrollo de la convivencia marcado en las pautas de los tratados internacionales, uno de los objetivos más importantes que tiene es la entrega del menor al progenitor que no tiene la guarda y custodia para que pueda convivir con el mismo.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Los Centros de Convivencia Familiar supervisada fueron publicados en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 31 del 2000, dentro de la Ley de Asistencia y Prevención de la violencia familiar, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio de 1996, tomando como base la Convención sobre los Derechos del niño, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de

<sup>11</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 583/2013

<sup>12</sup> Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito amparo en revisión 101/2010.

Atendiendo a lo anterior, se destaca los derechos de convivencia y visita son parte fundamental de los derechos del menor así como la convivencia familiar, el derecho de visitas tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y mejorar en su caso la convivencia familiar en grupo, por lo que el menor debe convivir con ambos progenitores para tener un desarrollo adecuado, los Centros de Convivencia informan periódicamente al juzgador, sobre el desarrollo y cumplimiento de la convivencia, así como cualquier acontecimiento que ponga en peligro la integridad de los menores; se le debe comunicar al juzgador sobre la pretensión de llevar una convivencia no supervisada o fuera de las instalaciones, pues la convivencia en estos Centros no es una regla sino una excepción, ya que como se ha mencionado con anterioridad busca el desarrollo de manera adecuada de las relaciones paterno-filiales, estos centros son lugares de esparcimiento para el menor donde puede jugar, correr, comer y descansar. Sin embargo a pesar de que los Centros se encuentren equipados adecuadamente, debe permitirse la convivencia fuera de los mismos pues el sano esparcimiento implica un desarrollo físico, emocional y social del menor, de tal manera los Centros de Convivencia no deben ser siempre utilizados sólo de manera excepcional.<sup>14</sup>

Por tanto, la alienación parental constituye una violación a los derechos del menor y si bien los Centros sirven para reforzar los lazos familiares no implica que sean la solución para este tipo de problemas.

La tipificación de la alienación parental en el Código Civil para el Distrito Federal castiga esta conducta ya que busca que el menor tenga un desarrollo adecuado, preponderando su interés e implicando el desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, por encima de los problemas que existan entre sus progenitores, de ahí la importancia de establecer como sanción la suspensión en el ejercicio de la patria potestad del menor, en consecuencia del régimen de visitas y convivencias, asimismo la guarda y custodia del menor si es que la tiene el padre alienador.

1991, dispuso en el mes de Septiembre de 2000, por conducto del Consejo de la Judicatura Federal.

<sup>14</sup> Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito amparo directo 836/2012.

### III. LOS JUICIOS DE DIVORCIO PONEN FIN A UN CONFLICTO PERO ABREN OTRO

¿Qué debe de entenderse por un divorcio? La exegesis normativa señala como la disolución del vínculo matrimonial, dejando en aptitud a los cónyuges para contraer otro. La solicitud puede ser hecha por ambos cónyuges o de manera unilateral reclamando ante la autoridad judicial su voluntad de no continuar con el matrimonio, sin la necesidad de señalar alguna causa para solicitar, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde que se celebró el mismo. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio acompaña su ocursio con el respectivo convenio, cubriendo los apartados respecto a la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, las modalidades del régimen de visitas y convivencia, cuestiones relativas al pago de alimentos, la designación del cónyuge al que le corresponderá el uso del domicilio conyugal, las formas de capitulación de los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta la liquidación de la misma, en el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge, durante el matrimonio.

Los juicios de divorcio suelen ser procedimientos largos y desgastantes para las partes, manifestando que los juicios de divorcio sólo disuelven la sociedad conyugal y sin embargo, se mantiene la firme creencia que con ello terminan los problemas de la pareja, pero esto no es una verdad absoluta, se tenía la firme convicción que con la instauración de los divorcios sin expresión traería consigo una resolución a este tipo de problemas de una manera mucho más ágil, la solución en cierta manera si resuelve por cuanto hace a la disolución del vínculo matrimonial, empero deja cuestiones como la tutela, guarda y custodia entre otros temas a resolverse de manera incidental, por tanto, se obtiene la disolución del vínculo matrimonial considerablemente rápido, debe tomarse en cuenta que las resoluciones incidentales serán bastante largas. Señalando además que el conflicto duro en los juicios de divorcio son las cuestiones que se viene a dirimir de forma incidental, porque es donde se precisan las cuestiones delicadas respecto a la situación que vivía la pareja antes de realizar dicha disolución.

¿Por qué mencionar que los juicios de divorcio ponen fin a un conflicto pero abren otro? Bueno esto se debe a que la sentencia de divorcio al igual que cualquier sentencia beneficia a una parte y a la otra no, esto es a fin con la

situación del divorcio sin expresión de causa. De ahí precisamente que aquel cónyuge que no haya obtenido sentencia favorable o que habiéndola obtenido busque dañar a su contraparte, por el resentimiento generado durante la relación familiar, durante la tramitación del divorcio o dictada la sentencia.

¿Realmente el divorcio debe ser la última *ratio* para solucionar un conflicto de pareja? Debe recurrirse a otras opciones tales como los medios alternativos de solución de conflicto, esto debido a que lejos de resolver la controversia personal de los espósaes, los divorcios tienden a complicar la situación tan delicada que vive la pareja y los hijos que se han procreado dentro del vínculo matrimonial, ahora, los conflictos de divorcio en un primer plano implicaría la pareja, en otro plano a los hijos y en un segundo a los familiares de los contendientes, entonces lejos de convertirse en un conflicto de dos se transforma indirectamente en un conflicto donde participan diversas personas.

Es interés señalar que las mujeres son quienes solicitan con mayor frecuencia los juicios de divorcio, analícese el siguiente cuadro obtenido por el INEGI.

*Distribución porcentual de divorcios judiciales según persona que lo solicita para cada causa de divorcio, 2010, 2011 y 2012*

Causas de divorcio	Total	Hombre	Mujer	Ambos
<b>2010</b>				
Total	73,953	14.5%	20.3%	65.2%
<b>2011</b>				
Total	78,086	14.4%	19.6%	66.1%
<b>2012</b>				
Total	86,610	15.7%	21.4%	62.9%

Como se ha logrado apreciar en el anterior cuadro, el número de divorcios tiende a incrementarse con el pasar de los años. El conflicto marital genera un cambio radical en el estilo de vida de los padres, así como el resentimiento por cuestiones de índole personal y económica, por tanto se debe partir de cuestiones muy objetivas para detectar la alienación parental.

En los juicios de divorcio el conflicto puede dividirse de la siguiente manera: como un conflicto legal en la cual existe una disolución del vínculo matrimonial y como un conflicto de la relación paterna filial y psicosocial ya que entraña la relación conyugal los conflictos entre padres e hijos conforme a la relación afectiva.

Partiendo de lo anterior se identifican los conflictos que derivan tanto de la situación legal como psicosocial, no deben estudiarse por separados, debe realizarse en su conjunto ya que el conflicto conyugal genera un deterioro en las relaciones paterno-filiales y la sentencia en el juicio de divorcio no sólo cambia el estado civil de las partes sino las relaciones entre los cónyuges y con sus hijos. Por tanto no puede concebirse a los juicios de divorcio como la única solución pues los mismos deben ser la última *ratio*.

#### IV. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO ¿QUÉ PAPEL JUEGAN?

Los medios alternativos de solución de conflictos se encuentran en los Artículos 2o. apartado A fracción II y el 17 de la Constitución Federal; son la mediación, la conciliación y la negociación, variantes por cuanto hace a su formalidad y la forma de constitución sin embargo proponen una solución pacífica y conveniente para las partes evitando llegar a una confrontación.

En el Derecho familiar es muy común encontrar contiendas, sin embargo también existen estos medios alternativos para poner fin a los problemas. La mediación familiar en México se aboca a temas como: el divorcio, la pensión alimenticia, guarda y custodia, sucesiones intestamentarias y el abandono de familiares. En los procesos de mediación o conciliación el juez o secretario exhortan a las partes a llegar a un arreglo y que el mismo sea sancionado por la autoridad judicial. La mediación familiar es un proceso no adversarial y considerado como una herramienta de paz para la solución de conflictos, busca aligerar la carga emocional que tienen las partes involucradas en el conflicto; ambas partes deben tener voluntad de llegar a un acuerdo para que éste de un resultado efectivo, esto con la finalidad de evitar llegar a un litigio que resulta desgastante tanto económica como emocionalmente.<sup>15</sup>

Las mediaciones en materia familiar deben establecer objetivos específicos y submaterias como son:

- Derechos a los alimentos.
- Derecho de convivencia de los padres y los hijos.
- Derecho de cuidado y crianza de los hijos menores.

<sup>15</sup> GORJON GÓMEZ, F. y STEELE GARZA, J., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, p. 20. SPARVIERI, E., *Principios y Técnicas de mediación*, p. 15.

- La separación de bienes.
- El cuidado de miembros de la familia.
- La filiación
- Los conflictos sucesorios.

La mediación familiar tiende a ser muy complicada y desgastante, no se logra resolver todos los problemas en una sola sesión, por tanto se establecen diversas sesiones, en la primera se logra identificar el problema, se analiza y recopila información, en la segunda fase puede establecerse una negociación, redefinir la postura de cada una de las partes, realizar una búsqueda de opciones para la solución del conflicto, en una tercera fase se puede llegar a un acuerdo y proceder a redactar el convenio.

¿Por qué se mencionaron las fases anteriores? Sencillamente porque en los conflictos de índole familiar interactúan más de una persona; no es de sorprenderse que en cada sesión los protagonistas, dicho de otra manera, las personas implicadas en el conflicto, lleguen con posturas herméticas sobre algunos puntos o en la totalidad de los mismos, dependerá del mediador aplicar estrategias para resolver los mismos. Los grados de polarización pueden ser muy variantes, pero a través de la conversación en un ambiente propicio, relajante y adecuado, llevan a detectar mensajes de comunicaciones interpersonales codificadas en forma no verbal, de ahí que, tanto el lenguaje verbal como el corporal sean indispensables para detectar la postura de cada una de las partes. Se procura una relación cooperativa entre las partes, de no llegar a ésta, no habrá mediador que logre establecer una solución al problema, es muy usual que en las primeras sesiones todo lo que una parte diga la otra la vea como una ofensa, pero esto es parte del proceso de la mediación.

Los medios alternos al tener como fin una resolución pacífica evitan que existan malos entendidos que lleven a diferentes tipos de problemas, al liberar la carga emocional las partes no busquen dañarse en el futuro, el diálogo suele ser una herramienta muy útil, pues el menor requiere la atención y cuidado de sus dos padres con independencia de que ejerzan la guarda y custodia de manera conjunta o separada.

Ciertamente, los medios alternos de solución de conflictos pueden evitar en gran medida la alienación parental, la finalidad de solucionar los conflictos de los cónyuges donde existen menores de por medio es para que los infantes tengan un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, evita generar traumas emocionales, por tanto, el crecer bajo el amparo y responsabilidad de sus padres así como en un ambiente de afecto seguridad moral y material,

implica una certeza positiva en su interés superior lo que contiene un presupuesto necesario o condición inicial mínima, *verbi gratia* la protección de la afectividad del menor, por el hecho de ser mínima no puede ser carente de la misma, estableciendo un nivel de vida adecuado, esto en relación al principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, los Estados partes de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo de sus medios deben adoptar las medidas para ayudar a los padres y personas responsables del niño, luego entonces, los medios alternos cumplen la función de apoyar a una solución pacífica que beneficia también al menor y evita la alienación parental.

La alienación parental debe ser entendida como el resultado de una interacción entre los factores personales, familiares y legales, por tanto, la solución debe contemplar, la intervención judicial y psicosocial en caso de ser necesaria, pero de manera conjunta para poder abordar los problemas psicojurídicos que llegaran a presentarse. Los medios alternativos juegan un papel crucial: abordar con tiempo el problema y sin renuencia de las partes la solución será mucho más rápida y sin la necesidad de arribar a un proceso legal contencioso.

#### V. ¿HACIA DÓNDE SE ENCAMINA LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD?

La acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal impugna el Artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal, el cual se adicionó, mediante decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el día 9 de mayo del 2014, la acción de inconstitucionalidad fue interpuesta en tiempo por disposición del acuerdo general 18/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>16</sup>

La Comisión del Distrito Federal estima violados los siguientes Artículos tanto de la Constitución Federal como de los tratados internacionales relativos a la materia:

- Los Artículos 1º, 4º, 14, 16 y 22 Constitucionales.
- Los Artículos 2º, 8º, 17, 19º, 24, 25 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Este acuerdo publicado el 27 de noviembre en el *Diario Oficial de la Federación* y relativo a la determinación de los días hábiles en inhábiles respeto de los asuntos de su competencia, así como, los días de descanso de su personal. De tal suerte que la fecha para presentación de la demanda vencía hasta el 9 de junio del 2014.

- Los Artículos 2º, 14, 17, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Los Artículos 2º, 3º, 8º, 9º, 12 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Los Artículos 1º, 5º y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Los Artículos 3º, 6º y 7º de la Convención Belém do Para o para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer.

Las acciones de inconstitucionalidad no sólo se pueden promover únicamente por violaciones al catálogo de Derechos Humanos que contempla la Constitución Federal, también por violaciones a Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales, esto conforme al principio de legalidad contenido en los Artículos 14 y 16 constitucionales, lo que permite tener una mayor cantidad de argumentos.<sup>17</sup>

Los conceptos de invalidez que hace valer la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en su demanda de acción de inconstitucional son los siguientes:

1. *La falta de neutralidad de la norma a partir de la generación de efectos discriminatorios indirectos en contra de mujeres.* Manifiesta que existen una discriminación indirecta y su repercusión hacia las mujeres, siendo que la discriminación contra las anteriores deriva de procesos históricos, sociales y culturales, existiendo una resistencia tendiente a desacreditar la existencia de normas o políticas que de manera encubierta o no intencional genere afectaciones particulares y diferenciadas contra las mujeres, la comisión manifiesta que la disposición normativa prevé una violación indirecta. Por tanto, legislar a favor de protección de la familia en sentido tradicional, parte de posicionar a la mujer dentro del núcleo familiar creando una manifestación de sexismo y discriminación, pues coloca a las mujeres en una situación de desigualdad y especial vulnerabilidad en la escena normativa, por lo que dicho Artículo carece de neutralidad y compatibilidad con los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Constitución, ya que el síndrome de alienación parental se centra en la visión estereotipada de las mujeres. Señalando que las teorías de Gardner no cuentan con argumentos científicamente fundados, sólo con datos empíricos de

<sup>17</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Acción de inconstitucionalidad 22/2009.

entrevistas realizadas por el psiquiatra, Gardner una mayor incidencia respecto de mujeres ya que en virtud de su sexo y genética contaban la función primaria del cuidado de sus hijos, mientras que el padre sale del hogar para proveer la manutención familiar.<sup>18</sup>

De tal manera el artículo impugnado establece estereotipos, el primero señalando en su función madre pues dicha función natural obligada a cuidar a sus hijos y por esta relación las mujeres cuentan con mayor tiempo para establecer vínculos más sólidos con los menores y por tanto alienar a los padres, el segundo señala el rol de "la esposa abnegada" pues el síndrome se sustenta en una división sexual del trabajo, así como, las funciones que por naturaleza debe realizar la mujer, asociada a su capacidad reproductiva y su imagen de "madresposa", tales percepciones y su aplicación establece a las mujeres como abnegadas. Al construir la norma no se evitó la generación de impactos discriminatorios en perjuicio de las mujeres, el artículo impugnado genera un perjuicio creando estereotipos de género, creando un efecto desproporcionado y discriminatorio contra las mujeres, además expone una probable pérdida de la guarda y custodia, así como de la patria potestad de los menores en perjuicio del cónyuge alienador, la aplicación de la norma trae aparejado un riesgo fundado de que los testimonios de los menores se encuentran viciados por del progenitor alienador. El estereotipo de "madre maliciosa" coloca a las mujeres como personas que perjudican no sólo a sus parejas, sino que utilizan a sus hijos para obtener sus propias finalidades, de que la legislación civil del Distrito Federal lejos de equilibrar la relación entre hombres y mujeres, mantiene relaciones de sometimiento de las mujeres a los hombres. No perdiendo de vista que el término de violencia familiar establece la palabra "integrante de la familia" y por integrante de familia no sólo se entiende a los progenitores sino a cualquiera de los parientes, el INEGI señala que el 52% de las mujeres en el Distrito Federal señalaron haber sido víctimas de violencia, emocional, física o sexual, fuera por su actual o último esposo o pareja, tales datos se relacionan con el 72.7% de los divorcios registrados en el Distrito Federal. Si bien la idea de incluir esta disposición en la norma no era con la finalidad de discriminar a la mujer, lo que buscaba era preservar la institución familiar y no perjudicar el interés superior del menor.

<sup>18</sup> Disponible en: [http://www.soniavaccaro.com/images\\_sonia%20vaccaro/analisis\\_sap\\_\(pas\)AEN%201.pdf](http://www.soniavaccaro.com/images_sonia%20vaccaro/analisis_sap_(pas)AEN%201.pdf)

2. *Incorporación normativa de conceptos incompatibles con los Derechos Humanos: control de convencionalidad e interés superior de niñas y niños.* El síndrome de alienación parental de Richard Gardner manifiesta que es ejercida por mujeres en el 90% de los casos y su incompreensión de la sexualidad masculina puede influir las relaciones, no obstante la Organización Mundial de la Salud, la Asociación Americana de Psicología y la Asociación Americana Médica, rechazan el supuesto síndrome de alienación parental por su falta de fundamentación médica y clínica, así como por basarse solamente en cuestiones empíricas.<sup>19</sup>

La alienación parental implica considerar que el menor de tiene una consciencia transformada en que la opinión y pensamiento se encuentran manipulados, la objetividad del niño alienado carece de validez y veracidad. Lo que presupone que el progenitor podrá intervenir en la estructura mental de los menores, es obligación de las autoridades del Estado realizar la convencionalidad derivada de la adopción de medidas de protección y seguridad mediante el principio de proporcionalidad, sobre todo en aquellos casos en los cuales existan dudas sobre la posible afectación a los derechos.

3. *Afectaciones particulares a los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes derivados de la aplicación de la norma que se impugna.* El interés superior del niño consiste además en ser oído en el marco del proceso judicial, conforme a los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente, así como en la jurisprudencia nacional e interamericana, toda vez que no se toma en cuenta el testimonio del menor alienado por considerarlo viciado negándole la oportunidad de expresar lo que sucede realmente dentro de la relación familiar. El interés superior del niño forma parte de la normativa, como principio procesal aplicando salvaguardias adaptadas a sus necesidades para garantizar la observancia general, dichas consideraciones deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos en los que se resuelve acerca de los niños y las personas bajo en cuya potestad o tutela en que se encuentra.<sup>20</sup>

De tal manera, existe una incompatibilidad con la constitución, al no ser escuchados y no participar en cuestiones relativas a su guarda y custodia, coloca al menor como víctima frente a un posible riesgo a sus Derechos Humanos, la norma impugnada legitima a los operadores

de justicia para desestimar de origen cualquier declaración realizada por un menor alienado aún cuando se alegue situaciones de violencia o abuso sexual. Existiendo un planteamiento de una victimización secundaria contra los menores pues dicho Artículo atenta contra el interés superior de la infancia ya que les niega la condición de declarar y convertirse en auténticos sujetos de derechos y poniendo en posible riesgo sus derechos así como su integridad física y psicológica, debido a sus características específicas por las situaciones en las que se encuentran; los menores se transforman en grupo de especial vulnerabilidad y por tanto debe adoptarse medidas necesarias para su desarrollo físico, emocional psicológico y social.<sup>21</sup>

4. *Desproporcionalidad de la medida y falta de certeza en la determinación de sus consecuencias.* La duda razonable respecto de la determinación de alienación parental, la norma se torna inconstitucional en la medida en que no asegura la obligación y la posibilidad de que los jueces tomen en consideración la existencia de otros motivos, razones, contextos y pruebas para la determinación de los Derechos de los Niños, el régimen de visitas, guardia y custodia de los progenitores respecto de ellos.

5. *La regresividad en el goce y ejercicio de derechos en torno a la incorporación del síndrome de alienación parental en la legislación del Distrito Federal.* Anteriormente mediante el Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 2 de febrero de 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal consideró necesaria la eliminación del término alienación parental del Artículo 411 de la legislación de Distrito Federal. Por tanto se trata de un retroceso frente al nivel de protección constitucional, respecto a los Derechos Humanos prima el principio de progresividad, de ahí la obligación del Estado de no retroceder en los avances obtenidos.

6. *Las disposiciones contenidas en el segundo y tercer párrafo del Artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal, vulneran los principios de legalidad, seguridad jurídica y resolución conforme a la letra de la ley en el ámbito civil, establecidos en el Artículo 1º, párrafo primero; 14, párrafos segundo y cuarto; y párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Se toma en cuenta el principio de seguridad jurídica desde un punto de vista

<sup>19</sup> [http://www.vawnet.org/Assoc\\_Files\\_VAWnet/AR\\_PASUpdate.pdf](http://www.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_PASUpdate.pdf)

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos *Átala Riffo y Niñas vs Chile*.

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos *Instituto de Reeduación del Menor vs Paraguay*.

positivista, se traduce en la importancia de la ley como un vehículo generador de certeza, en un punto de vista negativo este principio debe entenderse como el papel que tiene la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado. En el ámbito constitucional el principio de protección de confianza legítima encuentra sustento en la **garantía de seguridad jurídica** prevista en los Artículos 14 y 16 de la Constitución. Por su parte, la **Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado que en dicha garantía descansa el sistema jurídico mexicano.**

7. *El contenido de los párrafos segundo y tercero, del Artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, vulnera el principio de interés superior de las y los niños, así como los Derechos de estos a vivir en familia, mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, el disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, a la igualdad reconocidos en los Artículos 1º primer párrafo, 4º párrafos primero, cuarto y octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, 2, 3.1, 3.2, 9.1, 9.3, 18.2, 19, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño.* El principio de interés superior del niño, se sustenta en la necesidad de propiciar el óptimo desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades físicas, mentales, morales, espirituales y sociales, a promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que las instancias legislativas deben atender es justamente el interés superior del niño como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos sus derechos. En la jurisprudencia establece como principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica, por lo que se solicita la realización de una interpretación sistemática tomando en cuenta los deberes de protección de los menores previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. El interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida legislativa.
8. *La violación a los principios de legalidad, seguridad jurídica y derecho al debido proceso, consagrados en los Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,*

*a la prohibición de imponer penas trascendentales, establecida en el Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez competente para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil.

9. *La violación de las formalidades esenciales del procedimiento, consagradas en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como, en el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la falta de posibilidad de contradicción en cuanto a la determinación de la persona a cuyo cuidado quedará el niño.* Conforme a lo expuesto en el concepto de invalidez que antecede, el derecho a ser oído, consagrado en el Artículo 14 constitucional tiene diversos componentes, se observan las formalidades esenciales del procedimiento. Además se precisó que entre éstas, se encuentra la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas. El Artículo impugnado de la legislación civil prevé: que el Departamento de Psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor alienado. Implicando que el legislador local emitió una norma jurídica que menoscaba el derecho de las partes a ser oídas para la determinación de sus derechos en el ámbito civil, pues la decisión sobre quién estará a cargo del cuidado del menor alienado, le corresponde a la unidad previamente mencionada.
10. *La violación del cuarto párrafo del artículo 323 Septimus, del Código Civil del Distrito Federal, viola el derecho de las personas a que un juez competente determine sus obligaciones de naturaleza civil, reconocida en los Artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Según la exposición contenida en el concepto de invalidez el derecho a ser oído y vencido en juicio ante tribunales establecidos con anterioridad, consagrado en el Artículo 14 constitucional tiene diversos componentes. Se advierte que el estándar mínimo en la materia, da la determinación de derechos y obligaciones dictadas por autoridades jurisdiccionales, lo que en el caso analizado no acontece, en tanto que delega dicha facultad al "Departamento de Psicología" del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En efecto, aunque el Departamento de Psicología está integrado en la estructura orgá-

nica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es claro que no es un órgano jurisdiccional; también el departamento referido no es un órgano independiente que resuelva una contienda diciendo el derecho, no puede ser considerado como órgano jurisdiccional, al otorgarle el legislador local una facultad ajena a su naturaleza administrativa, vulnera el derecho al debido proceso previsto en el Artículo 14 constitucional y 8.1 de la Convención Americana, estableciendo aquella resolución que tenga por objeto la determinación, restricción o suspensión de derechos debe ser emitida por juez o tribunal competente. Se advierte que el establecimiento de un trato diferenciado para los menores víctimas de alienación parental diferente al de otros supuestos de violencia, ya que conforme a lo previsto en los Artículos 282, inciso A, fracción I, de la ley sustantiva civil y 941 de la ley adjetiva para el Distrito Federal, el Juez de lo Familiar decreta las medidas precautorias conducentes. Dar la facultad al Departamento de Psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, implica el privar al Juez o Tribunal competente de valorar las pruebas que obren en el expediente, para resolver los derechos y obligaciones de las partes.

Apreciando los conceptos de violación marcados por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, se destaca como ejes rectores: la discriminación, el debido proceso y la falta de vigilancia al interés superior del menor. Señalando que el Artículo 4o. constitucional prevé el derecho a la igualdad, así como el medio ambiente sano para el adecuado desarrollo y bienestar. No es concebible pensar que la reforma tiende a realizar una discriminación contra las mujeres, porque caería en la concepción de que las mujeres son siempre las que van a mantener la guarda y custodia del menor, es decir, se generaliza los casos.

El interés superior del menor en palabras de la Prima Sala de la Suprema Corte determina la existen de tres zonas: la primera de certeza positiva, la cual tiene una condición inicial mínima, la zona negativa; la cual establece concepto indeterminado; y la zona intermedia, la cual es ambigua e incierta, donde cabe la toma de varias decisiones y en la que se utiliza juicios de valor para precisar los hechos y las circunstancias que los envuelven por lo que su interés no es siempre el mismo.

Resulta sumamente complejo afirmar que exista una discriminación hacia las mujeres primero porque no existe una generalización; segundo, se partiría del axioma de que las mujeres son quienes van hacer la alienación por

mantener la guarda y custodia; y tercero si el menor sufre de alienación difícilmente tenderá un punto de vista objetivo y buscará beneficiar al progenitor alienador estableciendo los roles mencionados con anterioridad.

## VI. CONCLUSIONES

Puede concluirse que el Síndrome de Alienación Parental se transforma en un problema que sucede frecuentemente. Dependerá de la Suprema Corte declarar inválido lo estipulado en la legislación civil del Distrito Federal. El Artículo 2.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece la protección a través de mediadas ejercidas por los Estados partes para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, actividades, opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Con la finalidad de evitar el S.A.P. generado en la mayoría de los casos por los progenitores, siendo que los problemas conyugales no deben involucrar a los vástagos, ya que en todo momento el menor tiene derecho a convivir con sus dos padres, sea que estos estén viviendo juntos o separados. Ciertamente que la mayoría de los conflictos familiares no tienen un fin, se vuelven situaciones donde las personas pueden utilizar cualquier método para obtener una venganza contra su contraparte.

A pesar de lo que resuelva la Corte debe apostar más a los medios alternativos de solución de controversia, es preferible llegar a un buen acuerdo en lugar de establecer un nuevo litigio el cual será muy desgastante.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN, M. J., *Igualdad, diferencias y discriminación*, México, Fontamara, 2010.
- BOLAÑOS, I., BELLIDO, C., GARCÍA, C. y MARTIN, M., *El proceso psicojurídico de la separación y divorcio*, Valencia, Colegio oficial de psicólogos, 1990.
- BOLAÑOS, I., *Hijos alienados y padres alienados, mediación familiar en rupturas de conflictos*, Madrid, Resus, 2008.
- GIDDENS, A., *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- GORJON GÓMEZ, F. y STEELE GARZA J., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2008.
- HODGES, W. F., *Intervention for children of divorce*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1986.
- SMITH, A. y GOLLOP, M., "What children think separating parents should know". *New Zealand Journal of Psychology*, Number 30, 2001.
- SPARVIERI, E., *Principios y Técnicas de mediación, un método de resolución de conflictos*, Argentina, Biblos, 1995.
- STOLZ, J. y Ney T., "Resistance to visitation Rethinking parental and child alienation", *Family court review* 40, 2002.
- WALLERSTEIN, J. y KELLY, J., *Surviving the breakup: How children and parents cope with divorce*, Nueva York, Basic Books Inc., Publishers, 1985.

## Legislación

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Acuerdo general 18/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en la asamblea general resolución 1386 (XIV) 20 de noviembre de 1959.

- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/34/180 durante su XXXIV periodo de sesiones, New York, 18 diciembre de 1979.

## Jurisprudencia

- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 22/2009.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 583/2013.
- Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, amparo directo 309/2010.
- Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, amparo en revisión 101/2010.
- Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, amparo directo 836/2012.
- Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párr. 138, 147.
- Corte IDH. Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Acción de inconstitucionalidad presentada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recuperado de: [http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/accion\\_inconstitucional.pdf](http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/accion_inconstitucional.pdf)

*Estadísticas*

INEGI, *Estadísticas de Nupcial*, Fecha de actualización febrero 11 de 2014, Recuperado de <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo85&s=est&c=23564>

Asociación Española de Neuropsiquiatría, *Análisis sobre las bases científicas del síndrome de alienación parental*, Recuperado de [http://www.soniavaccaro.com/images\\_sonia%20vaccaro/analisis\\_sap\\_\(pas\)AEN%201.pdf](http://www.soniavaccaro.com/images_sonia%20vaccaro/analisis_sap_(pas)AEN%201.pdf)

MEIER., J. S., *Parental alienation Syndrome and Parental Alienation: A Reserch Review*, National online resource center on violence against women, 2013, Recuperado de: [http://www.vawnet.org/Assoc\\_Files\\_VAWnet/AR\\_PASUpdate.pdf](http://www.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_PASUpdate.pdf)

## EL ABORTO Y SU “DESPENALIZACIÓN”

RESQUEBRAJAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DEFEÑO MAYORITEANTE E IGNORANTE DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA E INDUCIENTE DE UNA SEUDO JUSTIFICACIÓN POSITIVO-SOCIOLOGISTA EVADIENTE DE LA RESPONSABILIDAD GUBERNATIVA DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO PERVERSO DE SUS FINES TEMPORALES DE BIEN COMÚN OBLIGACIONALES EN MATERIA DE EDUCACIÓN, SALUD Y SEGURIDAD

Carlos MÜGGENBURG

### PRIMERA PARTE ETAPA LEGISLATIVA

*Una década y media después de que la Corte dictara su resolución en el caso Roe vs. Wade, McCorvey explicó apenada que, después de todo, no había sido violada, había inventado toda la historia para ocultar el hecho de que se había “metido en problemas” de la manera usual... ¿Cómo pudo la heroína del caso más importante sobre el derecho al aborto haber engañado a los defensores de ese derecho?<sup>1</sup>*

SUMARIO: *Introducción. I Seudoargumentación Asambleística Defeña. A. Iniciativa Robles Berlanga. Agosto 2000. 1. Democracia Revolucionaria. a) Atemorizado Apresuramiento Coincidente con el Cambio de Gobierno. Impositivo Esbozo Gradualista. b) Repudio a las formas Democráticas Puras. Plebiscito y Referéndum. c) Falseamientos Estadísticos Titubeantes y Desgobierno. d) Argumentaciones Inconcluyentes Falásicas. B. Iniciativas Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh. Abril 2007. Antecedentes. 1. Libertismo Seudosocializador Rampante. a) Derecho Excluyente de la Mujer. i) Método Contracepcionista. ii) Partícula Corpórea. iii) Subordinación de la vida a la voluntad distensa. 2. La Doceava Semana. Transaccionismo Seudoconservador. a) El Embrión como “Animal No Humano”. i) Ausencia de Autonomía ii) Ausencia de Comunicación. C. Conclusión Preliminar Parcial.*

<sup>1</sup> TRIBE, Laurence H., *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica, INACIPE, 2012, Dubravka Suznjevic (Trad.), 1a. edición en español, p. 109.

## INTRODUCCIÓN

Habían tenido que transcurrir poco más de tres décadas desde que el sistema legal de los Estados Unidos iniciara un vuelco de 180 grados y poco más de dos desde que el europeo iniciara un giro, aunque con un sentido menos deshumanizante, con respecto al aborto; para que la entonces pasional vorágine perrediana abortada, esa sí, del priismo, finalmente irrumpiera en el tema, en el que el priismo conciliatoriamente lo había hecho desde hacía al menos cerca de 70 años, tanto internamente como con respecto de factores reales de poder, tales como la Iglesia Católica y organizaciones afines, así como una gran parte de la sociedad mexicana.<sup>2</sup>

El Partido de la Revolución Democrática de manera incipiente arrancaba su quinceañera presentación en sociedad, mostrando sus atrayentes y aparentes encantos adolescentes y su sugestiva identidad populista, que aún más a la fecha, resulta ser demoledora de los principios éticos de gran parte de la sociedad mexicana, a cambio de ingenuos votos. Junto con sus aliados circunstanciales o “compañeros de viaje”, propondría con ignorancia deliberada de la técnica legislativa, la desmoralización<sup>3</sup> gradualista y utilitaria de la sociedad mexicana defeña.

Unos cuantos años después, sería además el “orquestador oculto” de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, y directamente de la reforma al Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que desnaturalizó el matrimonio heterosexual.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> “Artículo 329. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Artículo 330.- Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, en cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral, se le impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Artículo 331.- Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Artículo 332.- Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I.- Que no tenga mala fama; II.- Que haya logrado ocultar su embarazo; y III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima. Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicará de uno a cinco años de prisión”. *Diario Oficial*, viernes 14 y lunes 31 de agosto de 1931, Secretaría de Gobernación, pp. 70-71, y 5 respectivamente.

<sup>3</sup> Tal desmoralización se ha dado inclusive en el sentido liberal dworkiniano que pregona que mientras la ética tiene que ver con aspiraciones para vivir bien la propia vida, la moral se refiere a como la gente debe tratar a los demás. “An ethical judgment makes a claim about what people should do to live their lives: what they should aim to be and achieve in their lives. A moral judgment makes a claim about how people must treat other people”, DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Londres, Harvard University Press, 2011, p. 25.

<sup>4</sup> Müggenburg, Carlos, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, No. 30 (2007), 31 (2008) y 36 (2012), pp. 671-ss., 497-ss. y 371-ss., respectivamente.

## I. SEUDOARGUMENTACIÓN ASAMBLEÍSTICA DEFEÑA

Antes de la presentación ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, de la iniciativa Robles Berlanga de reformas a los Artículos 332, 333 y 334 del Capítulo Sexto Título Décimo Noveno denominado Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, publicada el 24 de agosto de 2000, en la Gaceta del Distrito Federal; dichos artículos, que habían estado en vigor desde el 17 de diciembre de 1931 en el entonces Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para Toda la República en Materia de Fuero Federal, sancionaban con pena de prisión de seis meses a un año, a la madre que voluntariamente procuraba un aborto o consentía en que otro se lo practicara. Ello si no tenía mala fama, hubiera ocultado su embarazo y fuera fruto de una unión ilegítima. Faltando alguna de dichas circunstancias, la sanción se incrementaba de uno a cinco años.

Existía entonces auténtica despenalización desde el punto de vista técnico, cuyo análisis dejamos para la Segunda Parte de este artículo, en los casos en que el aborto fuera imprudencial o resultado de violación. En el mismo contexto, tampoco se aplicaba sanción cuando, de no provocarse el aborto, la mujer corría peligro de muerte a juicio del médico tratante, quien, de ser posible, debería oír el dictamen de otro médico si no generare peligro la demora.<sup>5</sup>

La iniciativa Robles Berlanga trajo como novedad para el Código Penal del Distrito Federal que no se aplicara sanción, ya no sólo en caso de peligro de muerte de la madre, sino cuando hubiera peligro de afectación grave a su salud; también previó la insanción si el aborto no era consumado o por la presencia de alteraciones genéticas congénitas que puedan generar daños físicos o mentales graves en el producto, a juicio de dos médicos especialistas, si hubiera consentimiento de la mujer embarazada.<sup>6</sup>

Mientras que, por una parte, al texto propuesto por Robles Berlanga se le agregó, por la mayoría de los assembleístas, como insancionable la inseminación artificial no consentida, por otra, se limitó dicha insancionabilidad en el

<sup>5</sup> Artículo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334. “No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”. *Diario Oficial de la Federación*, viernes 14 y lunes 31 de agosto de 1931, Secretaría de Gobernación, pp. 70-71, y 5 respectivamente.

<sup>6</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de agosto de 2000, p. 14.

caso de alteraciones genéticas o congénitas del producto, a sólo aquéllas que pudieran poner en peligro la sobrevivencia del mismo.<sup>7</sup>

Por cuanto al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, con motivo de la reforma Robles Berlanga, se adicionó el Artículo 131 *bis*, a lo cual, la mayoría asambleísta incorporó la inseminación artificial no consentida y, derivado de las presiones opositoras, la obligación “de las instituciones de salud pública del Distrito Federal” de proporcionar información sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias, apoyos y alternativas para la toma de una decisión libre, informada y responsable de “la mujer embarazada”.<sup>8</sup>

Como se puede apreciar, con la común ignorancia de técnica jurídica o deliberada intención perrediana, por una parte no se incluyó a un sujeto, persona física, obligado a proporcionar la información, sino “a las instituciones de salud pública”, como en tantos otros casos, diluyendo la responsabilidad gubernamental. Tampoco se estableció cómo se haría constar que esas entidades de gobierno habrían efectivamente proporcionado la información. Y, por último, en forma por demás inhumana, abandonan a la mujer a su suerte en una condición tan difícil, quizá la más importante en su vida, frente a un conflicto de interés personal al que inclusive la inducen, para que sea ella, la mujer, y sola ella, la que tome la decisión de manera inmediata y sin retraso.

<sup>7</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 24 de agosto de 2000, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, p. 1.

<sup>8</sup> Artículo 131 Bis.- El Ministerio Público autorizará en un término de veinticuatro horas la interrupción del embarazo de acuerdo con lo previsto en el Artículo 334, fracción I del Código Penal cuando concurren los siguientes requisitos: I.-Que exista denuncia por el delito de violación o inseminación artificial no consentida; II.-Que la víctima declare la existencia del embarazo, III.-Que se compruebe la existencia del embarazo en cualquier institución del sistema público o privado de salud; IV.-Que existan elementos que permitan al Ministerio Público suponer que el embarazo es producto de violación; y V.-Que exista solicitud de la mujer embarazada. Las instituciones de salud pública del Distrito Federal deberán, a petición de la interesada, practicar el examen que compruebe la existencia del embarazo, así como su interrupción. En todos los casos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer información imparcial, objetiva, veraz y suficiente sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes; (*sic*) para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Esta información deberá ser proporcionada de manera inmediata y no deberá tener como objeto, inducir o retrasar la decisión de la mujer. De igual manera, en el periodo posterior ofrecerán la orientación y apoyos para propiciar su rehabilitación personal y familiar para evitar abortos subsecuentes. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 24 de agosto de 2000, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, p. 1.

### A. Iniciativa Robles Berlanga. Agosto 2000

La entonces Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Rosario Robles Berlanga, solicitó, con fecha 10 de agosto de 2000, a la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a poco más de un mes de haber sucedido las elecciones sexenales de nuevo Jefe de Gobierno, Presidente de la República, asambleístas del D.F., legisladores federales, etc., convocara a un periodo extraordinario de sesiones, el segundo en su tercer año de ejercicio. Pareciera que no se quiso que los nuevos diputados asambleístas y Jefe de Gobierno recién electos y muy próximos a tomar posesión de sus cargos, pudieran haber tenido la oportunidad de debatir siquiera sobre los asuntos propuestos. ¿Era acaso el legado de la Jefe de Gobierno que concluía su mandato? ¿Tenía un pacto con el Jefe de Gobierno recién electo que no quería hacer suya esa reforma, pero no se atrevía a contradecirla? o ¿Tenía que evitar que la nueva composición partidaria de la Asamblea pudiera rechazar su “abortivo proyecto democratizador”?

Los asuntos para los que se convocó se reducían, de hecho, a dos de carácter administrativo y cinco de corte legislativo. La modificación de los Programas Parciales de Desarrollo de dos Delegaciones y del Centro Histórico, propuestas de nombramiento de magistrados del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ambos del Distrito Federal, para el último de los cuales, se mencionó, se contaba con “un plazo”, y reformas a leyes en materia de vivienda, que también se dijo debían atenderse “con prontitud”, y a la de notariado y de la Procuraduría Ambiental. Con respecto “a las reformas al Código Penal y de Procedimientos”, se dijo, “resulta necesario atender los planteamientos sociales que se han presentado”.<sup>9</sup>

### 1. Democracia Revolucionaria

#### a) Atemorizado Apresuramiento Coincidente con el Cambio de Gobierno. Impositivo Esbozo Gradualista

A un escaso mes de que se declara, instalada la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para la entrega de constancias de mayoría, no solo del nuevo Jefe de Gobierno, sino también de la propia Asamblea, que igualaba las fuerzas resultantes de las alianzas del PAN, entonces con el PVEM, con 21 de

<sup>9</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, agosto 18 de 2000, pp. 6-7.

mayoría relativa y 4 de mayoría proporcional, y del PRD con sus 5 partidos aliados (Partido del Trabajo, Convergencia por la Democracia Partido Político Nacional, Partido de Centro Democrático, Partido Sociedad Nacionalista y Partido Alianza Nacional), con el mismo número total de 25 diputados; los restantes 16 fueron diputados de mayoría proporcional del PRI,<sup>10</sup> la Jefe de Gobierno, Rosario Robles Berlanga, envió a la Comisión de Gobierno de la misma, "solicitud para convocar a un periodo de sesiones extraordinarias".<sup>11</sup>

Solo una semana después, dicha Comisión ya había convocado y abierto la sesión extraordinaria de la Asamblea Legislativa con asistencia de 47 diputados. El punto 4 de los 12 del Orden del Día incluyó la "Discusión y en su caso aprobación del dictamen que presenta la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, con proyecto de decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal".<sup>12</sup>

Dada la urgencia de evitar el desechamiento del proyecto abortista perrediano, aunque fuera en violación al Artículo 76 del Reglamento Interior de la Asamblea, la diputada María de los Angeles Correa de Lucio, Presidente de la Asamblea, pretendió que por tratarse de "un periodo extraordinario... la presidencia [sea] quien instale... la Mesa Directiva" y que no hubiera elección de la misma. Pero, el diputado panista Fernando Pérez Noriega, le recuerda a la Presidenta que, primero se tiene que elegir a "la Mesa Directiva quien es la que va a hacer el Orden del Día". No obstante haberse dado lectura al Artículo 76 mencionado ("El Presidente deberá reunirse antes de cada sesión con los integrantes de la Mesa Directiva y con la Comisión de Gobierno para complementar, en su caso, el Orden del Día y para ordenar el desahogo de los asuntos en el curso de la sesión"), a petición del propio diputado Pérez Noriega, la Presidenta le responde "que los asuntos que se tratan en el periodo extraordinario ya se encuentran preestablecidos, por lo que [autoritariamente dictamina] no procede su moción". No obstante, con su característico estilo, ya desde entonces plagado de artimañas, el diputado Martí Batres Guadarrama sorprende una vez más, apoyando la elección de la mesa Directiva "solamente con el objetivo de que no exista nada que constituya un pretexto para provocar algún desorden innecesario". Curiosamente (como dijera desde su curul el diputado Pérez Noriega: "[I]e dio línea su coordina-

<sup>10</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Primer Periodo Ordinario de sesiones del Primer Año de Ejercicio, del 14 de septiembre de 2000, p. 90.

<sup>11</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Segundo Periodo Extraordinario de sesiones del Tercer Año de Ejercicio, del 18 de agosto de 2000, p. 8.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 3.

dor... Sabemos la prisa que traen ustedes para legislar pero por lo menos cuiden la forma"), la Presidente acepta la moción, que no de la oposición, sino de su correligionario. El diputado José Manuel Minjares Jiménez refuerza la moción de orden solicitada por su colega Pérez Noriega, y pide se dé lectura al Artículo 106 del propio Reglamento, a lo que accede, ya instruida por su perrediano colega, la Presidente; el cual prevé que "[e]n cualquier estado del debate, un diputado podrá pedir la observancia del reglamento, formulando una moción de orden", con el ánimo, seguramente de tratar de impedir que en el vértigo del apresuramiento los perredianos cometieran otras irregularidades. Curiosamente, una planilla integrada por "puros" diputados del Partido de la Revolución Democrática queda electa por mayoría de 37 votos.<sup>13</sup>

El trastrabilleo perrediano, que empezó desde temprano con un guión autoritario seguido, casi de memoria, continúa con la nueva Presidente. El diputado Minjares Jiménez pregunta a la nueva Presidente "electa", Elba Martha García Rocha: "¿Cuáles [dictámenes] tiene usted en su poder? ... yo nada más tengo el de Notariado". La Presidente responde que apenas "están siendo fotocopiados y repartidos". Insiste el diputado Minjares "¿no hay dictámenes? ... ¿Cómo me puedo yo preparar para el debate de los puntos 9, 10, 11 ... por qué no pasa una copia a todos y no nada más a los miembros del Partido de la Revolución?" El diputado perrediano Martí Batres, con su peculiar estilo democrático revolucionario, desvía el tema jurídico y califica entonces a "[a]lgunos diputados que no pueden contener su misoginia [con] peculiar vocación para hostigar a las presidentas de las Mesas Directivas". La Presidente se "engalla" ante el discurso del perrediano diputado Batres y dice "no voy a dar ya la palabra" y pide se dé lectura, para votación, al oficio de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa, "coincidentemente" presidida por el propio diputado Martí Batres Guadarrama. Entonces el diputado Arne Sidney Ausdenruthen Haag pide se dé lectura nuevamente al Artículo 106 y hace un llamado al diputado Batres a "guardar respeto... y que los dictámenes aún no han sido distribuidos", además pide a la Presidente "escuchar primero para después... tomar alguna decisión". El diputado Minjares vuelve a tomar la palabra y con franqueza les replica a los perredianos "entendiendo también la prisa que tienen algunos diputados para disfrutar el último mes que tienen de gobierno... porque ya se les va acabar y viene una nueva mayoría... por elemental sentido lógico, jurídico y sanas prácticas parlamentarias que pocas veces se han visto en este recinto... si no podemos tener en este momento los dictámenes a discutir... se retiren del Orden del

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 3-7.

Día y podemos venir mañana". Ante el descontrol, la Presidente se ve en la necesidad de hacer un llamado al público asistente para que se comporte y ordena se continúe con la lectura del oficio de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa, que solicita "se conceda la dispensa al término a que se refiere el Artículo 38 fracción VI de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa". Así como la diputada Correa de Lucio lo había hecho hacía unos minutos, tratando de imponer la Mesa Directiva sin elección, repite el guión "pasamos a la votación e inmediatamente le doy la palabra... [n]o podemos dar la palabra cuando estamos en votación", y "circunstancialmente" dispensa el trámite del mencionado Artículo 38 fracción VI.<sup>14</sup>

Buscando recuperar el "tiempo perdido" a causa de la oposición, que insiste en respetar la legalidad, la Presidente propone abruptamente a la Asamblea, y esta última por votación económica aprueba, que se dispense la lectura del dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia. El diputado Pérez Noriega vuelve a pedir la palabra, la Presidente se la niega arguyendo que "[n]o podemos dar la palabra cuando estamos en votación...". El diputado Pérez Noriega reitera que conforme al Artículo 106 mencionado "...en cualquier momento se puede hacer y presentarse una moción de orden... olvidó ... ponerla a discusión la propuesta y argumentar a favor y en contra ... las propuestas no se votan nada más porque quiere la presidencia... no argumentaron cuál era la urgencia, cuál era la gran necesidad de que como dice el público, hoy se tuviera que dictaminar y no dentro del parámetro normal de las 72 horas que establece nuestro reglamento". El Partido que se ostenta como democrático, pero que en realidad es dictatorialmente revolucionario, responde en voz de la Presidente, "[n]o le digo "que pena" pero ya se votó", y hace un "llamado respetuoso a los compañeros de Acción Nacional para que... permitan continuar con el desarrollo de la sesión... su derecho siempre está salvaguardado". La Presidente hace un nuevo llamado al orden a la galería bajo amenaza de desalojo y da finalmente la palabra a la diputada Irma Islas León, quien solicita una moción suspensiva de la discusión con fundamento en los Artículos 107 IV y 108 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea. Además explica que "nunca se ha dado un periodo extraordinario cuando se está a unos días de que concluya la Legislatura; más aún cuando la Presidenta del Comité de Administración de esta Asamblea... solicitó la entrega de oficinas y mobiliarios a más tardar el 15 de este mes, y cinco días antes del vencimiento de dicho plazo se emite una convocatoria para este periodo. Nunca debe imponerse la opinión unilateral

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 8-11.

de un pequeño grupo a la sociedad... cualquier iniciativa de esta materia debe estar precedida por un trabajo amplio, serio y objetivo libre de intereses partidarios de grupos". Hace ver, la diputada Islas León, varias de las deficiencias técnicas de la iniciativa Robles Berlanga. El Diputado Minjares Jiménez pide que se dé la palabra a oradores a favor, entonces la Presidente, con razón o sin ella, pero con evidente intención de abreviar el proceso, responde al diputado "si no hay oradores en contra no puede haber oradores a favor" e inmediatamente ordena que "[c]onsulte ... la secretaria en votación económica a la Asamblea si es de aceptarse o desecharse la propuesta de moción suspensiva". Desecha inclusive que se dé la palabra a su correligionario, el diputado Francisco Javier Serna Alvarado, que quería razonar su voto, y con el característico autoritarismo e inusitada celeridad de evidente ilogicidad técnica, le espeta: "[a]quí no hay para razonar su voto señor, es un procedimiento especial marcado (*sic*)". Reiterando la ilogicidad notada, le dice al diputado Minjares Jiménez, contradictoriamente a lo argumentado al diputado Serna Alvarado, "que en su momento oportuno se preguntó y nadie se registró, así que vamos a darle continuidad". La secretaria consulta a la Asamblea, pidiendo se pongan de pie, primero, los que están a favor de que se acepte la moción suspensiva y, luego, los que están porque se deseche. Y reporta a la Presidente: "[d]esechada la propuesta señora Presidenta". Con la misma ligereza agilizante, la Presidente desecha la petición de votación nominal de la diputada Irma Islas León, ahora por no haberse "recibido por escrito" y una vez más la desecha también por extemporánea "toda vez que ya se realizó la votación".<sup>15</sup>

Fue evidente el descaro antidemocrático, aunque quizá revolucionario, con el que el Partido de la Revolución Democrática burló recurrentemente el procedimiento legislativo; con el fin de dar paso y lograr, como fuera, la aprobación de la iniciativa Robles Berlanga, en una sola sesión extraordinaria de la Legislatura ya saliente y sin la más elemental pulcritud pública de la iniciativa. Además, sin dar oportunidad a que los diputados hubieran podido al menos estudiarla, de manera igualmente ligera, se pasa al análisis de fondo de un tema tan sensible y humano tanto en sí mismo como para la sociedad.

Tal descaro y ausencia del más elemental decoro, simplemente en el procedimiento legal de aprobación de una iniciativa tan relevante, fueron hasta ese momento indicios claros y reveladores del objetivo perseguido por el Partido de la Revolución Democrática, por cuanto al aborto se refiere. Por

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 15-20.

lo pronto, no estaban dispuestos a respetar los tiempos democráticos. Este partido, que si bien había alcanzado el poder en un proceso presumiblemente democrático, ya una vez con el poder político en la mano, habría de seguir los métodos impositivos aprendidos de su abortante partido político tan solo una vez que dejó de ser parte suya. No era la primera vez en la historia, ni será la última, en que los que se valen del alegato democrático para alcanzar el poder, una vez sentados en él, se olvidan de ejercerlo con el mismo ahínco con el que reclamaron a los que entonces lo ejercían.

#### b) Repudio a las formas Democráticas Puras. Plebiscito y Referéndum

La segunda afrenta del “democrático” Partido de la Revolución Democrática al proceso democrático legislativo, con motivo de la iniciativa Robles Berlanga, se dio con el desprecio a la utilización de los Instrumentos de Participación Ciudadana previstos en la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal. Seguramente por temor a recibir un porcentaje popular de rechazo de, al menos, el 50% de la ciudadanía, escamoteó las formas puras democráticas, como lo son el plebiscito y el referéndum. Los Artículos 13 y 14, relativos al plebiscito, permiten, al del Jefe de Gobierno, consultar a los electores lo que sea “trascendente para la vida pública del Distrito Federal”. También, el “1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral” puede solicitar al Jefe de Gobierno que convoque a plebiscito.<sup>16</sup>

No obstante que la iniciativa Robles Berlanga evitó, muy probablemente con toda intención, utilizar las palabras “trascendente para la vida pública del Distrito Federal”, la vehemencia con la que se refiere a la necesidad de ampliar la llamada “despenalización” del aborto le da ese carácter. Contradictoriamente, la Jefe de Gobierno la consideró insuficiente para consultar a la población; fuera porque, con actitud auténticamente antidemocrática, considerara a ésta incapaz de discernir sobre el tema o, por el contrario, temiera que sus principios morales pudieran prevalecer sobre las razones populistas y pragmáticas del partido en el gobierno. Efectivamente, el Tercero de los Considerandos de la iniciativa se refiere al aborto “como la cuarta causa de

<sup>16</sup> “Artículo 13. A través del Plebiscito, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal podrá consultar a los electores para que expresen su aprobación o rechazo previo a actos o decisiones del mismo, que a su juicio sean trascendentes para la vida pública del Distrito Federal”. “Artículo 14.-Podrán solicitar al Jefe de Gobierno que convoque a plebiscito el 1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral”.

mortalidad materna... y si llegaran a existir estadísticas confiables probablemente superaría esta clasificación (*sic*)”.<sup>17</sup>

Diversos diputados panistas hacen ver de una u otra manera la trascendencia del tema y la conveniencia y condiciones, inclusive legales, para que la Jefe de Gobierno lleve a cabo un plebiscito que legitime la iniciativa, en lugar de una supuesta consulta selectiva amañada. El diputado Armando Salinas Torre hace énfasis en el tema y señala que la Ley de Participación Ciudadana había tenido como visión que “la sociedad participara en temas tan trascendentes... que no nos podríamos perdonar como institución y órgano colegiado el no consultarlo... que se hiciera con los tiempos y con la prudencia”. La diputada María del Pilar Hiroishi Suzuki, por su parte, recalca que la Jefe de Gobierno “argumenta en su iniciativa... que han sido consultadas 40 asociaciones [pero] se han acercado a mí 120 agrupaciones que no fueron tomadas en cuenta... y presentaron ante esta Asamblea 250 mil cartas pidiendo que se respetara el derecho a la vida del no nacido... esta iniciativa decía que se había consultado a la gente y ya vimos que no se consultó”. En el mismo sentido, el diputado José Manuel Minjares Jiménez, cita la página 4-A del periódico *Reforma*... declaraciones del señor Sergio Vidal, Presidente de CONFE, y también se menciona a la Asociación Mexicana Pro-adopción, a la comunidad CRECER, a la Asociación Pro-personas con parálisis cerebral, a la Fundación Asunción... se sienten discriminadas por La Jefa de Gobierno”. También la diputada Irma Islas León refiere que “la iniciativa... es el punto de vista y el interés personal de la Jefa de Gobierno y que hoy quiere imponer, habla de más intolerancia..., escucha solamente a 40 grupos que piensan como ella y deja de escuchar a más de 100 organizaciones que el día de hoy vinieron a presentar sus propuestas... trajeron más de 500 mil firmas de ciudadanos que están en contra de eso, eso sí es intolerancia”. El diputado Arne Sidney Aus Den Ruten propone “un plebiscito [que] daría tiempo para que la sociedad pudiera informarse... También un plebiscito como el que propone el diputado Arce le dará legitimidad a la decisión”. Reta entonces, el diputado Minjares Jiménez, al diputado Batres para que responda, como lo revela la prensa, si “con base en unas encuestas y en sondeos de opinión, habían determinado que esta reforma es dable y, sobre todo, es deseable... recuerda las palabras del [propio] diputado Batres, el 17 de septiembre de 1997, en la sesión inaugural de esta Asamblea, “vamos a legislar con el consenso de la sociedad”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de agosto de 2000, p. 12.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 25, 29, 34, 44 y 60.

Con su característico cinismo y manejo de verdades a medias, mentiras al fin y al cabo, el diputado Batres asevera temeraria pero falaz más que ignorantemente, “[n]o podríamos realizar un referéndum en este año, porque la Ley de Participación Ciudadana señala que los referéndum (*sic*) no pueden hacerse en el año electoral”. No era Batres el único diputado ignorante o falsario; su esbirro, la diputada Correa de Lucio, aunque con mayor ambigüedad, reitera: “estamos en año electoral y hay ciertas condiciones para hacer y poder realizar y llevar a cabo un referéndum”.<sup>19</sup> La Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, aprobada poco menos de dos años antes por la misma Legislatura, con todo y sus defectos sintáxicos, propios de todo producto legislativo perrediano mayoriteado, si bien dice en su Artículo 32 que “no podrá realizarse procedimiento de referéndum alguno durante el proceso electoral... ni durante los sesenta días posteriores a su conclusión”, sí lo permite una vez transcurridos dichos sesenta días. La elección se había llevado a cabo el domingo 2 de julio de 2000, los sesenta días habrían transcurrido el 29 de agosto. La iniciativa de abortiva Robles Berlanga estaba siendo discutida el 18 de agosto, solo restaban diez días para que pudiera haber un referéndum sobre un tema tan importante y sensible para la sociedad, aunque no para los “demócratas” perredianos. Era obvio que habían tomado la decisión de sacar adelante, antidemocráticamente y a como diera lugar —evitar, ahí sí, el aborto— la reforma. La Jefe de Gobierno no podía haber olvidado que disposición similar estaba desde entonces prevista en la misma Ley de Participación Ciudadana por cuanto al plebiscito se refiere, pues su Artículo 19, con los mismos defectos sintáxicos mencionados, preveía también que “no podrá realizarse plebiscito alguno durante el proceso electoral, ni durante los sesenta días posteriores a su conclusión”.<sup>20</sup> Cualquier contrasentido interpretativo que se le diera, habría de resolverse a favor del objetivo de la ley, que es, como su nombre lo dice, consultar a la ciudadanía. Los perredianos, apostados en el poder que sentían se les desvanecía, mostraban una vez más su característico fascismo que arguye a favor de la democracia para alcanzar el poder, pero no para ejercerlo.

Inclusive, algunos diputados ajenos al Partido Acción Nacional recomendaron el plebiscito. Tal fue el caso del aliado incondicional de los perredianos para salvaguardar desde entonces su sobrevivencia, el petista José Narro Céspedes, a quien, no obstante que habría de votar a favor de la iniciativa Robles Berlanga, lo traiciona el subconsciente al decir “estamos convenci-

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 63 y 71.

<sup>20</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 21 de diciembre de 1998, pp. 6-8.

dos que hubiera sido muy importante... es parte del debate nacional que se requiere de una consulta”. Increíblemente, el diputado René Arce, del propio Partido de la Iniciativa Manifiesta: “coincido plenamente con Acción Nacional, no son las formas, de generar una iniciativa, no fue correcto que en este momento político se hubiera enviado esta iniciativa, había tiempos para haber dado esta discusión, para haber convocado a la sociedad a dar esta discusión... para que con madurez y con legitimidad hubiéramos tomado de la mejor manera esta decisión... porque la sociedad capitalina es una sociedad madura por su nivel de educación... no es correcto que un gobierno imponga su punto de vista al respecto”. La diputada del Partido Revolucionario Institucional María Angélica Luna y Parra y Trejo Lerdo, que, contradictoriamente habría de votar a favor de la iniciativa Robles Berlanga, se refiere entonces a la llamada que, dijo, había recibido de Juan Vidal, de CONFE “y de muchas más organizaciones del mundo de los padres de personas con discapacidad... que quieren decirle a la sociedad que si hubieran sabido que su niño venía con una discapacidad, lo hubieran tenido... si nos vamos a las encuestas nos han dicho cosas muy importantes... si bien el tema divide a la sociedad... solo el 9% opinó que el aborto debería ser castigado”. El diputado que había solicitado ser considerado diputado independiente, aliado del Partido del Trabajo, que quedó integrado como vicepresidente en la planilla electa como Mesa Directiva, para coordinar los trabajos del segundo periodo de sesiones extraordinarias de la Asamblea Legislativa, Alejandro Rojas Díaz Durán, que curiosamente no aparece en las listas de votación y que dice conocer los clásicos sobre el tema: Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, reclama que “lamentablemente no vino, pero hubiera sido importante que estuviera aquí la diputada Sara Castellanos, se pusieran de acuerdo (*sic*) para que comprometiera, a la Jefa de Gobierno a llevar a cabo un *referéndum*”. En el mismo sentido, el priísta despreciativo de las formas legales, Luis Miguel Ortiz Haro Amieva, que también votaría a favor la iniciativa, dice que “Sería deseable que esta hubiera sido resultado de un plebiscito o de un referéndum, pero ustedes y nosotros sabemos que eso requeriría un plazo en el cual esta Asamblea Legislativa tendrá una composición distinta... en la que será simplemente impensable que se apruebe... siquiera que se discuta”. La “democrática” revolucionaria Presidente determina, ignorante o dictatorialmente, que no es procedente la propuesta de su correligionario René Arce, ni de los demás diputados, porque, según ella, el Artículo 71 del Estatuto de Gobierno “solo se podrán tratar los asuntos para los cuales fue convocado el periodo extraordinario”. El diputado Minjares Jiménez intenta hacer entrar en razón

a la Presidente y le replica que "Se nos convoca para tratar unos temas, pero no nos obliga a aprobarlos" La soberbia ignorante de la Presidente responde que "les falta... darles orientación y asesorarlos sobre estas cuestiones". La correligionaria de la Presidente, diputada Correa de Lucio, argumenta otra vez formalísticamente que "los compañeros del Partido Acción Nacional tuvieron la oportunidad de hacerlo en la Comisión de Gobierno, como un punto de la Orden del Día, no lo quisieron hacer... estamos en un año electoral y hay ciertas condiciones para hacer y poder realizar y llevar a cabo un referéndum". Inclusive, el priísta Jesús Eduardo Toledano Landero, que también habría de votar a favor de la reforma abortista, coincidió en "que debieron consultar y escuchar la voz de las mujeres, de la población con discapacidad y de otros millones de capitalinos... [d]ecir que la Jefa de Gobierno se apoyó en unas cuantas organizaciones no es argumento viable, válido o creíble... este gobierno ha manejado un doble discurso".<sup>21</sup>

El 25 y 26 de la misma Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, entonces recién aprobada por la misma legislatura de la Asamblea Legislativa, dejaba a la decisión de la propia Asamblea Legislativa, por acuerdo de la dos terceras partes, someter a referéndum la creación, modificación, derogación o abrogación de las leyes. El 27 de la misma preveía, inclusive, como se ha dicho, que el 1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, podrían solicitar a la Asamblea Legislativa la realización de un referéndum. Pareciera que las 500 mil firmas presentadas en la misma fecha en contra de la reforma abortista, a las que se refirió la diputada Irma Islas León, no fueron suficientes. Los perredianos las desoyeron y aplicaron sus prácticas mayoriteantes, aprendidas de su engendrante partido, el Revolucionario Institucional.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de Agosto de 2000, pp. 45, 49, 52, 55, 59, 62, 67, 68 y 71.

<sup>22</sup> "Artículo 13.- A través del Plebiscito, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal podrá consultar a los electores para que expresen su aprobación o rechazo previo a actos o decisiones del mismo, que a su juicio sean trascendentes para la vida pública del Distrito Federal". "Artículo 14.- Podrán solicitar al Jefe de Gobierno que convoque a plebiscito el 1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral". *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 21 de diciembre de 1998. "Artículo 25.- El referéndum es un mecanismo de participación directa mediante el cual la ciudadanía manifiesta su aprobación o rechazo, modificación, derogación o abrogación de leyes de la competencia legislativa de esta última. La convocatoria deberá realizarse previamente al dictamen de las legislativas correspondientes". "Artículo 26.- Es facultad exclusivo de la Asamblea decidir por acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, si somete o no a referéndum la aprobación del proyecto del ordenamiento legales proceso de creación, modificación, derogación o abrogación". "Artículo 27.- Podrán solicitar a la Asamblea Legislativa la realización del ciudadanos inscritos en el padrón electoral". *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 21 de diciembre de 1998.

Una vez, más argumentos formalísticos y estrategias encubrientes de su antidemocrático actuar, fueron pretextados y manipulados burdamente por la dirigencia perrediana asambleística para desechar cualquier sugerencia de consulta al cuerpo social, proveniente no solo de sus otros cinco partidos "compañeros de viaje", sino inclusive de sus propios correligionarios.

### c) Falseamientos Estadísticos Titubeantes y Desgobierno

La falta de seriedad que ni siquiera incertidumbre, de los argumentos estadísticos tampoco fue un obstáculo para que operara la antidemocrática aplastadora perrediana. Desde la misma iniciativa Robles Berlanga, se hacían ya manifestaciones estadísticas inciertas y contradicciones argumentativas, tan comunes en su administración. Por una parte, se asentaba en su Considerando Tercero que "el aborto ha llegado a... reconocerse como la cuarta causa de mortalidad materna y sin llegar a existir estadísticas confiables (*sic*)... el certificado que al efecto se expide generalmente aduce como causa de la muerte otra razón". Sólo tres párrafos abajo reconoce nuevamente que "la información disponible sobre el número de abortos inducidos no resulta confiable y las estimaciones realizadas varían desde muy conservadoras, como las proporcionadas por el Consejo Nacional de Población, hasta las de fuentes médicas que resultan realmente alarmantes... pues miles de mujeres continúan muriendo anualmente en nuestro país, ante la imposibilidad de realizar un aborto en condiciones médicamente recomendables".<sup>23</sup>

Que la propia iniciativa abortista Robles Berlanga, no se haya tomado siquiera el cuidado de motivar en hechos razonablemente ciertos su argumento estadístico, y más aún, ser incapaz de evitar que su argumentación resultara autocontradictoria, hace evidente la poca seriedad de, al menos, esta de sus decisiones gubernamentales, la ligereza de sus análisis aún en temas trascendentales y su personal urgencia circunstancial, ante su debilitamiento político electoral.

La diputada perrediana Ana Luisa Cárdenas Pérez sale al quite y, aunque contradictoria y sin ilación ni fundamento, se pregunta primero "¿Qué pasa con la gran cantidad de mujeres que tienen que hacerse un legrado clandestino, un aborto clandestino y que mueren año con año dejando en la orfandad a miles de niños? ¿Qué pasa con las mujeres que efectivamente, las que

<sup>23</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de Agosto de 2000, p. 12.

no tienen posibilidades de acudir a servicios médicos de calidad tienen que acudir a servicios médicos clandestinos en donde por cierto, también las estadísticas señalan que estas mujeres mueren por hemorragias intensas?" Sin haber fundamentado sus aseveraciones, ella misma afirma que "La iniciativa de la Jefa de Gobierno es para dar respuesta precisamente a este problema de salud pública", y reconoce cínicamente "que en el Distrito Federal... contamos medianamente (*sic*) con un equipo de salud" y gratuitamente cambia sus estadísticas de gradación del aborto y les atribuye ser "la segunda y tercera causas de muerte... a las hemorragias y las asepsias... [s]on datos de la Secretaría de Salud". Afirma, pero sin señalar cuál es su fuente de información. Además considera que las ineficiencias graves de su partidario desgobierno se resuelven con la permisividad del aborto, con la sola decisión de uno o un par de médicos que especulan sobre la gravedad de la afectación que el embarazo podría tener en la salud de la madre o las alteraciones genéticas del producto. ¿Qué no era de médicos abortistas inexpertos de quienes querían librar a las mujeres abortantes? ¿Qué asegura que estos médicos abortistas no serán los mismos?<sup>24</sup>

#### d) Argumentaciones inconcluyentes falásicas

Los perredianos habrían de pasar entonces del desechamiento descarado de las objeciones formales, a las alegaciones superficiales pretendidamente justificativas del aborto. La retahíla de aseveraciones mal copiadas de alegaciones hechas varias décadas antes en otros sistemas jurídicos, fueron nuevamente traídas al seudodebate como novedades de los avezados ideólogos legislantes perredianos. Expondrían ahora el peligro a la salud de la madre y el riesgo a las malformaciones del producto como un descubrimiento humanizante atrozmente desconocido en el pasado, contra los ignorantes del progreso científico. La exclusividad sin límites en los derechos reproductivos y de disposición "de las partes de su cuerpo" por la mujer, como presupuestos para decidir ser o no madre aún después de la concepción. La injusticia derivada de su "discriminación natural" comparativamente con el hombre, por ser ella y "solo ella" el receptáculo procreativo. Inclusive, la sugerencia del aborto como método contraceptivo. La prevalencia de las condiciones económicas y el evitamiento de la pobreza, sobre el derecho a la vida. La negación de la vida en el óvulo fecundado y en el embrión o el progreso de la ciencia y el desprecio a la teología.

<sup>24</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, agosto 18 de 2000, p. 27.

La diputada Correa de Lucio, ostentándose temerariamente como concedora de "los tratados internacionales que México ha suscrito y tiene que cumplir", pero sin siquiera enunciarlos, denomina ante la, supuesta por ella, ignorante asamblea que "cuando corre grave riesgo la salud de la madre... se [le] conoce como aborto terapéutico". Y su sapiencia llega a un culmen inmerecido del resto de sus propios colegas asambleístas y, más aún, seguramente de la, para ella, ignorantemente despreciable sociedad representada formalmente por ellos, que parece quererlos instruir también soberbiamente sobre tema del aborto eugenésico "cuando el producto presenta graves malformaciones físicas o genéticas" No obstante ser incapaz de identificar los tratados internacionales, menos aún las disposiciones legales de los mismos, que supuestamente refieren las obligaciones asumidas al respecto por el Estado Mexicano; su, esa sí, temeraria ignorancia, la lleva a identificar como tales la Declaración de Alma Ata de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, llevada cabo en la URSS en 1976, la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en Tehrán en 1968, la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (Pekín) y la Conferencia Internacional sobre Planeación y Desarrollo, del Cairo, en 1994.<sup>25</sup>

Contrasta con la visión perrediana contraria a la vida, el punto de vista del diputado de Acción Nacional Armando Salinas Torre, quien hace ver que "quienes hemos tenido contacto cotidiano con una persona con discapacidad, no podemos describirlos mas que como fuente inagotable de amor, pensar que alguien pueda disponer de su vida antes de nacer, no lo puedo entender".<sup>26</sup>

La artillería perrediana no cejaba en su objetivo dramatizante, refiriendo el caso de "las mujeres que sabiendo que tienen VIH-SIDA, que hacen con los hijos que sabiendo que van a nacer con ese mal... van a nacer y también enfrentar la realidad que sufren los enfermos de SIDA".<sup>27</sup> Lo que le faltó agregar a la diputada perredista Ana Luisa Cárdenas Pérez, de manera expresa en línea con su lenguaje, fue: "mejor matemos al ser humano en gestación de antemano de una vez, no sea que nos vaya a salir defectuoso, otro más con SIDA, al cabo que ni siente".

El diputado panista, José Manuel Minjares Jiménez, alerta a los perredianos que, conforme a la iniciativa Robles Berlanga, dejarán entonces a la opinión subjetiva de dos médicos especialistas en quien sabe qué nivel de conocimiento, "diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

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

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 28.

o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales graves en el mismo". El propio diputado Minjares hace notar que el diagnóstico médico propuesto ni siquiera requerirá de certeza, sino de mera probabilidad, en el mejor de los casos, o realmente posibilidad médica especulativa.<sup>28</sup> El perrediano diputado, Javier Ariel Hidalgo Ponce, recrimina al diputado Minjares que cómo habiendo estudiado derecho y habiendo, según él, "una cantidad de jurisprudencia enorme sobre el punto de grave... [que] estamos hablando de productos (*sic*) que pongan en riesgo la vida, la dignidad del producto, la dignidad el propio bienestar de quien está aportando el producto... de dos cabezas, dos corazones ...no trate de confundir cosas que no están". El diputado Minjares pide responder a las alusiones del diputado Hidalgo y le hace saber, ahora sí como abogado, que "el derecho penal es de estricta aplicación... grave es el labio leporino o el síndrome de down, o si grave es carecer de una pierna o de tres dedos, a juicio de quien". Más adelante, el diputado panista dice desconocer tesis jurisprudencial alguna "donde el término grave se acuñe en interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". El perrediano diputado Hidalgo no replica, ante el claro planteamiento de los abogados Minjares y Salinas Torre, haciendo, con ello, ver la falta de técnica de la iniciativa Robles Berlanga y de su leguleya comparsa, no dejando más opción que pensar que sus pseudoalegaciones fueran deliberadas o ignorantes.<sup>29</sup> En el mismo contexto, el diputado panista Jesús Galván Muñoz reitera "¿Qué se conceptúa como peligro grave? ...preclamsia, arrugas en el abdomen... la deformación del abdomen... estamos abriendo la puerta para la peor de las barbaridades... una mujer puede decir que puede abortar precisamente porque fue avisada de eso... se detecta que el producto puede ser diabético".<sup>30</sup> La priísta diputada que habría de votar, no obstante, a favor de la iniciativa, María Angélica Luna Parra y Lerdo de Tejada, dice reservarse a nombre de su partido "matizar el aspecto del aborto eugenésico... estableciendo la obligación de los médicos o instituciones de salud de proporcionar a la madre información objetiva, veraz y suficiente sobre los riesgos, consecuencias y efectos, así como de los apoyos alternativos existentes para que la madre pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable tal como lo prevé la Constitución y la Ley de Salud del Distrito Federal".<sup>31</sup> Al igual que su colega priísta, el diputado Jesús Eduardo

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 34-40.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 47-48.

<sup>31</sup> *Idem*.

Toledano Landero se refiere a "la necesidad de establecer una posición clara al respecto por parte de quienes defendemos y lucharemos por el respeto a los derechos de las personas con discapacidad".<sup>32</sup>

El pragmatismo impositivo perrediano y el hibridismo camaleónico de su gestante priísta hacen ver el ínfimo nivel del debate de los defensores y cómplices de la iniciativa Robles Berlanga. Revela la legisladora De Lucio ser incapaz de distinguir entre Tratados y Conferencias y Declaraciones Internacionales, y el carácter obligatorio de unos y no obligatorio de los otros, o su inducente vileza. Su igualmente maledicente, o también pretendido, pero ignorante colegislador Hidalgo, recrimina al abogado opositor su ignorancia del derecho y de la jurisprudencia, pero él mismo hace obvio su desconocimiento de la técnica legislativa y de los principios constitucionales básicos, como lo es la interpretación estricta del derecho penal en beneficio del inculpado, que ante la falta de precisión del término "grave" haría difícilmente determinable a los médicos cuándo serían calificables de graves, los daños físicos o mentales del embrión o feto. La contradictoria recurrente posición priísta, que electoramente trata de contemporizar en todos los temas, más aún en los trascendentes, aprueba la iniciativa y remite la responsabilidad a la madre, supuestamente informada, o acalla su consciencia promoviendo acciones de protección a los minusválidos que tuvieran la suerte de sobrevivir a la guillotina de la iniciativa Robles Berlanga, la de los legisladores perredianos y su delegación irresponsable a la decisión de los médicos especialistas.

La perrediana legisladora Correa de Lucio había anticipado en su "soberbia" exposición sobre las supuestas obligaciones del Estado Mexicano, asumidas en lo que ella había llamado Tratados Internacionales, la Conferencia Mundial sobre la Mujer y "la obligación de los Estados partes para garantizar los derechos reproductivos de las mujeres", por ella entonces contradictoriamente argumentado sustentado en el "derecho básico de todas las parejas y personas a decidir libre y responsablemente el número y esparcimiento de hijos". Apoya, por un lado, el derecho de la mujer a abortar y refiere, conforme a la Conferencia que no tratado, al aborto como un método de control natal! y, por el otro, dice que es un derecho básico de las parejas. Esos son nuestros geniales legisladores defeños perredianos. La diputada perrediana Yolanda Tello Mondragón, más avezada que sus colegas que la precedieron en el uso de la palabra, se arroga la representación de las mujeres "nosotras queremos decidir por nuestro propio cuerpo (*sic*), porque finalmente damos la vida". Discurriendo suponemos la teoría de que la intervención del hombre

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 67.

en el proceso de engendramiento es meramente accidental. Agrega que “[l]as mujeres tienen derecho a vivir, y a vivir bien porque nos lo merecemos (*sic*)”. Copia la aberrante y anticientífica tesis, discutida décadas antes en otros países, de que el embrión es como cualquier otra parte u órgano de su cuerpo, al aseverar gratuitamente: “Las mujeres como dadoras de vida merecemos decidir sobre nuestro cuerpo”. En el mismo tenor, la perredista diputada Lucerito del Pilar Márquez Franco, reitera solamente, sin argumentos, que “no podemos desconocer el derecho que tenemos las mujeres a decidir sobre nuestro cuerpo”. El diputado panista Jesús Galván Muñoz interviene atinadamente para espetar, en la cara de los perredianos, que defienden “una cultura de la violencia disfrazada de ...libertad para el propio cuerpo”. El priísta Toledano Landeros, con la clásica contradicción convenenciera y la relativista postura de su partido, dice que él y su partido “no está[n] a favor del aborto... pero que quienes nos dan la vida son las únicas que en un acto de consciencia deben contar con todo nuestro respaldo, con todo el respaldo de sus parejas o sin ellas y con toda la libertad para tomar una decisión vital e irreversible”. En la misma línea de indefinición contradictoria priísta, el diputado Octavio Guillermo West Silva, exclama al cierre de su discurso “es una reforma a favor de la libertad, a favor de la democracia, a favor de las mujeres y a favor de la vida finalmente”. Seguramente nunca aprendió en sus clases de biología humana que dentro de la mujer preñada hay otra vida. Pero no tuvo el valor de decir lo que implicó: “estoy a favor de la vida de la mujer madre y favor de la muerte del embrión que lleva en su seno”.<sup>33</sup>

Pretendiendo contradecir la naturaleza de las cosas, los perredianos copian otro argumento aún más discutible, de otras legislaciones de décadas antes, y se proponen igualar, leguleyamente, según ellos, a la mujer con el hombre. Igualarla al hombre que naturalmente no puede dar vida, mediante un acto de voluntad cesante de la vida contraviniente de la naturaleza misma, suponiéndola aberrantemente por ello discriminada. Aunque sin saberlo seguramente, lo hacen al estilo moderno de John Rawls, que quiere eliminar inclusive las diferenciaciones humanas propias de la naturaleza, al proponer “buscar una concepción de la justicia que anule los accidentes de los dones naturales y las contingencias de las circunstancias sociales”.<sup>34</sup> Así lo expresaron, entre otros, nuevamente la diputada Correa de Lucío, que reclama “que en todo el país las mexicanas gocemos de los mismos derechos” y el petiano diputado José Narro Céspedes, quien calificó la falta de libertad de las mujeres como un

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 21, 32, 48, 57, 66, 78.

<sup>34</sup> RAWLS John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 28, María Dolores González (Trad.).

problema del país, igualable a la falta de seguridad pública. También lo hizo la diputada Verónica Dolores Moreno Ramírez, quien refiriendo un lamentable caso de violación de “[u]na niña de 15 años... víctima de un ataque sexual de parte de 6 sujetos con problemas de adicción... madre de un pequeño con parálisis cerebral severo”, que en lugar de responsabilizar al deficiente gobierno de la ciudad de su propio partido, por hechos tan lamentables como éste, usa el ejemplo para abanderar la “equidad de géneros”.<sup>35</sup>

Como se ha visto, la incongruente laxitud en el pretendido apoyo a la iniciativa Robles Berlanga, llega al extremo de proponer el aborto como un medio de control natal. La perrediana diputada Ana Luisa Cárdenas Pérez, temerariamente abre ese debate y osa referir como fundamento de la iniciativa perrediana “el Artículo 4º constitucional [que] señala que los hombres y mujeres en forma libre y responsable tendrán el derecho de decidir el número y espaciamiento de los hijos que así lo deseen (*sic*)”. Aunque no lo dice expresamente, podemos suponer que necesariamente su pseudoconclusión sería: tienen derecho a abortar como medio de control natal, en el ejercicio de ese derecho constitucional del Artículo 4º. Ante las evidentes incongruencias, el diputado panista, Armando Salinas Torre, le replica pretendiendo hacerla razonar lo absurdo de su lógica perrediana ya que si “se debe aprobar el dictamen es porque si se tiene derecho a que los padres determinen el número y cuando quieren tener a sus hijos, no les limite nada más a que sean las personas con discapacidad, eso es completamente discriminatorio, eso es peor que los nazis cuando buscaban su raza pura”. El remate a la ilógica perrediana de la diputada perredista Cárdenas Pérez, se lo hace el diputado panista Minjares Jiménez, al hacerle ver que “no estamos discutiendo una política de planificación familiar. El dictamen no hace referencia alguna a eso”. La diputada priísta Luna Parra y Trejo Lerdo, luego de hacer alarde, según ella, de conocer los textos tanto de San Agustín y de Santo Tomás, pide diferenciar “las cuestiones religiosas o morales (*sic*) y la función pública”; pero al menos le espeta a la diputada Cárdenas Pérez, más con sentimiento que con fundamento jurídico legislativo, “que el aborto...no debe de ser solución nunca para la planificación familiar”. Por temor a otro ridículo o por mandato de su partido, la diputada Cárdenas Pérez no volvió a participar más en el debate.<sup>36</sup>

Como podía esperarse, el tema social y económico pulularon en las pseudoalegaciones perredianas, que no obstante su realidad y gravedad, se les revierten como bumerang por ser resultado de los obsequiantes manejos in-

<sup>35</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, agosto 18 de 2000, pp. 21, 46 y 77.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 27, 28, 34 y 55.

apropiados de su denominada política social. El diputado Javier Serna Alvarado sale entonces al quite en defensa de la iniciativa de su partido y contradictoriamente argumenta que “las mujeres pobres se están muriendo... las instituciones del Gobierno del Distrito Federal ...ni siquiera... [tienen] la posibilidad de saber si va a ...[darse]... una discapacidad”. Habrá que suponer que es propio de los legislantes perredianos creer que las leyes y no los buenos gobiernos, son las que por sí mismas resuelven mágicamente los problemas sociales y económicos. Habría que preguntarle al diputado, ¿Cómo dotará de capacidad técnica y económica a esas instituciones para atender la avalancha de abortos, que con su nueva ley, necesariamente habrán de darse tarde o temprano? Hace más evidente su contradicción cuando se refiere económica, que no humanamente, a “la ocupación de 1 millón de camas hospitalarias al año, con un promedio de estancia de 2 a 3 días”. No tardaría el Gobierno del Distrito Federal en quejarse del costo tan alto de la atención de los abortos, no sólo de ciudadanas, sino sus mujeres también de que con tal propósito se trasladarían a la ciudad. Otra vez, la demagogia no les deja anticipar los efectos de sus reformas. Habría de ser la oposición, la legisladora Irma Islas León, quien le hacer ver al perrediano diputado la incongruencia de su planteamiento, ya que “el sistema de salud de nuestro Distrito Federal no tiene la infraestructura para atender la gran demanda, que según se ha dicho, existe para que se practique un aborto”. Es obvio que ello no va con el populismo perrediano que lanza iniciativas a diestra y siniestra, sin medir y, menos aún remediar sus consecuencias. En el mismo contexto, y haciéndoles también evidentes sus contradicciones económico inhumanas, el diputado panista Jesús Galván Muñoz dice: “¿Qué es más barato, tratar una preclamsia o lograr un aborto” e ingenuamente les da una salida al declarar: “quizá por las razones económicas se fueron.. las viles razones económicas.” que los perredianos dicen mejorar.<sup>37</sup>

Muy probablemente los proabortistas esperaban una andanada de argumentos provida de corte científico y religioso. Seguramente la oposición, estratégicamente, decidió de antemano no hacer esa batalla, pues seguramente no habría faltado el uso de pseudoargumentos satíricos carentes de sustantividad. Lo anterior se denota del hecho de que fueron solamente los perredianos y sus adherentes, quienes mediocrementemente aludieron a esos temas generalmente contradiciéndose ellos mismos.

Tal fue el caso del mencionado diputado petista José Narro Céspedes, que al igual que en otras de sus intervenciones, no se podría determinar fácilmente

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 41, 42, 43, 48.

te su posición sino hasta que emitió su voto a favor de la iniciativa Robles Berlanga. Es así como podemos explicarnos que recomiende “dejar la cuestión teológica y pasar a la cuestión pública”, luego de haber afirmado: “[n]osotros decimos bueno, ya hay vida ahí ¿a poco no hay vida en esas células que están ahí?” Por su parte, el “líder moral” de los perredianos, contradiciendo a sus correligionarios, pero también titubeante, esta vez interviene para sugerir a los diputados “nos vemos como gente que discute en un periodo muy atrasado y que no estamos al tanto de lo que está pasando en el mundo... hoy es una discusión que tenemos que dar porque la ciencia ha progresado”. Luego vendría en el mismo tenor, pero presumiendo su aparente erudición, el independiente despartirizado diputado Alejandro Rojas Díaz Durán, quien se vanagloria y recomienda a la oposición “sacar del closet en pleno siglo XXI los fantasmas del siglo IX”. Sin tener la más mínima idea secular de la cronología histórica, confunde además la teología con la filosofía. Por ello, temeraria e infundadamente como se verá más adelante, dice hacer “reflexiones de carácter teológico, si me permiten filosófico... hace más de 25 siglos (*sic*) al menos, ya se dilucidaba que era el alma ...[que] a partir de que el ser tenía alma, entonces tenía vida... y filósofos tan grandes que hoy sostienen a los grandes dogmas de la iglesia católica... lo hizo San Agustín... lo hizo Santo Tomás... en base a lo que habían anteriormente otros filósofos, como Aristóteles, definido como alma ...Santo Tomás decía el producto llega a tener alma en el varón, a las 8 semanas... como también diría el clásico Tertuliano... venía el flatus de Dios, ...soplo de Dios... y en la mujer ...llegaba a las 10 semanas... San Agustín de Hipona llegó a la conclusión ...de que ...para interrumpir el embarazo tenían que darse ciertas condiciones que permitieran juzgar que tuviera alma”. Sigue disertando el diputado Rojas sobre “Decart ...la llegada de los franciscanos y los dominicos a tierras aztecas... y el debate de si los indios tenían alma” etc., etc.<sup>38</sup> Sin dejar de lado sus imputaciones infundadas, resulta evidente su incapacidad para comprender los hechos históricos en su contexto temporal, como lo era el nivel de los conocimientos científicos de la época, pues aún a la fecha sigue siendo indeterminable el momento exacto de la concepción. Por otro lado, muestra su ignorancia acerca de que precisamente otro dominico, Francisco de Vitoria, apenas dos siglos después, sería quien sustentaría contra alguna ideología dominante que “los bárbaros... no son amentes, sino que tienen a su modo, uso de razón”.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 46, 50, 58, 59.

<sup>39</sup> DE VITORIA, FRANCISCO, *Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra*, Colección Austral, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires-México, 1946, p. 61.

No podría faltar el “cierre magistral” de la supuesta sapiencia pragmática del entonces líder asambleístico perrediano, Martí Batres Guadarrama, quien al no encontrar eco en la oposición de los supinamente ignorantes razonamientos de pretendido nivel intelectual de sus correligionarios, decide cortar por lo sano profiriendo “[no] disertar sobre la vida... esa discusión se la dejamos a los filósofos, a los científicos y a los teólogos... [n]o nos toca... decidir si el aborto es un hecho moralmente condenable”. Y recordando quizá haber pasado por alguna escuela de leyes y tal vez mal escuchado o siendo él mismo un orgulloso, pero fallido, pseudokantiano, como tantos otros incapaces de distinguir el cuestionable racionalismo auténticamente filosófico del utilitarismo pragmatista convenenciero y que jamás comprendieron la probablemente más famosa afirmación, esa sí esencial al kantismo: “Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal;<sup>40</sup> afirma célebremente “la concepción moral en la vida cotidiana varía de acuerdo a cada persona... tampoco es un pleito con la iglesia” y descaradamente anticipa: “es una reforma gradual”.<sup>41</sup>

Como se puede apreciar, fue este un monólogo, los proabortistas no pudieron dejar de lanzar sus deficientemente precargadas baterías sobre el tema moral y religioso para el que ingenuamente venían supuestamente preparados, pero como siempre, sin alcances intelectuales ciertos. Ahí sí, sabiamente, la oposición, consciente de que la totalitaria aplanadora perrediana y sus acomodaticios seguidores que se habían ya comprometido a seguir ciegamente la consigna de la Jefe de Gobierno, no quiso desgastarse en argumentos de un nivel intelectual inalcanzable para los perredianos, cuyas limitaciones los llevarían a responder con sus característicos planteamientos demagógicos. Si los argumentos de corte jurídico y social e, inclusive, los auténticamente políticos, que menos difícilmente podían ser esbozados por la mostrada estrecha intelectualidad de los proabortistas, pero que su incompetencia e instintividad rechazaban con mofa e ignorancia, ¿Qué podría haberse esperado de aquéllos que requieren de un análisis ético y lógico del más alto nivel racional?

<sup>40</sup> KANT Manuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Colección Austral, México, Espasa-Calpe Mexicana, 1975, 5a edición. p. 50.

<sup>41</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*. 18 de agosto de 2000, p. 63.

B. *Iniciativas Cuervo-Pérez Correa y Tonatiuh*.  
Abril 2007. *Antecedentes*

La “profecía” martibatriana hecha escasamente tan solo siete años antes, se cumpliría apenas fuera retomada una amplia mayoría aliancera de las llamadas izquierdas con sus adherencias, sobre la oposición antiabortista, a través del testafarro de los perredianos. Nuevamente correspondería “el honor” al diputado Jorge Carlos Díaz Cuervo (haciendo dúo con el también diputado Enrique Pérez Correa), del llamado partido Alternativa Social Democrática y de su Coalición Parlamentaria Social Demócrata (integrada, desde luego, por el Partido de la Revolución Democrática, Partido Nueva Alianza e, inclusive, el propio Partido Revolucionario Institucional), quien apenas seis meses antes haría iniciado la Ley de Sociedades de Convivencia<sup>42</sup> ahora presentó su iniciativa de reforma a los Artículos 145 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal. El diputado Armando Tonatiuh González Case, por su parte presentó una iniciativa que proponía además, derogar los Artículos 147 y 148 del propio Código; además de la reforma y derogación de distintos Artículos de la Ley General de Salud del Distrito Federal.<sup>43</sup>

El llamado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que el entonces Jefe de Gobierno del Partido de la Revolución Democrática, Andrés Manuel López Obrador, había publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 16 de julio de 2002, obviamente ya incluía la reforma Robles Berlanga que hacía insancionable, en su Artículo 148, el aborto cuando el embarazo hubiera sido resultado de inseminación artificial, hubiera “peligro grave” a la salud de la embarazada o, a juicio de dos médicos especialistas, el producto presentare alteraciones genéticas o congénitas que pudieran resultar en daños físicos o mentales que pudieran poner en peligro la sobrevivencia del propio producto, con el consentimiento de la mujer embarazada en estos dos últimos casos. Preveía ya, el propio Artículo 148, que los médicos tendrían “la obligación de proporcionar a la mujer embarazada información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, así como los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada [pudiera] tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> MÜGGENBURG, Carlos, “La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, No. 31 y 32, 2007 y 2008.

<sup>43</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, 18 de Agosto de 2000, Año 1 No. 12, sesión Ordinaria, p. 32.

<sup>44</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002, pp. 29-30.

El 27 de enero de 2004, se actualiza la amenaza martibatresiana por cuanto a la gradualidad del objetivo de los perredianos abortistas. Todavía siendo Jefe de Gobierno López Obrador, primero se desecha una iniciativa de despenalización total del aborto que fue rechazada, muy probablemente y entre otras razones, por provenir del Partido Revolucionario Institucional y no del partido en el poder defenido.<sup>45</sup> Posteriormente, se modificó el Artículo 148 del llamado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal para establecer, innecesariamente desde un punto de vista práctico, pero de enorme trascendencia jurídica, que el aborto en los casos previstos desde la reforma Robles Berlanga, dejaba de estar despenalizado, para, por primera vez en esos mismos casos, “excluir de responsabilidad” a los comitentes y sus copartícipes. El paso dado pareciera intrascendente, pero de serlo, no habrían hecho el cambio. La trascendencia jurídica radicó en que, mientras en la “despenalización” hay ilícito, pero por consideraciones, digamos, de humanidad, no se sanciona, en el caso de las excluyentes de responsabilidad deja de haber ilícito, fundamentalmente porque en el nuevo escenario se estaría ejerciendo un derecho consistente en abortar, en matar al producto. Más adelante se hará el análisis técnico jurídico de la distinción, lo importante es que, a partir de la reforma del 2004, dejó de ser delito el aborto en los casos previstos y se volvió, dígame lo que se diga, un derecho hacerlo. Ello facilitaría estratégicamente, sin duda, el camino para la aprobación de la reforma demoledora del abortista Marcelo Ebrard, por conducto de sus peones Cuervo y Pérez Correa, en Abril de 2007.

El 26 de abril de 2007, publicó el propio Marcelo Luis Ebrard Casaubón, entonces Jefe de Gobierno del D.F., en cumplimiento a la instrucción de la IV Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la reforma al ya entonces Código Penal del Distrito Federal, en sus Artículos 144 a 147, calificando al aborto como “la interrupción (*sic*) del embarazo después de la décima segunda semana de gestación” y al embarazo como “la parte del proceso de reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. De un plumazo, legalizaron el aborto, pues hasta las doce semanas de embarazo, la muerte provocada del embrión ya no constituirá un ilícito, un delito, salvo que se hiciera contra la voluntad de la mujer embarazada.<sup>46</sup>

Concurrentemente, el antídoto populista contrarrestante de algunas de las críticas a la reforma, también fue publicado. Las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal atenderían “[gratuitamente] las solicitudes de interrupción (*sic*) del embarazo a las mujeres solicitantes aún cuando

<sup>45</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Primer Periodo Ordinario de Sesiones del Primer Año de Ejercicio. 30 de Septiembre de 2003, pp. 7 y ss.

<sup>46</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 26 de abril de 2007. p. 2.

[contaran] con algún otro servicio de salud pública o privado”. Increíblemente identifican al aborto como un medio de control natal, pues señalan que “[l]os servicios que se presten en la materia [de salud sexual y reproductiva] constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable, e informada sobre el número y espaciamiento de hijos”. Luego, lo matizan, pues establecen que “[s]us servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos a través de la prevención de embarazos”.<sup>47</sup>

La discusión asambleística mayoriteada, esta vez también, por el Partido de la Revolución Democrática y sus adherencias convenencieras, no habría de ser muy distinta de la del 2000. Otra vez, argumentos que no fueran dramáticamente sociales o políticos, aunque antidemocráticos, impidieron que los auténticos tuvieran cabida, salvo los de carácter pseudocientífico negatorios de la vida en gestación. De los filosóficos y religiosos, sólo supieron hacer mofa, pues sus alcances intelectuales no dan para tanto. Además, la experiencia operada para la reforma abortista del 2000, caracterizada por la ignorancia, el totalitarismo y la intolerancia, volvieron a imperar en el proceso legislativo manipulado por los perredianos abortistas.

En esta ocasión, las llamadas Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, junto con “juristas y organizaciones de la sociedad”, optaron por presentar juntas las dos iniciativas para “evitar que se aprueben disposiciones contradictorias”.<sup>48</sup>

### 1. Libertismo Seudosocializador Rampante

El Partido de la Revolución Democrática y sus fieles servidores partidos adherentes mostraron rápidamente sus dos propósitos ideológicos. Uno de corte seudosocializante, consistente en “obsequiar” migajas económicas en lo individual, pero grandes cantidades de dinero en lo global a las mayorías desfavorecidas, intencionalmente para manipularles su dignidad y libertad humana y con ello su voto. El otro, increíblemente de corte libertario, contradictorio de su supuesta ideología colectivista. El desentrañamiento de los remanentes de moralidad que habían prevalecido por más que décadas en la

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>48</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del primer Año de Ejercicio del 24 de abril de 2007, p. 32.

sociedad defeña. Había que favorecer legalmente la relajación relativista privativa de libertad dirían, que se habían impuesto costumbrísticamente como restricciones morales.

Apenas unos años en el poder, y ya en mayo de 2000 habían eliminado del concepto legal del matrimonio su función natural de procreación, para plantearla como una mera posibilidad, preparando subrepticamente también el camino gradualista de sus desmoralizadoras reformas en materia del derecho de familia. En el mes de agosto del mismo año, como se ha explicado arriba, se dio el primer gran paso parcial de “despenalización” abortista, y a los pocos años, en noviembre de 2006, previo intento extrañamente frustrado en abril de 2001, la Sociedad de Convivencia. En seguida habrían de manifestarse a favor de un feminismo no dignificante, sino degradante de la mujer. Todo ello, curiosamente, en un periodo de ausencia en el poder, que no en la politiquería, de su caudillo López Obrador.

#### a) Derecho Excluyente de la Mujer

Parten, tanto la iniciativa del abortismo pleno, Cuervo-Pérez Correa (de la llamada Coalición Parlamentaria Socialdemócrata), como la Tonatiuh, del Partido Revolucionario Institucional, que esta vez no quería mostrarse como tardío innovador, del principio de que es la mujer, y sólo la mujer, la generadora de la vida y con ello la única que “legítimamente”, dirían, puede tomar o no una decisión abortiva. Niegan al hombre, necesaria y naturalmente engendrante de la procreación, derecho alguno en la toma de la decisión abortiva. Los seudofeministas incurrir en otro error grave y fomentan con ello la irresponsabilidad masculina; además, dejan a la mujer sola, lo que tanto habían criticado.

#### i) Método Contracepcionista

Las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, cuyos miembros supuestamente velarían por la justicia, la salud y la llamada equidad de género; injusta, insalubre e inequitativamente proponen utilizar los métodos abortivos como medios contracepcionistas. Son incapaces de percatarse o cínicamente muestran indiferencia respecto al significado de los métodos anticonceptivos, que, como su nombre lo dice, impiden la concepción, teóricamente, al

menos la mayor parte de ellos, con independencia de su valoración ética legítima o ilegítima, a diferencia de los métodos abortistas, que, a sabiendas de la existencia de la vida, optan libre y conscientemente por acabarla. En el primer caso, se interponen los elementos que impedirán de cualquier forma el resultado, es decir, la concepción; en el del aborto, ya no hay duda que la vida se ha gestado, pero se recomienda y decide acabarla, que no prosiga más. La falta es, obviamente, desde el punto de vista ético y lo habría sido, conforme a la técnica penal, mucho más grave en este último caso, pues mientras en el primero se espera que no la haya, que no se dé el resultado, en el segundo se quiere el resultado a como dé lugar, ya se sabe que hay producto engendrado.

Las propias Comisiones Unidas dicen hacer en su dictamen un “análisis del Artículo 4 Constitucional”, particularmente citan cínica o ignorantemente su segundo párrafo: “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos” y agregan que “el Estado a través de las instituciones de salud, tiene una obligación básica, la de proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos”. Siguen diciendo falazmente que “desde la perspectiva de los Derechos Humanos, torna ineludible que el ejercicio de la sexualidad deje de estar subordinado a la finalidad procreativa” y con respecto a “la planificación familiar y anticoncepción ... resulta imperativo que ... se reconozca el derecho de las personas a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, sin que ello quede supeditado al reconocimiento de un determinado método por las autoridades sanitarias”. Con la deficiente técnica legislativa formal que les caracteriza, proponen la adición de un Artículo que denominan 16 bis 8 (*sic*) que establezca que “[l]os servicios que se presten en la materia, constituyan un medio para ... decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de hijos”.<sup>49</sup>

Aunque solamente hubiera tenido el efecto de evitar un argumento subsecuente de ignorancia, y con ello desresponsabilizarse de una mera decisión mayoritaria, la diputada Paula Adriana Soto Maldonado, del Partido Acción Nacional, presentó un voto particular a la Asamblea Legislativa, contra “la banalidad y la arbitrariedad... la soberbia y la cerrazón... no podemos permitir que se atente contra la misma máxima a proteger: la vida”. En el mismo tenor, la diputada Margarita María Martínez Fisher, ya de lleno en el debate, hace ver a los abortistas “que promover el aborto como mecanismo de planificación familiar... es otro debate”. El diputado José Antonio Zepeda Segura

<sup>49</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del primer Año de Ejercicio del 24 de abril de 2007, pp. 35, 44 y 45.

hace ver que con la propuesta abortiva como método contracepcionista, se llegará al extremo de “legalizar el genocidio intrauterino”, e inclusive le hace ver a la asamblea que “la estructura del dictamen surgió de algún texto de neonazismo”.<sup>50</sup>

El silencio sepulcral fue la respuesta de los proabortistas. Ninguno más de ellos volvió a mencionar al aborto como método anticonceptivo y menos aún pretendieron contradecir a los ponentes de la incongruencia esencial, inclusive conceptual, entre la prevención y el acabamiento del embarazo. Pareciera que cayeron en cuenta que proponer el aborto como un método anticonceptivo debilitaría, incluso para las mentes más simples, su aberrante planteamiento.

#### ii) Partícula Corpórea

Ante la debilidad de cada uno de los planteamientos de los abortistas en su individualidad, traían la artillería que consideraban pesada que, por carencia de originalidad intelectual, les resultaba más fácil tomarla prestada de legislativos y doctrinarios análogamente abortistas de otras latitudes, y con cronología anticipada. Fue así que se les ocurrió plantear, imitativamente, que ni el óvulo fecundado, ni el embrión, supongo que lo mismo dirían del feto resultante de la evolución natural de un embarazo, eran meras partículas con sentido despectivo, ni siquiera partes de un todo.<sup>51</sup> Cierran convenencieramente los ojos, y más aún la razón, para darle un carácter indeterminado del todo, ni siquiera quieren darse cuenta de que objetivamente se trata de una porción, no sólo individualizable y determinable, sino de un agregado, de un adherente que no era parte del todo con anterioridad, que no evolucionó de manera exclusivamente endógena en el mismo ente, sino como resultante de una fusión con causal exógena.

La iniciativa abortista del diputado Armando Tonatiuh González Case expresamente establece que “pretende garantizar el derecho de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su cuerpo”. Los otros iniciativantes proabortivos, Díaz Cuervo y Pérez Correa, reiteran “que las mujeres tienen derecho a la autodeterminación sobre su cuerpo”.<sup>52</sup> Ambos fueron incapaces de compenetrarse en el tema y plantearlo siquiera bajo el tratamiento de “de-

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 5, 60 y 72.

<sup>51</sup> Partícula (Del lat. *particula*) f. Parte pequeña. Parte (Del latín *pars partis*) f. Porción indeterminada de un todo. // 2. Cantidad o porción especial o determinada de un agregado numeroso. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, pp. 981-982.

<sup>52</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del primer Año de Ejercicio del 24 de abril de 2007, pp. 33-34.

recho a la privacidad o a la intimidad”, que diera la impresión, esbozada al menos, de preparación, estudio y conocimiento del tema, que desde principios de la década de los setentas, hacía casi treinta años, había sostenido la suprema Corte de los EUA.<sup>53</sup>

Vinieron, desde luego, los verdaderos argumentos contra las meras aseveraciones de los iniciativantes proabortistas, que estos últimos prefirieron ignorar. La diputada Paula Adriana Soto Maldonado razonó que “[s]i bien es cierto e innegable que la mujer tiene derecho a la autodeterminación de su cuerpo, no lo tiene ni la justifica en nada, sobre el ser en gestación en su interior en la afectación de ese ser que es un tercero y que merece el cuidado y protección no sólo de su madre, sino también del Estado, del Derecho y de la Sociedad”. Por su parte, el diputado Leonardo Alvarez Romo retomó el asunto que el diputado Tonatiuh González Case evadió en su intervención, señalando: “[s]e ha dicho aquí que las mujeres tienen el derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Sí, pero para nosotros lo que está gestándose dentro de su interior, que es hermoso, es otro cuerpo que no es su cuerpo; otro cuerpo, un ser humano en potencia”. También el diputado Jorge Romero Herrera les preguntó a los abortistas: “[P]orqué les cuesta tanto trabajo entender lo que miles de personas en esta ciudad no, que es que el cuerpo de la mujer es distinto al del embrión, por qué no pueden entender que puede tener [inclusive] otro tipo sanguíneo, que tiene impulsos eléctricos [propios], que es otra persona”. En el mismo tenor, el diputado Jorge Triana Tena, les arremete a los abortistas, esperando alguna reacción a su derrotada pasividad inargumentativa, “[n]o es que se desconozcan los derechos de las mujeres, y se penaliza el aborto, sino que se antepone a estos el derecho a la vida que constituye fundamento a todos los demás”. Esboza el tema, pero es incapaz de contrargumentar otra vez, el diputado Agustín Guerrero Castillo, pues lanza solamente al aire la pregunta: “[s]i el cuerpo y la autonomía de la mujer son de orden público o es (*sic*) del orden privado”.<sup>54</sup>

Las meras aseveraciones superficiales y falta de contrargumentaciones de los proabortistas ante su propio planteamiento de que el óvulo fecundado y el embrión son parte del cuerpo de la mujer, y que al igual que puede disponer de una uña o de un órgano inclusive, lo puede hacer con el óvulo fecundado o el embrión, demuestra la impreparación, la ligereza con la que manejan un

<sup>53</sup> TRIBE, Laurence H., *El Aborto: Guerra de Absolutos*, p. 120. VIVES ANTÓN, Tomás S. y CUERDA ARNAU, María Luisa, *El Debate Acerca de la Legalización del Aborto*, México, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 142.

<sup>54</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del primer Año de Ejercicio del 24 de abril de 2007, pp. 58, 64, 69, 79 y 80.

tema tan trascendente. Pudieron al menos haber consultado múltiple literatura sobre el tema específico, como el caso de la profesora Catherine MacKinnon, que forma parte del claustro de profesores de MIT (destacada abogada feminista proabortista, que sin reconocer que el feto sea una persona o que tenga que ser tratado como una persona, señala que “tampoco se identifica totalmente con el cuerpo de la mujer... el feto es una forma humana de vida. [e]stá vivo ... [m]ás que una parte del cuerpo, pero menos que una persona... el feto es la mujer embarazada en el sentido de que está en ella y es de ella, y es más de ella que de cualquier otro... [é]l no es ella en el sentido de que ella no es todo lo que hay allí.”<sup>55</sup>

Otra vez quisieron abrumar con “argumentos masivos”, en volumen, dadas las debilidades individualidades de sus planteamientos, sin siquiera comprender las limitaciones de los mismos, que inclusive sus abundantes propios correligionarios ideológicos, de nivel intelectual, como se puede ver, se habrían atrevido a plantear. Ellos sí, con toda la honestidad intelectual de la que han carecido “nuestros legisladores defensores”.

Es obvio que la mujer en un caso de heroicidad caritativa, al igual que un hombre puede disponer de un órgano propio funcionalmente duplicado como es un riñón o un pulmón, para que un semejante que lo necesita sobreviva. Lo es también si debe extirparse un órgano enfermo, que lo haga igualmente para sobrevivir en condiciones de mejor salud. En ambos casos da o se da vida. Pero es evidente que biológica y éticamente no se está ante el mismo caso cuando aborta, cuando instruye o autoriza que le expelan un ser en formación. En el aborto no da vida ni a ella ni a un semejante, sino que mata otra vida. Pudieron haber acudido a fuentes serias que habríanles dado respuestas aunque fueran meramente imitativas; pero estaban decididos a aplastar a los opositores, como parte de la seudodemocracia manipuladora en la que viven. No requerían de más. El uso de la razón les debe parecer algo propio de conservadores.

### iii) Subordinación de la vida a la voluntad distensa

Sin que por siglos se hubiera siquiera puesto en duda la prevalencia del derecho a la vida en el sistema jurídico mexicano, sin que hubiera habido un

<sup>55</sup> HERRERA, Daniel Alejandro, *Aborto: ¿De qué se trata? ¿De qué se habla? Persona, Vida y Aborto. Aspectos Jurídicos* (EDCrim(30/12/2004nro11.163), Foro UCA Vida y Familia, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, marzo 2007. ; JARVIS THOMPSON, Judith, *A Defense of Abortion, Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, No. 1, 1971, disponible en: <http://spot.colorado.edu/~heathwool/Phil160,Fall02/thompson.htm>

cambio en los textos constitucionales, imitativamente al igual que en muchos otros, los legislantes defensores asumieron con su característico pragmatismo liberalizante populista, que tal derecho no existía. Más aún, apenas el 14 de febrero de 2002, el pleno de la Suprema Corte había declarado mediante “tesis jurisprudencial”, aunque sin la mayoría calificada de ocho ministros, sino sólo por la de siete (Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo (aunque discrepó en el criterio específico de la tesis), Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente), Juan N. Silva Meza y Génaro David Góngora Pimentel, (Presidente, quien discrepó en el criterio específico de la tesis en la misma forma que el Ministro Gudiño Pelayo) que “la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y... la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana... la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte... se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales”.<sup>56</sup>

Ignoraron también evadientemente sin el menor pudor intelectual jurídico, los legislantes, que el Código Civil para el Distrito Federal, en su Artículo 22, ha establecido prácticamente desde siempre que, aún y cuando la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento, “desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley”.<sup>57</sup> Su desconocimiento de la congruencia como elemento esencial de la técnica legislativa, les impidió también, aunque fuera con el característico cinismo, proponer la reforma del propio Artículo 22 mencionado, de manera consistente con su abortista reforma.

Su voluntarismo<sup>58</sup> instintivista, les impidió percatarse “que el bien es el objeto de la voluntad... para el hombre virtuoso y modesto, es el bien verda-

<sup>56</sup> Acción de inconstitucionalidad 10/2000, Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* Tomo XV. Pleno. Novena Epoca. Febrero 2002. p. 588.

<sup>57</sup> *Diario Oficial*, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 26 de mayo de 1928, Sección Tercera, p. 7. “Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

<sup>58</sup> “Califican de voluntarismo aquellas direcciones filosóficas que de alguna manera conceden preferencia a la voluntad sobre el entendimiento (Intelectualismo)”. Brugger, Walter, *Diccionario de Filosofía*, versión castellana de J.M. Velez Cantarell y R. Gabás de la 15ª ed. del *Philosophisches*

dero, para el malo, es el que el azar le presenta... El vulgo escoge el placer, que toma por el bien, y huye del dolor, que toma por el mal".<sup>59</sup>

El liberalismo sexual y la comodidad egoísta "benedicida" por el "sacro-santo" legislador perrediano y sus adherencias, no podían ser mejores ingredientes del hedonismo<sup>60</sup> populista perrediano proabortista.

Decía Jaime Balmes: "Todos experimentamos que en nosotros hay dos hombres: uno inteligente, activo de pensamientos elevados de deseos nobles, conformes a la razón de proyectos arduos y grandiosos; otro torpe, soñoliento, de miras mezquinas, que se arrastra por el polvo cual inmundo reptil... [p]ara el segundo no hay recuerdo de ayer, ni la previsión del mañana; no hay más que lo presente, el goce de ahora, ...para el primero hay la enseñanza de lo pasado y la vista del porvenir, ...para el segundo el hombre es un ser que siente y goza; para el primero el hombre es una creatura racional ...que conoce toda su dignidad, que se penetra de la nobleza de su origen y destino, que alza su pensamiento sobre la región de las sensaciones, que prefiere al goce, el deber".<sup>61</sup>

## 2. La Doceava Semana. Transaccionismo Seudoconservador

La iniciativa de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se manifestó a favor de que, como propusieron los diputados Díaz Cuervo y Pérez Correa, el aborto "procurado o consentido sólo sea sancionado cuando se practique después de la décima segunda semana de gestación... con el de fin lograr un equilibrio entre los bienes constitucionales en conflicto, a saber: la protección de la vida en gestación y la efectiva garantía y protección de los derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde a las mujeres embarazadas... corresponde al legislador realizar la ponderación de los diferentes bienes constitucionales involucrados... de modo tal que la penalización del aborto entendida como una forma de protección de la vida en gestación, no se traduzca en una limitación desproporcionada e irrazonable de los derechos y libertades de carácter

*Wörterbuch de Walter Brugger* publicado por Verlag Herder KG, de Friburgo de Brisgovia, 1978, 1995, Herder, p. 579.

<sup>59</sup> Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Colección Austral, 318, traducción del griego por Patricio Azcárate, Espasa Calpe Mexicana, México, 1980, p. 87.

<sup>60</sup> "Hedonismo. Doctrina según la cual el placer determina el valor ético de la acción. Al mismo tiempo se presupone que, en general, el hombre obra sólo por el placer". BRUGGER, Walter, *op. cit.*, p. 275.

<sup>61</sup> BALMES, Jaime, *El Criterio*, México, Espasa Calpe Mexicana, 1983, pp. 234-235.

fundamental de la mujer gestante [y] concluyen que ...el establecimiento del plazo... satisface un criterio de razonabilidad... que no resulta arbitrario... [sino] que de acuerdo al actual conocimiento científico existen razones biomédicas que permiten una diferenciación cualitativa entre el desarrollo gestacional que se alcanza al término de la décima segunda semana del embarazo". El sustento de la supuesta conclusión de la Comisión abortística es "la mortalidad materna... extremadamente baja [¡ahora sí!] en el primer trimestre de la gestación... procedimientos medico quirúrgicos utilizados... sin la necesidad de atención médica de alta complejidad... el incipiente desarrollo del sistema nervioso central del embrión [que] sólo permite la generación de reflejos simples... [la] imposible viabilidad-possibilidad de sobrevivir del embrión fuera del útero materno... [el] proceso natural de selección: de cada 100 embarazos, entre 13 y 15% terminan en aborto espontáneo... la Ley General de Salud... entiende por embrión "al producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional".<sup>62</sup>

Los antiabortistas, en voz de la diputada panista Paula Adriana Soto Maldonado, formulan un voto particular en contra del dictamen y, exaltando el valor de la vida, propone, que no se permita que "la vanalidad (*sic*) y la arbitrariedad menoscaben las necesidades sociales... que la soberbia y la cerrazón inhiban nuestras razones, que se atente contra la misma máxima a proteger: la vida... el derecho a la protección de la salud, debe alcanzar por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo... [e]n las Consideraciones de la reforma al Artículo 14 Constitucional [refiriéndose a la abolición de la pena de muerte apenas en 2005], igualmente se hace referencia a la protección del derecho a la vida... aprobada [en 2005] por 412 votos a favor y 0 votos en contra de la Unión... [S]e debe legislar con responsabilidad, con congruencia, con correlatividad al propio derecho positivo creado con anterioridad... no por "obviedad" como algunos de los diputados de las Comisiones Dictaminadoras pretenden hacerlo... Desde el pasado noviembre, vehementemente, los grupos parlamentarios promovedores y defensores de esta idea [del aborto como un problema de salud pública]... [d]e manera irresponsable, legislando sobre las rodillas y al cuarto para las doce o, mejor dicho, 35 minutos después de haber empezado la sesión de Comisiones Unidas, decidieron cambiar la tónica del debate para justificar ahora el aborto".<sup>63</sup>

<sup>62</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del primer Año de Ejercicio del 24 de abril de 2007, pp. 38, 39, 41 y 42.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 54, 56-57.

En seguida, la diputada panista, también opositora a la despenalización del aborto, Margarita María Martínez Fisher, se adentra en la sustancia del tema y pregunta a la Asamblea: “¿A partir de cuándo el ser humano se puede considerar ser humano? ... ¿Se puede garantizar que en ningún caso un bebé de 11 semanas 23 horas 59 minutos, 59 segundos, no tiene corteza cerebral y por tanto aún no es un ser humano... Existe un falso dilema ideológicamente utilizado, la vida de la madre en contraposición con la vida de su hijo... se habla de equilibrar los derechos, pero aquí vemos que uno de los derechos está completamente destruido... Se elimina el derecho a nacer”.<sup>64</sup>

El diputado Leonardo Alvarez Romo, del Partido Verde Ecologista, en este punto todavía entonces aparentemente congruente con sus postulados, expresa: “Todos los aquí presentes fuimos eso, todos los aquí presentes (*sic*). Toda la información genética para el desarrollo de un ser humano, se ha dado, ha quedado en el vientre, antes de las 12 semanas... ahí ha quedado trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen la gestión que culmina (*sic*), instrucciones genéticas que culminan, decir que nosotros no éramos cuando estábamos en el vientre de nuestras madre... Hay doctores que dicen que a las 9 semanas... empieza (*sic*) a haber movimientos del ser humano en potencia, si hay movimiento es que el sistema nervioso está empezándose a gestar a las 9 semanas. También el corazón empieza a latir desde entonces y se oye en el ultrasonido a las 3 semanas, antes”.<sup>65</sup>

La diputada panista también antibortista, Kenia López Rabadán, señala con un criterio de congruencia legal, que la “Asamblea Legislativa... no tiene facultades para restringir o eliminar los Derechos Humanos... superiores y anteriores al Estado, quien solamente los reconoce... pero no los otorga. 34 votos aquí no son suficientes para de un plumazo derogar la vida de las personas... No podemos por decreto eliminar la vida y (*sic*) la existencia de los seres humanos desde su concepción hasta las 12 semanas de desarrollo, cuando ya existen, ya sienten, ya se mueven y están completamente formados los bebés... En 2005 abolimos la pena de muerte... El día de hoy ...están permitiendo establecer la posibilidad de matar a los seres humanos”.<sup>66</sup> En el mismo contexto, el diputado panista Jorge Romero Herrera increpó más al vacío que a los entonces ya sórdidos abortistas: “Quién de aquí con la mínima instrucción científica, quién de aquí que sea médico o que sea biólogo o que sea químico o que haya pasado la secundaria, puede venir a decir que no es el inicio de la vida humana el momento de la concepción, quién científicamente puede negarlo o quién de aquí no fue concebido, quién o quién de aquí no tuvo sus primeras 12 semanas de gestación. Absurdo compañeros”. El diputado también panista antiabortista, Jorge Triana Peña, afronta a los perredianos, que se mantienen incólumes cuando les asevera: “se deja en estado de indefensión a un ser humano como persona o sustancia individual”. Finalmente, el diputado Ramón Hernández Labastida, a nombre de Acción Nacional, les reprocha a los perredianos y adherentes que “no es lícito negar la evidencia científica respecto a que el embrión humano posee características estructurales y funcionales que lo configuran como un auténtico organismo humano... organismo individual vivo... con derecho a vivir... [e]l derecho humano a la vida no descansa en un estándar de eficiencia mental, moral, social o política (*sic*)”.<sup>67</sup>

Los perredianos abortistas y sus adherentes mostraban ahora su cara amable transaccionista, al proponer que fuera antes del fin del primer trimestre, de las doce semanas de embarazo, que el aborto quedara despenalizado, cualquiera que fuera la causa. Ya en pleno gobierno, bajo el lema de la “Ciudad de la Esperanza”, se habían emitido los “Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud Relacionados con la Interrupción del Embarazo en el Distrito Federal”, en donde atribuían el carácter de “Interrupción legal del embarazo ...[a]quella que se realiza hasta la semana 20 de gestación”.<sup>68</sup> Benévolamente proponían ahora reducirlo 8 semanas.

Han sido tales los bandazos perredianos en el tema, que ni siquiera el médico, entonces Secretario de Salud del Distrito Federal, Ricardo Arturo Barreiro Pereira, que firma dichos Lineamientos, hubiera tenido el prurito de no llegar a creer, al límite de la posibilidad científica, excepcional si se quiere, pero real, de la sobrevivencia de un niño nacido a las 21 semanas del embarazo, que el doctor John C. Wilkie, de Cincinnati, y Fundador del Comité Nacional por el Derecho a la Vida, difundió en los años 1971 y 1972. Tampoco consideró que “Habitualmente cuando se ha iniciado el segundo trimestre del embarazo y se vuelve imposible realizar el aborto por el método de succión... se dilata el cuello uterino para introducir un fórceps y sacar al feto del cuerpo de la mujer. Después de la semana 15, el tamaño del feto hace imposible que puedas extraerse completo... se evacúa el feto completo aplastando el cráneo para que su cuerpo entero pase por la pelvis”.<sup>69</sup> No se necesita ser médico para saber que la medición de las semanas de embarazo es, hasta el día de hoy, incierta y que todo ginecólogo calcula por ello esti-

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 59-60.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 6-67.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 69, 78-90.

<sup>68</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 15 de noviembre de abril de 2006, p. 5.

<sup>69</sup> *TRIBE*, Laurence H., *op. cit.*, pp. 21, 177 y 178.

mativamente el parto o nacimiento de una creatura con una semana antes o una semana después. Es decir, que las 20 semanas de los Lineamientos del perrediano médico pudieran estarse completando al menos una semana después de que el producto ya pudiera sobrevivir. A reserva de poder conocer sus argumentos de defensa, el Juramento de Hipócrates de los médicos tuvo que haber sido traicionado por este médico secretario.

Consideraciones científicas debatibles, quizá, pero serias, tales como las de que “tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran a los 23 cromosomas maternos, toda información genética necesaria y suficiente para especificar las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas... [en] la décima semana por ejemplo ya tiene cara, brazos, piernas y dedos; tiene órganos internos y se puede detectar actividad cerebral... [p]ero por otro lado... un óvulo recién fecundado no es más persona de lo que una bellota es un roble (*sic*)... (pero) [u]na bellota puede seguir siendo durante años lo mismo... la concepción de un niño que no es una mera germinación de una semilla... dos células sexuales cada una con veintitrés cromosomas se unen y de forma más o menos inmediata, se funden para convertirse en una nueva célula con cuarenta y seis cromosomas que dan a lugar a una constitución genética única (no la del padre ni la de la madre ni una mera yuxtaposición de los dos)... (que) determinará sustancialmente los rasgos del individuo”.<sup>70</sup>

La hilaridad de las soberbias afirmaciones perredianas inargumentativas quedan de manifiesto con unas cuantas líneas como las transcritas, que hacen ver la seriedad y complejidad de un tema que ellos resolvieron con toda ligereza mediante el mayoriteo en una sesión asambleística de unas cuantas horas, en un sólo día. Afirmaciones gratuitas seudojustificativas, reduccionistas a meros hechos sociológicos descalificables, como el del mínimo porcentaje de abortos espontáneos sucedidos, según ellos, en ese periodo docemanal; supuestamente científicobiológicos como el de que sólo hay un incipiente desarrollo del sistema nervioso, hacen evidente la unilateral ideologización del debate, más que la de una auténtica representación social de los destinatarios de la norma jurídica que elaboran.

No podemos cerrar este rubro de citas sobre el seudodebate acerca de la vida del embrión, sin referirnos a un latente, pero constantemente esbozado fácil y superficial expediente, lleno de fanatismo en contra de la Iglesia Católica, por parte de los abortistas de uno y otro partido. El diputado perrediano

<sup>70</sup> Ver el debate científico entre Judith Harvis Thompson de MIT y el profesor de filosofía del derecho (*Law and Legal Philosophy de la Universidad de Oxford*) John Finnis en HERRERA, Daniel Alejandro, *Aborto ¿De qué se trata?, ¿De qué se habla?*, pp. 44 y 45.

Isaías Villa Gómez, haciendo remembranzas decimonónicas y, de anteriores posturas fundamentalistas anticlericales, fuera de contexto cita a Benito Juárez y no sólo exalta “la independencia del poder civil y la libertad religiosa”, sino que maliciosamente pretende hacer suponer, refiriéndose a temas teológicos de hace poco más o menos ochocientos años; con lo que pretende engañar a la audiencia con su presuntuosa, pero falsa “historicista sabiduría”; que “al final de la Edad Media, Tomás de Aquino sostuvo que al feto (*sic*) se le infundía el alma entre el tercero y cuarto mes después de la concepción; el Concilio de Trento en el Siglo XVI recuperó la tesis de la hominización retardada de Tomás de Aquino sosteniendo que el alma era infundida en el cuerpo 40 días después de la concepción en el caso de varón, y 80 días después en el caso de la mujer”.<sup>71</sup>

El fanatismo anticlerical del diputado le lleva ciegamente a imputar a Tomás de Aquino, cosas que no aparecen en su obra sobre el tema. Evidentemente, tampoco cita sus fuentes de información, pero eso sí, sorprende su temeridad engañante de la gran masa ignorante de sus partidarios.

No aparece en la Suma Contra los Gentiles, Libro II, La Creación las Creaturas, semejante afirmación. Lo más que llegó a decir el aquinatense al respecto, pero dentro de un contexto de discusión amplísimo, fue que “el alma vegetal que aparece en el momento en que el embrión vive la vida vegetativa, se corrompe, sucediéndole un alma más perfecta, que es nutritiva y sensitiva, y entonces el embrión vive la vida animal; corrompida esta, sucédele el alma racional, infundida por un agente extrínseco, aunque las precedentes estuvieran en la virtud seminal”.<sup>72</sup> Es tan evidente insensatez del diputado Villa, que los doctrinarios proabortistas Tomás S. Vives Antón y María Luisa Cuerda Amau citan el texto transcrito de Tomás de Aquino en su obra “El debate acerca de la legalización del aborto”, y jamás se refieren a plazo alguno diferenciado para la infusión del alma. Su profundo, aunque disidente análisis del que esto escribe, no da lugar a dudas que de existir tal aseveración del aquinatense, le habrían citado. No sólo eso, a pesar de su acendrada posición abortista, reconocen con objetividad que “[a]lgunos teólogos católicos consideran, que dados los avances de la biología, Tomás de Aquino, de haber vivido hoy, entendería que el embrión... posee ya desde el momento mismo de la concepción, todas las características que determinarán que se convierta en un hombre”.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Segundo Periodo Ordinario de Sesiones del primer Año de Ejercicio del 24 de abril de 2007*, pp. 67 y 68.

<sup>72</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Contra los Gentiles*, Libro 2, capítulo 89, Madrid, p. 706, Biblioteca de Autores Cristianos.

<sup>73</sup> De Aquino, Tomas, México, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 46.

El paupérrimo nivel intelectual y de pereza mental de los perredianos proabortistas y sus adherencias, resulta incontestable. El tema es muy complicado; genera conflictos la determinación del mal menor y el mal mayor (particularmente en los casos en los que el decidente no se ha colocado voluntariamente en la situación de conflicto de interés), que aún la ética resuelve con dificultad, que por lo mismo merecía de un análisis y debate democrático y serio. De haberse dado, el asunto no se habría resuelto en una sola sesión en un sólo día, ni en la forma en que se hizo. No escucharon y menos debatieron las posturas disidentes, ni los contenidos; se apartaron de los principios democráticos que antes de detentar el poder y nominativamente pregonara ese partido mayoritario defenó, que ahora se conduce dictatorialmente. Era mucho pedir a los instintivos perredianos que reflexionaran, que razonaran, no obstante que otros seres menos instintivos quizá, no matan a sus crías en gestación.

#### a) El Embrión como "Animal No Humano"

La tesis tomista de perfección progresiva del alma, con más de ocho siglos de haber sido difundida en un escenario de conocimiento científico biológico limitadísimo, pero dotada entonces de una contundencia lógica conforme a lo entonces sabido, parece ser sorprendentemente retomada en nuestra época por el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin, profesor recientemente fallecido, de entre otras universidades, las de New York, Yale y Oxford, quien dijera que "un feto en edad temprana no tiene intereses propios [derechos que proteger diríamos] más los que pueda tener una flor".<sup>74</sup>

Si partimos de esa afirmación de Dworkin, podremos suponer entonces que pronto, muy pronto, el feto sería equiparable en la evolución de flor o vegetal de su alma ("substancia individual que permanece a través de los cambios de los procesos vitales"),<sup>75</sup> a un animal, como dijera Tomás de Aquino.

Si así fuera, habría entonces que tenerle la consideración de un "animal no humano", como ahora dicen los legisladores perredianos, arrebatándole el monopolio de la protección de estos a sus colegas del Partido Verde Ecologista, compañeros de viaje en estos temas. Desde febrero de 2002, la

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Massachusetts, Cambridge London, England, 2011, p. 377. "an early fetus has no interest of its own, anymore than a flower does, a fetus cannot be supposed to have rights protecting its interest".

<sup>75</sup> BRUGGER, Walter, *Diccionario de Filosofía*, Traducción de J.M. Velez Cantarell y R. Grabas, Herder Barcelona, 13a. edición, p. 50.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió La Ley de Protección de los Animales del Distrito Federal, que se dice que tiene "por objeto [entre otros]... proteger la vida y garantizar el bienestar de los animales... [que] ... crueldad es [un] acto de brutalidad contra cualquier animal..., [que] su sacrificio [debe ser realizado] necesario con métodos humanitarios [que se les debe dar un]... trato digno y respetuoso... para evitar[les] dolor o angustia... [y se sanciona]... poner en peligro la vida del animal".<sup>76</sup>

¿Qué no habría que dar al menos una protección similar al feto en su supesta etapa anímica animal? ¿No es un acto de crueldad, de brutalidad, que se le provoque y cause dolor y angustia? Ni siquiera congruencia lógica, aunque carente de ética, manejan los llamados legisladores perredianos junto con sus adherencias. ¿Habrá un paso subsecuente en el que reconozcan explícitamente los derechos de los "animales no humanos", sobre los de los animales humanos, o lo habrán hecho ya y no nos hemos dado cuenta?

La inargumentabilidad contra la inobjetable conclusión científica de que desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide estos dos dejan de existir como tales, y existe un nuevo ser micrométrico e invisible quizá, pero cognoscible científicamente, es decir, hay vida y no una mera célula más como las demás que forman parte del organismo femenino, por una parte, y la insuficiencia del planteamiento de que al óvulo fecundado, embrión y feto, no les resulta aplicable el concepto de persona en sentido jurídico, para justificar el aborto, y menos aún del ontológico, llevó a los filósofos proabortistas a tratar de determinar "éticamente" que son otros los atributos que identifican al ser humano. No se pueden apartar, sin embargo, de los propios textos de la Suma Contra los Gentiles, de Tomás de Aquino, para elaborar sus planteamientos.

Son los autores proabortistas citados, Vives Antón y Cuerda Arnau, de quienes también disiento, los que, a diferencia de los ligeros pseudoideólogos perredianos, tienen al menos la virtud de acudir a pensadores serios, más o menos actuales, entre otros, J. M. Metz, L. Wittengstein, M. Scheler y J. Habermas, quienes atribuyen el carácter de ser humano a partir de la consciencia, la autonomía y la capacidad de comunicación del ser, que, evidentemente, señalan, no existen en los fetos, ni en los embriones. A continuación hago un resumen de algunas de sus ideas que los llevan a la conclusión de que, en tanto que, ni el feto ni el embrión tienen capacidad autónoma ni de comunicación, no son seres humanos que merezcan reconocimiento como tales, menos aún protección jurídica.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 de Febrero de 2002, Artículos 1 y 4, entre otros.

<sup>77</sup> El Debate acerca de la Legalización del Aborto, *Ibidem*, p. 47-82.

Habría que recomendar a los perredianos diputados civilidad, actuación con responsabilidad y que accedan a tales autores que, como Habermas, a pesar de su agnosticismo, quizá ateísmo, reconoce que “[I]a neutralidad al respecto del poder Estatal que garantiza las mismas libertades éticas para todos los ciudadanos, es incompatible con la generalización política de una visión del mundo laicista. Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los ciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas”.<sup>78</sup>

#### i) Ausencia de Autonomía

J.M. Metz considera que el propio Tomás de Aquino dejó entrever que un ente posee el ser en la medida en que sea capaz de reflexionar sobre sí mismo, “se auto-pertenece de manera inalienable... es esencialmente, inviolable e impermutable... individual e irrepetible... como libertad de ser”. Para Scheler, no es demostrable la animación divina, sino que es la conciencia de sí mismo, lo que es el hombre.

#### ii) Ausencia de Comunicación

Para Wittengstein es la capacidad de comunicación de las sensaciones, el lenguaje y no el pensamiento mismo, que se da a partir de la más tierna infancia; el lenguaje como fuente de toda reflexión filosófica. Dice que no es problema determinar si los fetos o embriones son personas, sino si los niños nacidos o los adultos con discapacidades tienen capacidad lingüística y de autoconciencia. En el mismo contexto, Habermas se refiere a la integración inicialmente pasiva y casi inmediatamente activa del ya nacido, a la comunidad ilimitada de comunicación.

Como se puede apreciar, los autores referidos siguen una ideología respetable, pero parcial, meramente sociologista o empirista. Niegan el análisis ontológico porque desconocen metodológicamente esta posibilidad de conocimiento. No creen en el conocimiento deductivo o, por lo menos, lo subordinan al inductivo. Consideran que el lenguaje es un elemento esencial del hombre, cuando solamente lo es de su naturaleza. Un ser humano que no

<sup>78</sup> HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre Razón y Religión, Dialéctica de la Secularización*, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 32-33, traducción Pablo Largo/Isabel Blanco.

habla ni se puede comunicar en forma alguna, sea porque se encuentra en una edad muy temprana o sus facultades de comunicación, siendo ya adulto, se encuentren mermadas, no por eso deja de ser humano, pues entonces, al igual que el óvulo fecundado, el feto y el embrión, también podría ser privado de la vida “justificadamente”. La logicidad de esos pensadores tendría que ser necesariamente, o su congruencia racional quedaría necesariamente trunca. Por lo mismo, el lenguaje no se da sin el ser humano, este último es también necesariamente anterior a su simbología comunicativa. Otra vez, definen al ser humano por su naturaleza, pero no por su esencia, no por lo que es, sino por lo que manifiesta. Cuando refieren a su socialización, desconocen también que ser humano es gregario por naturaleza, pero no es su sociabilidad su esencia.

#### CONCLUSIÓN PRELIMINAR PARCIAL

Finalmente y a manera de conclusión preliminar aún parcial, resulta obvio que los perredianos y sus adherencias no han mostrado alcances intelectuales para siquiera conocer, ya no digamos razonar, de la manera que lo hacen los auténticos pensadores sociologistas empiristas o quienes en ellos se apuntalan, para “justificar” el aborto. Posición ideológica que como he dicho, tampoco comparto. En el mejor de los casos, se apoyaron en datos estadísticos generalmente incongruentes, y desde luego infundados, en actitudes dogmáticas fundamentalistas, y en otra serie de aseveraciones carentes de seriedad científica. Lo que adicionado a su desconexión con las opiniones de la sociedad mediante el desprecio del referéndum y el plebiscito, lleva necesariamente a ubicarlos como simuladores de la democracia.

Hace ver, Clemente Valdés, que la democracia no es meramente el proceso electoral para escoger a una oligarquía, y que con frecuencia se practica como “[e]l engaño con el que unos cuantos hombres y mujeres en los tiempos modernos, se han adueñado del poder político en muchos países, reside en que han logrado hacer creer a sus pueblos que la democracia son (sic) las votaciones para elegir a una persona o a un grupo de individuos para que estos gobiernen y hagan lo que quieran”.<sup>79</sup> Menos aún aceptan la rendición de cuentas de sus desmanes.

En el mismo sentido se expresó, con su característica elegancia, desde hace varios años, Joseph Ratzinger, entonces prefecto de la Congregación

<sup>79</sup> VALDÉS S., Clemente, *La Simulación de la Democracia*, Ediciones Coyoacán, 2014. p. 26.

para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica cuando dijo: "El recelo contra el derecho y la rebelión contra él reaparecerán si se percibe que el derecho es un producto del arbitrio, un criterio establecido por los que tienen el poder y no la expresión de una justicia al servicio de todos".<sup>80</sup>

<sup>80</sup> RATZINGER, Joseph y HABERMAS, Jünger, *op. cit.*, p. 38.

## LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, MI PUNTO DE VISTA

Ubaldo OROZCO PÉREZ

### INTRODUCCIÓN

La motivación para escribir estas cuartillas me llegó al presentar el examen de oposición —2010— para impartir, en la Escuela Libre de Derecho, el entonces curso de deontología jurídica. En esa oportunidad, comenté al rector Fauzi Hamdan Amad, presidente del sínodo, que aparte de impartir las clases consideraba necesario estudiar y reflexionar sobre lo que distinguía a la Escuela de otras facultades de derecho, para procurar el traslado de las fortalezas halladas al futuro comportamiento profesional de los egresados titulados.

En la misma oposición recordé mi experiencia personal. Cuando salí de la Escuela en 1973, aparte de la soberbia de ser el mejor, llevaba bien claro lo que había aprendido, algo de saber y algo de hacer. Por el primer lado: un criterio jurídico firme, dónde y cómo buscar las respuestas que la tarea profesional exige y, por el otro, cómo enfrentar asuntos y negocios: como si se tratara de asistir y responder en clase o de presentar un examen final según su importancia y complejidad.

A pocos días de ganar la oposición empecé a preparar el curso y un poco después a exponerlo, sin embargo, es hasta ahora, cuatro años después, que pongo por escrito el producto mis reflexiones sobre el *espíritu* de la Escuela, —lo demás queda pendiente—, que parcialmente he expuesto en mi, ahora, clase de ética y deontología jurídica. Aparte pongo otros comentarios relacionados o derivados del tema.

## I. LA FUNDACIÓN DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

I.1 La Escuela es centenaria porque nació en 1912 y es debida al azar por haber sido encontrada sin ser objeto de búsqueda

En una huelga de alumnos de la Universidad Nacional de México, (UNM), los estudiantes de derecho la enderezaron contra la rigidez académica de Luis Cabrera, entonces nuevo director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, (ENJ).

En ésta, el fin de la huelga, una vaga idea de libertad y algo de vuelta al pasado próximo —las ideas educacionales sostenidas por Pablo Macedo en el periodo 1903-1911, que fue director de la ENJ, resumidas por Jaime del Arenal Fenochio como disciplina y afecto— no se lograban. Aparte, en su transcurso, algunos alumnos fueron expulsados —unos hasta del sistema educativo nacional— y otros renunciaron a sus matrículas. Ante esta situación, los huelguistas se propusieron a sí mismos una nueva meta: fundar una Escuela *libre* e invitaron a sus antiguos maestros, lo más ilustre del foro nacional, a darles clase. Éstos aceptaron poniendo por condición no cobrar por sus servicios.

Con su propio prestigio, los maestros engrandecieron la naciente Escuela y convirtieron sus despachos en fuente de camaradería —como la Escuela misma— y de trabajo para el alumnado, enseñando así la teoría del Derecho y su práctica en forma unitaria y simultánea.<sup>1</sup>

## II. LOS HUELGUISTAS

II.1. En términos profanos y generales la voluntad del ser humano se ve compelida por estímulos externos, únicos o seriados, que la determinan a actuar o a no hacerlo. Estos estímulos afectan a la razón y al sentimiento, pero en forma desigual, algunos más a la primera, otros a la última. Los estímulos que afectan el sentimiento dan respuestas más inmediatas, explosivas y poco duraderas. Para los que afectan la razón las respuestas son mediatas, sosegadas y duraderas.

<sup>1</sup> Para ratificar y enmendar —sin embargo, no corrijo el texto, pues la información de la cita no precisa— lo señalado en relación al nacimiento de la Escuela, cito el inicio del segundo párrafo del discurso de conmemoración del XIII aniversario de la fundación de la Escuela Libre de Derecho, pronunciado por Emilio Rabasa: "Un acto cualquiera del superior, quizá insignificante; pero cuya dureza o injusticia no importa juzgar, produce la rebelión de un grupo de alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que juran no volver a clase..." Un acto cualquiera, así sin el contenido ideológico de la libertad; una simple rebelión de orgullo juvenil en la ENJ, nada de huelga universitaria.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que distinguir el área de la voluntad afectada por un estímulo puede ser simple cuestión de apreciación, según indica Bertrand Russell que dijo en 1931:<sup>2</sup>

La psicología, tal como se entendía en el pasado (...), era incapaz de proporcionar un dominio práctico sobre los procesos mentales, y nunca tendió a este resultado. Contra esta afirmación general existe, sin embargo, una excepción importante, a saber: la de la psicología estudiada por la Compañía de Jesús. Mucho de lo que el resto del mundo sólo ha comprendido recientemente, fue ya percibido por Ignacio de Loyola e impreso por él en la Orden que fundó. Las dos tendencias que dividen a los psicólogos progresistas en nuestros días, a saber: el psicoanálisis y el *behaviourismo*,<sup>3</sup> están ambas manifiestas por igual en la práctica jesuítica. Creo que cabe decir en conjunto que los jesuitas confían principalmente en el *behaviourismo* para su propia enseñanza, y el *psicoanálisis* para su ascendiente sobre los penitentes. Esto sin embargo, es sólo cuestión de apreciación. Las instrucciones que Loyola da con referencia a las meditaciones sobre la Pasión<sup>4</sup> pertenecen más bien a la psicología freudiana que a la watsoniana.<sup>5</sup>

Aparte de las ya señaladas hay otra explicación, que en una conducta, única o seriada, operen al mismo tiempo estímulos diferentes de los dos tipos.

Los estímulos —acciones humanas, ideas, propósitos, actos de la naturaleza, casi todo o todo, lo que existe— aparecen cotidianamente en el transcurso de la vida. Provocados o encontrados fuerzan al ser humano a tomar decisiones que van, por ejemplo, desde inscribirse en una Escuela profesional hasta ir a huelga por los actos de su autoridad. Como fuere, la conducta que el ser humano despliega ante ellos va haciéndole un carácter, un modo de actuar más o menos uniforme y esperado, que se manifiesta en todos sus actos presentes y lo hará en los posteriores; tal aprender, estudiar y ejercer una profesión.

Así, el carácter es el conjunto de rasgos o cualidades positivas y negativas que el individuo va adquiriendo a lo largo de su vida mediante el ejercicio fáctico de su voluntad. Es un modo de ser y de actuar. El carácter es una disposición adquirida, no un regalo genético que predispone a actuar en el mismo sentido de los actos y omisiones previos. No es una inclinación temperamental específica, sino el resultado de hechos y omisiones seriados, llevados a cabo aun contra aquella.

Los que pretenden formar el carácter de otros procuran dar estímulos que afecten expresamente las dos áreas de la voluntad y/o estímulos de las dos

<sup>2</sup> RUSSELL, Bertrand, *La perspectiva científica*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 145.

<sup>3</sup> *Behaviourismo*: Conductismo.

<sup>4</sup> Se refiere a la Pasión de Cristo. Las meditaciones se dan principalmente en ejercicios espirituales.

<sup>5</sup> Por John Broadus Watson, Estados Unidos de América, 1878-1958, fundador del conductismo.

clases. Pero a veces los estímulos aparecen por obra del azar. En este caso para dar respuesta exitosa el sujeto ha de tener no sólo los conocimientos pertinentes sino también un carácter formado, o con avance importante en él, y encausado al aprovechamiento de la circunstancia.

Una empresa humana que se piensa grande y para larga vida requiere de impulso y constancia iniciados y sostenidos por estímulos grandes y permanentes. Ejemplifico: la libertad y la disciplina como motor de la conducta. O sea, un poco de espontaneidad, de deseos, de emoción, de sentimiento, de Freud y, por la otra parte, de razón, de sujeción a normas, de entrenamiento, de condicionamiento, de Watson.

II.2. En el caso del nacimiento de la Escuela los fundadores se toparon con dos estímulos principales y sus circunstancias: la huelga y, ante su falla, la fundación de una Escuela *libre*. Como considero que el carácter para acometer ésta fue sustentado y reforzado por la huelga, analizo sólo el caso de los participantes en ésta.

De entrada, creo que no se ha hecho suficiente énfasis en el carácter del huelguista de 1912, a pesar de ser determinante en todas las etapas del movimiento, desde el nacimiento hasta el éxito o fracaso finales. Y es que no cualquier inconforme ni rebelde se va a la huelga y menos se queda en ella cuando puede volver cómodamente a casa —la ENJ en el caso—, situación que en poco tiempo se abriría para él.

Se requiere, para empezar, un carácter forjado, o en forja, en adversidades y hostilidades extendidas durante un periodo más bien largo.

Enumero en seguida las cualidades positivas preponderantes que el participante despliega y desarrolla necesariamente en el curso de una huelga exitosa.

II.2.1. *Creyente*. Tiene fe. Posee un conjunto de ideas y creencias a las que atribuye más valor que a su propio éxito y seguridades en su oficio. Si no las halla hechas realidad en su vida cotidiana, ésta le parece insoportable y un rechazo del medio a su persona. En el caso parece ser que la idea que sirvió como asiento de esa creencia o fe fue, según Manuel Herrera y Lasso: *la libertad*; para Emilio Rabasa, la oposición a una cierta forma de autoritarismo: *dureza o injusticia del superior*. En este rasgo predomina el sentimiento sobre la razón.

II.2.2. *Orgullosa*. El huelguista está orgulloso —satisfecho consigo mismo y así lo manifiesta— de saberse en cumplimiento de una misión —en el caso se trataba de vencer al poder público— y portador de

ideales que valen más que él, pero que él representa ante los demás. Este rasgo procede más del sentimiento que de la razón.

II.2.3. *Arriesgado*. Nuestro huelguista se juega, contra las conveniencias del momento y a una carta, su futuro profesional,<sup>6</sup> en el solo afán de estudiar en el medio —forma y fondo— que considera ideal, correcto, válido. Algunos llaman decididos a quienes se comportan así, sin embargo, en el huelguista implica, aparte de tomar la decisión y mantenerse en ella, la toma de riesgos que no se dan necesariamente en todo tipo de decisiones. Igual de decidido es el que opta por ir a la huelga que el que opta por no ir a ella. Parece pues más correcto llamar arriesgado al huelguista ya que se le agrega contenido a la decisión. En este rasgo predomina el sentimiento.

II.2.4. *Tenaz*. En su lucha contra circunstancias adversas, poderosas, crecientes y casi insalvables en apariencia, el huelguista se manifiesta persistente o no triunfa la huelga. No debe vacilar, y si lo hace, pronto ha de retomar la fe y reintegrarse a la lucha. La razón de ello es que una huelga debe sostenerse día a día, las inconstancias la debilitan y acaban. Aquí hay predominio de la razón.

II.2.5. *Oportunista*. El alumno fundador de la Libre aprovechó la oportunidad que se le presentó de salvar su “huelga” con la creación de una *Escuela libre* modificando el objeto original de su creencia y de su lucha. Se olvidó de reformar la ENJ o de cualquier otro fin que haya tenido, y fundó la Escuela Libre de Derecho. Este rasgo corresponde más a la razón y se corresponde con el pragmatismo.

II.2.6. *Tolerante*. Para atreverse a ir a la huelga y mantenerse en ella el alumno fundador, como todo huelguista, desarrolló ciertas tolerancias, cuando menos a la injusticia, el fracaso y a la incertidumbre del futuro. Por lo que respecta a la primera, parece una incongruencia que quien lucha por lo que cree justo tolere voluntariamente injusticias, sin embargo, hacerlo es necesario para el éxito de la huelga: se soporta, hasta se provoca, dicho a manera de ejemplo, la *injusticia* de una expulsión de la UNM por ser tenida como necesaria, no sólo para conseguir el objeto práctico de la huelga sino para fortalecer la fe. Cada día que pasa sin que el conflicto se resuelva de modo satisfactorio es un fracaso y una tentación para desistir. Además, cada esperanza fallida, que siempre las hay en una huelga,

<sup>6</sup> Desde luego, en una huelga no se juega la profesión a una carta, pero ése es el sentimiento que generalmente se tiene.

es un fracaso. Aparte, en sí misma, la huelga de 1912 fue un fracaso porque no logró su objetivo y hubo de ser aguantado. Por último, la incertidumbre acompaña a la huelga desde su inicio o quizá desde antes, y ha de ser manejada, aguantada, hasta el final para ser exitosa. Esta tolerancia quizá pueda traducirse en cierta insensibilidad o impasibilidad frente a los estímulos adversos del entorno y más corresponde a la razón que al sentimiento.

- II.2.7. *Competitivo*. La huelga es en sí una competencia, una lucha, entre las dos partes en pugna. Aquí destaco un punto: cada batalla —actos de cualquiera de las partes— y cada momento lo es, puede ser la última y decisiva contra la huelga y no a favor de ésta. Una flaqueza, ceder ante cualquier oferta de “paz” por conveniencia personal y se acabó. El alumno fundador tenía por batalla diaria vivir su día sin permitirse distracciones o devaneos ajenos al éxito de la empresa en curso. Cabe aquí recalcar otro aspecto de esta cualidad: la competencia que se da entre los huelguistas mismos por tener un lugar entre los primeros, entre los de adelante, por ser escuchado, por ser reconocido, por ser el adelantado en la muestra de la enseña de la huelga. Creo que este rasgo procede por igual de la razón y del sentimiento.
- II.2.8. *Disciplinado*. Por disciplina entiendo la sujeción activa y voluntaria a ciertas normas de tipo vario. Es un arte. Es el pegamento de los esfuerzos cotidianos del huelguista que incorpora el sentimiento —la fe principalmente— a todos y cada uno de sus actos. Se es huelguista de tiempo completo y esto se consigue sólo con la disciplina. Este rasgo más procede de la razón que del sentimiento.
- II.2.9. *Camarada*. En el curso de una huelga se desarrolla, entre los participantes, una amplia camaradería o compañerismo, juntos son uno solo, se hermanan, actúan como si la comunidad de ideales e intereses fuera comunidad de vida y cada uno en particular es responsable con sus actos del movimiento entero. Se apoyan mutuamente para que la debilidad de uno no ponga en riesgo el movimiento entero. En este rasgo encuentro un origen de casi igual intensidad entre la razón y el sentimiento.
- II.2.10. *Responsable*. En el párrafo anterior mencioné este rasgo que corresponde, en el caso, a la diligencia y cuidado, que en cada uno de sus actos habían de poner los participantes para obtener y proteger la suerte de la huelga. Cabe también aquí el cumplimiento cabal del compromiso común con los otros partícipes del éxito de la huelga;

en pocas palabras: el huelguista ha de ser fiel a la palabra dada. Esta cualidad procede más de la razón.

- II.2.11. *Cauteloso*. Cuida el movimiento para no dañarlo, para que siga su curso hasta el éxito, evita los excesos; tal hubiera sido en aquella época causar destrozos en los edificios del centro de la Ciudad de México. Igualmente, este rasgo viene más de la razón.

Desde luego, estas cualidades se mantuvieron por los alumnos con altibajos entre la euforia, la firmeza, la depresión, el titubeo y la duda, pero como puede observarse y deducirse, la huelga dejó en los participantes un carácter suficientemente motivado por la fe y entrenado por la disciplina. Sentimiento y razón estaban presentes en cada uno de sus actos. Estaban puestas, aunque no visibles para todos, las garantías de larga vida de las empresas humanas.<sup>7</sup>

Dos nombres de importancia entre los huelguistas: Ezequiel Padilla y Manuel Herrera y Lasso.

De haber fallado la huelga, los calificativos para el alumno fundador se hubieran tornado a: fanático, soberbio, imprudente, terco, desperdiciado, intolerante, peleonero, indisciplinado, revoltoso, irresponsable y temerario. En fin, las mismas cualidades, pero con signo negativo. Además, él mismo tendría la certeza de fracaso personal y hubiera recibido el juicio condenatorio de familiares, amigos y conocidos.

Algunos llaman templado al que sobrevive una huelga. A mí no me parece correcto llamarlo así. Templado es un término *neutro*, pues carece de precisión. Es decir, para calificar correctamente requiere del adverbio, bien templado o mal templado. Personalmente me inclino por llamarlo sobreviviente, término que actualmente se aplica a quien ha pasado —*sobrevivido*— una situación crítica de larga duración —un cáncer a modo de ejemplo—, sale de ella sin daño grave y permanente, y continúa luego su vida ordinaria. Quedan atrás una crisis grande, prolongada, generalmente fatal o, al menos, aniquilante en salud, en el trabajo, en la vida social y en la personal. O una huelga exitosa, pero hay que destacar que las crisis implican, por necesidad que sean muchos los que no las *sobrevivan*; en el caso, abandonen por cualquier motivo la huelga o después la Escuela. Andando el tiempo, la Escuela —alumnos y maestros— acuñó la frase vigente que reza así: *A la Escuela hay que sobrevivirla*. Creo que su todavía uso continuo me da la razón.

<sup>7</sup> Luis Méndez, rector honorario, auguró a la Escuela una vida tan larga como una temporada de lluvias.

Hay, sin embargo, una diferencia importante entre la crisis que describo en el párrafo anterior y la de nuestro huelguista: la de éste es autoimpuesta, querida, buscada y encontrada, en tanto la otra generalmente viene desde fuera o, al menos, no es deseada por quien la vive, no la busca como un medio para desarrollarse. En este sentido, se puede pensar correctamente que quien se mete por voluntad propia a una crisis es, en sí mismo, una “anormalidad” social en tanto es distinto a la mayoría que prefiere evitarla.

### III. IDEAS Y HECHOS FUNDADORES

III.1 Emilio Rabasa —en realidad, la Comisión redactora del Estatuto— dejó constancia de su preocupación por encontrar una marca, un destino propio de la Escuela. En el acta de junta de profesores del 19 de julio de 1912, la primera, se lee: “Acto continuo el Sr. licenciado Rabasa hizo uso de la palabra para dar a conocer los motivos razonados que la Comisión había tenido al formular el Estatuto e imprimir cierto espíritu a la Escuela Libre”.

Coloquialmente, puede afirmarse que la Comisión “imprimió” a la Escuela un rasgo o rasgos que la distinguían de la UNM, pues de otra forma no valdría hablar de un *cierto espíritu* en el Estatuto Provisional.<sup>8</sup> A estos rasgos me referiré comenzando con las previsiones del Estatuto<sup>9</sup> que ya había sido aprobado unánimemente por los maestros y dos representantes de los alumnos.

III.2 *La Escuela Libre de Derecho tiene por objeto la enseñanza de las ciencias jurídicas...* Así pues, en la Escuela se impartiría exclusivamente la carrera de abogado. No podía ser de otro modo, pues los estudiantes de Derecho andaban ya en lo que parece un movimiento propio y no inserto en una huelga general universitaria. La abogacía, por su parte, era la carrera prima en la vida social. Los abogados no sólo ejercían de consejeros familiares y de negocios, notarios y litigantes, sino que estaban a cargo de funciones gerenciales de empresas y bancos. En política —incluyendo las relaciones exteriores— tenían otra de sus actividades naturales.

III.3 De acuerdo con su denominación, la nueva Escuela *libre* se declaraba *independiente del poder público y ajena a todo fin político o credo religioso*. El sentido de esta independencia era más amplio de lo que se entiende en una

<sup>8</sup> ARENAL FENOCHIO, Jaime del, *Hombres e historia de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, p. 107.

<sup>9</sup> Sigo los textos ofrecidos por del ARENAL FENOCHIO, *op. cit.*, p. 208.

primera lectura, pues los fines políticos comprenden también los económicos y casi cualquier otro, así que se excluía también y para empezar, el capital. Habría libertad de enseñanza y cátedra. Más adelante quedaría clarificada en las ideas otra independencia derivada de los estatutos: la de la austeridad, la financiera, pues al no cobrar los maestros —y al no haber utilidades—, para sobrevivir la Escuela no requería de más recursos que los obtenidos de las cuotas a cargo de los alumnos, establecidas estatutariamente con el carácter de reducidas.

La libertad de la Escuela quedó acotada para evitar cualquier abuso que la pondría al lado de corriente política o religiosa o de otro tipo, limitando con ello sus libertades. Aparte, la libertad, así delimitada, le daba garantía de sobrevivencia, que es la principal aspiración de cualquier institución humana, al no sujetarla a la suerte temporal de dichas corrientes.

Para confirmar las libertades e independencias se estableció, poco después, el patrocinio nominal y simbólico del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.

Como en la huelga, existe un balance equilibrado y suficiente de apelación a la emoción y a la razón.

A este conjunto de libertades e independencias llamo, simplemente, sistema de libertades.

III.4. En tanto la costumbre de la época ponía la autoridad en manos de una sola persona, la dirección y el gobierno de la Escuela quedaron encomendados a dos órganos colegiados: la Junta General de Profesores y la Junta Directiva. En resumen, la autoridad de los maestros quedó estatuida como única.

El sentido de esta disposición va, otra vez, más allá de lo que ofrece la primera lectura, pues excluye de las decisiones sobre la vida de la Escuela a otros sujetos, además de los ya apartados, como empresas, prensa, padres, egresados, todavía no había —pero quedó clara su exclusión—, intelectuales, la sociedad misma; en fin, los no incluidos expresamente, en sólo dos categorías: alumno y maestro. No en balde sólo ellos habían aprobado los estatutos.

Sin embargo, los extraños pueden opinar y criticar y serán escuchados, pero no necesariamente atendidos. La razón la daría después Emilio Rabasa en su discurso pronunciado en la ceremonia conmemorativa del XIII Aniversario de la fundación de la ELD, pues ésta es “una institución *social* nueva, libre, y en el buen sentido de la palabra, netamente revolucionaria”.

La previsión estatutaria fue ratificada en el acto de inauguración de cursos (24 de julio de 1912) en la respuesta que dio, por elección de sus compañeros, el alumno Manuel Herrera y Lasso:

No somos nosotros, señores profesores, los que fundamos hoy esta Escuela que es timbre de gloria para toda una época. Hemos aportado a ella nuestros entusiasmos fervorosos, nuestro optimismo de siempre, y es más, hasta nuestra inexperiencia juvenil; pero esta idea, nacida al calor de un anhelo de libertad y de amor a la ciencia, la hemos puesto en vuestras manos; sois vosotros los que habéis dado forma y en el preciso momento en que nuestra Escuela declara abiertos sus cursos, mi voz que resuena con la de todos los alumnos, os dá las gracias con palabras del corazón, no sólo en nombre nuestro, sino por toda la juventud estudiosa de la República, que mira en vosotros la vanguardia de la civilización mexicana.<sup>10</sup>

III.5. En el artículo 7 del Estatuto Provisional se establece que “El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos.” El honor de los alumnos es uno de los grandes motivos de orgullo y base de la estabilidad de la Escuela. Y aunque el “honor” es un término más fácil de expresar y de entender que de explicar, parece ser que uniformemente pensamos en él como la fidelidad a la palabra dada, al compromiso contraído. Ejemplifico, por el simple hecho de la inscripción, el alumno se sujetaba a las disposiciones de la Junta General de Profesores y de la Directiva.

El maestro no necesita exigir disciplina al alumno porque a éste corresponde ofrecerla y actualizarla sin requerimiento alguno. Y esto porque los maestros aceptaron como partes iguales a ellos, como pares en contrato, acuerdo o pacto a los alumnos, fueran o no mayores de edad, capaces de tener *honor* por sí mismos.

Por su parte, los maestros protestarían el desempeño del cargo con un *por mi honor*, inmejorable respuesta a la disposición y acuerdo de los alumnos.

Digno de mención: por lo relatado y atentos antecedentes de la educación que Pablo Macedo pretendía en la ENJ se ha hecho énfasis en que a maestros y alumnos los unía y debía unir una amistad a toda prueba, misma que, sin más, algunos consideraban parte del *espíritu* de la Escuela.

En resumen, se trata de un acuerdo, pacto o compromiso de honor entre dos partes cuyo contenido material son las ideas y hechos que integran el *espíritu* de la Escuela.

III.6. El citado discurso de Herrera y Lasso se inserta en la oratoria de la época y se alimenta en las ansias juveniles y la embriaguez del triunfo. Es, habida cuenta del éxito de la huelga, una autoafirmación en el carácter del alumno inicial de la Libre. Por otro lado, ubica el nacimiento de la Escuela en un anhelo de libertad y de amor a la ciencia. Líneas arriba había afirmado: “En el conjunto de sentimientos y de ideas que constituyen la conciencia de este grupo de alumnos, hay un sentimiento central: el agradecimiento; una idea-fuerza: la libertad de enseñanza”.

Ésta es más amplia que la de cátedra, que se contrae al contenido de la enseñanza. La libertad de enseñanza tiene otros, tal la de opinión del educando, los requisitos de ingreso, las modalidades de aprobación o no de los cursos, de los exámenes, de la impartición de las clases, las materias a cursar y de su contenido. Al menos. Pero no es absoluta, pues queda acotada por los otros integrantes del sistema establecido en el Estatuto y por el plan de estudios. Cito a modo de ejemplo: está prohibido hacer propaganda religiosa o política en las clases, pero no hablar y tratar sobre ella.

La mención del anhelo de libertad que hace Herrera y Lasso parece abrir la puerta a una libertad ilimitada, absoluta, pero él mismo la limitó. Como fuere, el llamado de Herrera y Lasso se inscribe más dentro de la emoción que de la razón.

III.7. Adicionalmente, la ELD ha establecido en otras ocasiones ideas que la rigen. En el acto de inauguración de los primeros cursos, Luis Méndez, rector honorario, señaló textualmente: *A la vez, con la delicada cortesía que en todos los actos de su vida distingue á nuestro ya ilustre compañero* —se refiere a “don Agustín Rodríguez”, — *me notificó el acuerdo de que en este acto solemne, pero sencillo, no haya discurso alguno.* Méndez aceptó la sugerencia, en total, sus palabras caben en una cuartilla. Cinco minutos. Así, en la solemnidad más solemne de la vida de la Escuela, se estableció el rasgo de la sobriedad —sencillez— como complementario al de la libertad financiera o austeridad.

III.8. Uno de los elementos esenciales del *espíritu* de la Libre es el lema. Qué bien nos hubiera ido con un *Jus semper loquitur* —todavía disponible en ese tiempo—, sencillo y entendible, pero los hermanos Miguel y Pablo Macedo nos dejaron un malsonante y difícil de recordar: *Jus neque inflecti gratia, neque perfringi potentia, neque adulterari pecunia debet*, que aparte requiere traducción del latín.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 113.

El lema contiene, sin embargo, aciertos que lo redimen. El mayor: no establecer como pretensión la justicia, sino el derecho, la ley, que es el origen, norma y fin de la enseñanza en la Escuela y del ejercicio profesional de sus egresados. Y es que no podía ser de otra forma; si la Escuela se declaraba independiente del poder público y ajena a fines religiosos y políticos, no le queda otro camino que la ley, ya que los sujetos citados tienen un contenido propio de justicia para cada situación. Peor resultaba en el extremo individual, un maestro, digamos, pues el contenido esencial y casuístico de la justicia queda al arbitrio de cada persona.

Además, el lema enuncia los principales enemigos de la vigencia del derecho: el favor, la amistad, la camaradería, el poder, y el dinero. Desde luego como toda enunciación, se quedó corta, pues faltan cuando menos algunas pasiones humanas: la venganza, el odio, la soberbia, las fascinaciones del poder —su ejercicio— y de la sumisión o subyugación, la adulación...

El lema quedó comprendido en el *espíritu* de la Escuela y es congruente con los otros elementos. Apela más a la razón que al sentimiento.

III.9. El plan de estudios quedó provisionalmente en el de la ENJ.

III.10. Paso a un hecho fundatorio no desprovisto de contenido ideológico. Al entonces presidente de México, Francisco I. Madero, no todo le había parecido bien en la fundación de la ELD y llamó a la huelga previa "*movimiento de insubordinación*", "*acto de indisciplina*". Por lo demás, la iniciativa de la Escuela Libre de Derecho le parecía digna de acogerse con aplauso y la tenía por merecedora de consideración.

Cierto, la Escuela nace de un acto de indisciplina. Es un baldón o un motivo de orgullo legítimo, según se mire. Quizá el propio presidente debió mirar el éxito de su Revolución y reflexionar, si la conocía, sobre la muy trillada frase de Ihering: "Las revoluciones condenadas en el foro del derecho apelan al tribunal de la historia".

Lo cierto es que, a pesar del dicho del presidente, los títulos que expediría la Escuela no tendrían validez en el ámbito federal, aunque sí en algunos estados por decisión de sus legislaturas.

Sin embargo, los conceptos del presidente dejarían en la Escuela una sensación de ilegitimidad.

III.11. Volviendo a las ideas. En 1925, Emilio Rabasa se refirió a las circunstancias del nacimiento de la Escuela en el discurso pronunciado en la cere-

monia conmemorativa del XIII aniversario de su fundación, de la siguiente forma:

Pero muy al contrario, lo que brota es una idea espontánea que alguien formula y que todos acogen como si respondiera a la hora en que se vive y la necesidad que empuja: la idea de fundar una Escuela libre que se sustente en la acción social, que viva de la voluntad de vivir, y que haga surgir el deber de mantenerla de la misma necesidad espiritual que la impone.

Resulta conveniente explicitar la cita comenzando por su medio. Al momento de su nacimiento, la ELD parecía, en los documentos, estar lejos de la sociedad, como si maestros y alumnos se hubieran sustraído al influjo social y hubieran construido un mundo cerrado. Rabasa rectifica: *...una Escuela libre que se sustente en la acción social...* Dicho de otra forma, la Escuela ha de sustentarse —vivir, alimentarse, sostenerse— en la acción llevada a cabo en la sociedad por sus egresados en su función de abogados. En lenguaje menos formal: que la Escuela se alimente del ejercicio profesional de los egresados, convertidos, por el mismo, en queridos y necesarios para la sociedad.

La cita había comenzado con la referencia de Rabasa al azar, pues afirma que la idea brota espontáneamente, es decir, no fue pensada ni buscada sino sólo encontrada. Más adelante precisa: *se diría que los inquietos separatistas salieron a la ventura y tropezaron con la institución soñada; que fueron en busca de lo que ya llevaban consigo*. Es decir, que la idea de la Escuela Libre "flotaba" en el ambiente por lo que no puede decirse que fuera exclusiva de los huelguistas, sino que debía andar sin expresarse claramente en su medio social. Además, parece ser la única respuesta al momento en que se vive y a la situación de fracaso que el movimiento de huelga enfrentaba. En resumen, la fundación de la Libre se ve como natural e ineludible, es decir, obra del destino.

Aparte, Rabasa menciona un integrante del "espíritu" no expresado todavía, pero quizá el más importante de todos: *que viva de la voluntad de vivir, y que haga surgir el deber de mantenerla de la misma necesidad espiritual que la impone*. La cita, en pasado de 13 años, nos dice que la Escuela vivió en su primer momento porque los fundadores —alumnos y maestros— decidieron, impuestos de "necesidad espiritual" —necesidad personal de encarnar el *espíritu* de la Escuela—, que viviera y que esa misma necesidad impuso a maestros, alumnos y egresados el deber de que la Escuela sobreviviera. En resumen la Escuela ha vivido y vivirá de la voluntad de vivir de quienes la integran e integraron.

Continúa Rabasa: ... *el elemento que fundió la increíble perseverancia de los alumnos y la inesperada constancia de los maestros en el nombre de la Escuela: el elemento fuerza y persistencia que se llama fe*. Pero ¿fe en qué? En la voluntad de vivir siendo él mismo, de vivir como alumno de la Escuela. Antes de la Escuela, en la Escuela y después de la Escuela. En resumen, fe en lo que es la Escuela, que al cabo cada maestro, alumno y egresado lleva en sí mismo el espíritu de la Escuela, su modo de ser. Se identifican. Desde este momento quedaba bien claro: no todo aspirante a abogado ni todo maestro tenían su lugar en la ELD, sino sólo aquellos que tuvieran fe en la voluntad de vivir tanto como alumno, maestro y egresado incorporando en sí mismos el *espíritu* de la Escuela.

El egresado está incluido en la voz de Rabasa toda vez que el deber de mantener la necesidad de la Escuela sólo puede cumplirse por ellos porque sólo su desempeño profesional puede hacer que la sociedad necesite y desee al abogado de la Libre.

Aclaración. En lo dicho por Rabasa, no hay pretensión de limitar a alumnos, maestros y egresados las libertades de trabajo, ni de opinión, de participación cívica y ciudadana, política; ninguna. Sólo hay un deber: ejercer la profesión de forma tal que la sociedad siga reclamando abogados de la Escuela; vamos dando ejemplo.

Poco más adelante señala que ante la problemática de la validez del título emitido por la Escuela, *la sociedad otorgó su confianza a los titulados de la Escuela Libre sin reserva ni vacilación*. Creo que aquí se encuentra el complemento a la *voluntad de vivir* como justificante de maestros, alumnos y egresados. Su voluntad de vivir tiene continuidad y recompensa en su vida profesional. No es sólo su voluntad en ejercicio perseverante antes, en y después de la Escuela, sino también la aceptación,<sup>11</sup> por parte de la sociedad, de su labor profesional, debida a un solo hecho: provenir de la Escuela Libre de Derecho. Y en pago, ésta ha de dar a la sociedad abogados en los que pueda confiar profesionalmente, tanto en conocimientos jurídicos como en su comportamiento profesional.

En otra parte del discurso, Rabasa expresaba que *el Foro los recibió* —a los egresados de la Libre— *desde un principio como compañeros, y aún como obra de sus manos*.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Desde luego, el posterior ejercicio profesional personal del egresado habrá de determinar su propia fortuna.

<sup>12</sup> Algo habrá tenido que ver el patrocinio establecido a cargo del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.

Creo que el conjunto de lo expresado por Emilio Rabasa proviene más, a pesar de la racionalización, del sentimiento.

Un pero que agrega incertidumbre. El discurso de Rabasa no fue sobrio, debió haberse llevado más de una hora. Y es que quizá avizoraba malos tiempos.

III.12. En 1929, la UNM recibe su autonomía —y las libertades que implica— de parte del gobierno federal; si el sistema de libertades fuera el único rasgo distintivo de la Escuela, ya no se justificaría, pero no era así, al menos en las pretensiones como Rabasa había explicado: el carácter era único.

III.13. En 1930, siendo rector Emilio Rabasa; Emilio Portes Gil, presidente de la República y, Secretario de Educación Pública, Ezequiel Padilla, estos últimos exalumnos de la Escuela, se logra mediante ley la plena validez oficial para los títulos profesionales expedidos por la ELD.

III.14. En general, la Escuela había sido apoyada, pero también hubieron críticas que se pusieron después por escrito. En 1935, José Vasconcelos,<sup>13</sup> maderista puro y en el gobierno de la Revolución, escribiría en su *Ulises Criollo*:

Nos acusaban de falta de patriotismo. El gobierno despilfarraba, si no es que robaba, los dineros de la reserva acumulada por Porfirio Díaz. La Nación estaba en peligro. La juventud debía actuar. Crecidos en sus exigencias, los alumnos de Jurisprudencia echaban de la Dirección a Luis Cabrera. Otro grupo se había ido a buscar profesores del porfirismo para fundar la Escuela Libre de Derecho. Para campeones de la ley buscaban a los antiguos servidores de la tiranía. Sin embargo, todo el mundo observaba y callaba. La prensa tomó el partido de la "juventud". Se erguía el fetiche del estudiante.

Para estas fechas, 1912, la presidencia de Madero estaba desprestigiada, como el propio Vasconcelos señala. La clase pensante, en general, le era contraria. Así que, si bien es materia de historiadores puntualizarlo, es válido decir que la huelga contra *Luis Cabrera* cabía muy bien dentro de la oposición que se generalizaba contra el presidente, aunque no de manera orgánica. Y esto implica ya, en el origen de la Escuela, su participación en política. Sin embargo, la participación en política en este momento era condición *sine qua non* para el nacimiento de la Escuela. Una paradoja a fin de cuentas.

Tampoco puede negarse que los primeros maestros habían sido porfiristas ilustres y, como tales, seguían actuando en la época de la Revolución

<sup>13</sup> Para el desarrollo de este numeral tuve a la vista, y de él vienen las citas textuales, el ensayo de ARENAL FENOCHIO, Jaime del, *Vasconcelos, Herrera y Lasso y la Escuela Libre de Derecho*, pp. 419-452.

y representaban a querer o no, el pasado. El propio Vasconcelos enumera a Macedo,<sup>14</sup> Esquivel Obregón, Sodi, Azcué, Rabasa y Vera Estañol. Baste de ejemplo la cita de Rabasa, en 1925, al referirse a la Libre como “una institución social nueva, libre, y en el buen sentido de la palabra, netamente revolucionaria” pretendiendo desvirtuar con ella a la Revolución Mexicana en el poder.

Luego, en su *Breve historia de México* (1937), Vasconcelos tilda a la Libre de ilegítima. Más todavía, en el Proconsulado (1939) escribe con manifiesto desprecio hacia la Escuela:

Portes ...se decía abogado y creo que tenía título, pero de una Escuela llamada libre, que aunque siempre ha contado con cierto número de profesores eminentes, ha sido o fue la Meca de alumnos que, en los estados, no habían pagado preparatoria, y no eran admitidos en la Escuela oficial por falta de adecuada preparación.

En cuanto a la ilegitimidad, la Escuela se ha defendido fundando su origen en la ley, pero olvidando su origen primero: la huelga, bien calificada por Madero. También es cierto que, al menos durante una época y en el ejercicio de la libertad de enseñanza, admitió alumnos que no habían “pagado” oficialmente la preparatoria. Hasta donde sé, la carencia se iba subsanando en el curso de la carrera. Sin embargo, en mi opinión, esta crítica no debiera entenderse negativamente, sino al contrario: el sano uso de sus libertades e independencias reparaba una injusticia del estado que cerraba la puerta a quienes merecían por sus conocimientos el ingreso a la universidad.

Las críticas de Vasconcelos dieron lugar a controversias y son recordadas generalmente como retiradas o sostenidas a gusto del expositor, sin embargo, cualquiera que haya leído a Vasconcelos y su lenguaje claro, estará de acuerdo en que jamás se retractó. Sus críticas subsisten y las traigo a cuento, y en menor medida sus defensas, porque forman parte de la historia que se cuenta en la propia Escuela. Las últimas reflejan su necesidad de pureza legal e ideológica y un cierto rechazo a sus raíces porfiristas. Aparte, la Escuela es, según Rabasa, una institución *social* que no puede esconderse de la sociedad de ninguna manera.

III.15. Quizá desde mediados de los años 30,<sup>15</sup> a Gustavo R. Velazco le preocupó la esencia y destino de la Escuela y manifestaba en diferentes formas y oportunidades que debía ser de élite en cuanto a personal —maestros y alum-

<sup>14</sup> Miguel S. Macedo, integrante del grupo de los Científicos, maestro y rector de la ELD.

<sup>15</sup> Se trata de una estimación personal derivada de datos sacados de diferentes fuentes.

nos— y enseñanza. Todo lo mejor y sólo lo mejor. Pero por aquellos años la Escuela pasaba sus peores momentos como institución educativa.

Velazco afirmaba, además, que la Escuela ha sobrevivido “porque la queremos quienes la formamos; porque ha habido y hay jóvenes que quieren estudiar en ella y profesores que quieren enseñar”.<sup>16</sup>

Encuentro en la cita dos tipos de “querer”; el primero es igual a tener cariño a la Escuela, es un sentimiento; el segundo, decidir estudiar y enseñar en ella, es un acto —o mejor dicho una serie de actos— de voluntad.

Creo que las ideas citadas forman parte de un concepto unitario, pero parece que falta el llamado a la emoción, el sentimiento previo al querer la Escuela. Quizá el que puso Velazco ande perdido en algún escrito.

III.16. Para hacer caso a Vasconcelos, a la Escuela ingresaron muchos exseminaristas con estudios no reconocidos oficialmente, pues les permitía cursar la carrera e ir presentando simultáneamente en otra los exámenes de secundaria y preparatoria. Por esas fechas el único camino profesional que tenían abierto los exseminaristas era el de la Escuela Libre de Derecho. Estos ingresos quizá deban haber comenzado por los años 30 y terminaron a fines de los 60 del siglo pasado. Fue a mediados de esta última década que los seminarios empezaron obtener, por diferentes medios, los reconocimientos oficiales a los estudios que impartían —humanidades o latín para la secundaria y la preparatoria—, que permitieron que los exseminaristas accedieran a todo tipo de carreras y universidades.

Ignacio Mendoza Iglesias, maestro de Derecho penal II, me comentaba, a mediados de los 70 del siglo pasado, su tristeza porque ya no llegaban más exseminaristas a la Escuela y añoraba la competencia que establecían entre ellos mismos de aprender y, sobre todo, de sacar mejores calificaciones y que se había contagiado a los demás estudiantes.

Una vez terminada la carrera, algunos exseminaristas, en un proceso propiciado por Velazco, se incorporaron al magisterio, impartiendo las clases como ellos las habían recibido en sus respectivos seminarios, estableciendo competencia, ahora, entre los maestros, que entre los alumnos ya estaba fija, hasta en el número de reprobados; dando clases con sumo rigor y aplicando los tradicionales exámenes orales con especial dureza que garantizaba, en concordancia con lo expresado por Velazco, conocimientos de élite.

En pocas palabras, el sistema seminarístico era de supervivientes. Las deserciones son más numerosas que las ordenaciones sacerdotales. Zamora, donde

<sup>16</sup> En la historia de la Escuela disponible en: <http://eld.edu.mx/>

estudié humanidades, era elitista familiar —particularmente clase media y apegada a la religión— e intelectualmente desde la selección de alumnos hasta la ordenación de sacerdotes, había maestros descabezadores desde el primer año. Ya para el segundo pocos —excepciones notables— eran los que se podrían considerar incapaces de aprobar los exámenes, no sólo de Latín sino también de Filosofía y Teología. Por su parte, la competencia extremada se instalaba entre los seminaristas desde el día de su ingreso,<sup>17</sup> empezando por el apego a la sotana. Desde luego, había deserciones, en mayor número seguramente, por la llamada falta de vocación sacerdotal, que no demeritan el sistema de sobrevivientes, pues la única meta válida era la ordenación sacerdotal. En 1961 entramos 72, 14 terminamos humanidades en 1966.

Volviendo a la Escuela. Con el nuevo sistema las clases y los exámenes no sólo tenían por pretensión la enseñanza y el aprendizaje de élite, sino también la formación del educando con la misma pretensión de élite, pero referida al carácter. Una precisión: enseñanza y carácter pretenden y logran que el alumno obtenga por sí mismo y de manera elitista conocimientos técnicos en cualquier momento, en tanto que la disciplina está disponible sólo mientras se está en la Escuela.<sup>18</sup>

Amplió un poco sobre el sistema importado. Tiene como eje los exámenes, —más adelante me extenderé sobre ellos—, pero hay otros elementos: las clases y el ambiente que se forman principalmente por los alumnos. Las primeras son particularmente agresivas con el alumno y ha de observarse una disciplina rígida, creándose, además, una rivalidad o competencia entre alumno y maestro para determinar si el maestro lo reprueba o el alumno lo vence y entre los propios alumnos por salir mejor librados. Por su parte, el ambiente de competencia entre los alumnos y de terror que se crea y esparce entre los propios alumnos. Recuerdo cómo acicateaba para buenas calificaciones una ofensa gratuita del padre Pedro Torres, mi maestro de Historia y Latín: *¿Te llamas Juan? Yo nunca he sabido de un Juan que sirva para algo.* Y también propiciaba la rivalidad entre los seminaristas. Ya ves, el padre Pedro dice que no sirves para nada. A ti te dijo vieja preñada. O peor todavía: reprobó a Martín, y todos a pasar del temor al terror.

Otra ventaja del sistema, se adaptaba perfectamente al tamaño de la Escuela, pues busca la cercanía, más que la amistad, entre los alumnos y los

<sup>17</sup> Se cuenta que la conversión de san Ignacio de Loyola le vino de querer competir con los actos y sacrificios hechos por los santos cuya vida leyó durante su convalecencia; yo tengo que hacer más que ellos, decía.

<sup>18</sup> Más adelante comento la afirmación que se hace en el sentido de que el alumno de la Escuela es autodidacta y que, parece, se entronca con lo indicado en la última parte del párrafo.

maestros. Una más, el sistema seminarístico va bien en carreras de materias dogmáticas que requieren de memoria persistente, tal el Derecho, la Filosofía y la Teología, aunque permite el empleo de métodos distintos al deductivo puro, tal el empírico; sin embargo, no parece encajar en aquellas que usan el método experimental para obtener el saber. Aparte, el sistema también propiciaba como efecto buscado —o como un subproducto de la competencia— el empleo cotidiano de la discusión —la dialéctica o lógica— para utilizar la memoria del dogma más allá de la simple repetición.

Al menos para 1960, el sistema de enseñanza descrito —búsqueda de élite en conocimiento y carácter por ambiente hostil, incluida competencia, con su secuela de no sobrevivientes— y que aún subsiste, estaba ya afianzado. Pronto, muy pronto, el nuevo ambiente era esparcido desde el primer día por los alumnos, más con preocupación y orgullo que molestia o rebeldía. *Todos tenemos al menos una reprobada. Las reprobadas son heridas de guerra. la Libre es carrera de resistencia, no de velocidad.* Y algo más importante: había llegado, como su fundación, de manera natural y había sido encontrado sin búsqueda. Obra, pues, del azar.

La razón de incluir como fundadora, mejor dicho, refundadora, de la Escuela esta serie de hechos —ingresos como alumnos y luego como maestros— es que la considero responsable del cambio de ambiente original de camaradería y amistad entre maestros y alumnos al de ambiente de *terror* que se da en la estadía en la Escuela y, en particular, durante los exámenes de fin de año. También por haber afectado la libertad de enseñanza, pues forzó a los maestros a enseñar conforme al nuevo sistema, so pena de ser considerados malos por los alumnos e incapaces de enseñarles. Y, por último, por haber reducido el contenido del honor del alumno al simple aguantar el sistema de enseñanza que se imponía.

III.16.1, El sistema de enseñanza en vigor en los seminarios mexicanos había sido establecido generalmente por exalumnos de la Universidad Gregoriana de Roma, principal casa de formación de los jesuitas, pretendiendo reflejar el sistema de la misma. En mi caso, el seminario de Zamora había sido hecho expresamente a imagen y semejanza de dicha universidad por su exalumno, el canónigo Ramiro Vargas Cacho y sirvió de modelo para otros seminarios.

Remito a la cita de Bertrand Russell, puesta en el segundo párrafo del capítulo II, para efectos de medir el alcance, trascendencia y

efectividad, todas probadas con la historia de la Compañía de Jesús, del sistema que la Libre se había echado encima.

José Sánchez Gómez, también exseminarista de Zamora y egresado de la Escuela, me la recomendó con las siguientes palabras: *no te preocupes, es igual que el seminario*. Allí los exámenes eran orales, anuales, ante sínodo con libertad de preguntar, pero sólo sobre el temario, y fallo inapelable, pero no eran injustos. La calificación final se obtenía del promedio de tres notas, debiendo ser, al menos, dos aprobatorias. La primera era, a su vez, promedio de 8 ó 9 exámenes mensuales orales que consistían en preguntas a media clase. Las dos restantes correspondían a exámenes presentados, uno ante el maestro de la materia y el otro ante un tercero escogido por el propio maestro. Desde luego, había materias que requerían exámenes escritos, aritmética por ejemplo.

En 1968, año de mi ingreso a la Escuela, había muchos maestros exseminaristas: Fausto Rico, Jorge y Miguel Ángel Hernández Romo, José Becerra Bautista, Pedro Bravo González, Genaro María González y otros más. Aparte, algunos —al menos los 4 primeros— habían cursado estudios en la citada universidad, pero todos imponían por igual, terror desde la primera clase y, como enseñaban en los primeros años, lograban el oportuno descabece de alumnos en los exámenes de los dos primeros años.

La Libre de entonces, alumno —con pocas mujeres en ese tiempo— y maestros éramos tan seminaristas como mis compañeros y maestros que seguían en Zamora. Desde luego, las diferencias esenciales eran el encierro —que facilita, entre otras cosas, el recibir ejemplo *profesional* de maestros y autoridades— en el seminario y la presencia, en los propiamente seminaristas, de un sentimiento motivacional —el servicio a Dios— que no encuentra correspondiente en los estudiantes de la Escuela.<sup>19</sup> Este sentimiento mueve a buscar en el ejercicio profesional fines religiosos, que son altruistas.

Simultáneamente, la naturaleza religiosa de la formación de los maestros hizo nacer o, al menos, reforzó la idea de que los egresados de la Libre deberían tener en el ejercicio profesional un comportamiento más ético, acercado a la justicia en general, que el de los egresados de otras facultades, y limitado a la clase social del maestro y del alumno que habían coincidido en la Escuela. También

debió reforzarse el conservadurismo —los exseminaristas maestros habían estudiado antes del Concilio Vaticano II— y la catolización de la Escuela.

Ahora bien, el sistema seminarístico era efectivo para enseñar y aprender, pero sólo aliciente para la voluntad y la razón y no para la emoción. Así que los maestros exseminaristas, como se verá un poco más adelante, lo exacerbaban consciente o inconscientemente para que pudiera afectar también al sentimiento, aunque de manera individual y no a todos los alumnos.

En fin, el ambiente en la Escuela se convirtió en hostil o, mejor dicho, más, y quizá mucho más, hostil que el de una simple facultad profesional. Ejemplifico el alcance de mi dicho: el silencio en las clases que se exigía era absoluto, una violación conllevaba el riesgo de ser expulsado de clase, del curso mismo y hasta ser reprobado en el examen final; no responder una pregunta llevó a ser fichado, hostigado, ridiculizado, menospreciado y humillado por algún maestro y a temer, a veces justificadamente, la parcialidad del mismo en los exámenes.

Un punto a resaltar sobre lo indicado en el párrafo anterior: la humillación al seminarista se entendía como elemento integrante y necesario en la formación sacerdotal para lograr el carácter que se buscaba imprimir para servir al prójimo y muy particularmente a los pobres. *Te van a mandar a la sierra tarasca* —según el español de aquel tiempo— profetizábamos a los más soberbios de nuestros compañeros, te tocan brechas, no hablar español, sin agua potable, lleno de polvo a todas horas, comer en la suciedad, etcétera. Pero la humillación al alumno de la Escuela no es entendible, sino como parte de la exacerbación del sistema en la Escuela para afectar la emoción, el sentimiento del estudiante en cuestión. La humillación fortalece la voluntad del alumno para vencer el reto personal de su estadía en la Libre y la quiere por eso mismo. Como el alumno se crece al castigo, lo busca.

El pico o eje del ambiente institucional, permanente y crecientemente hostil eran los exámenes finales —y únicos, pues no hay intermedios—. Una serie de crisis, quedaron orales<sup>20</sup> como estaban y como ahora los conocemos: anuales, con tres sinodales y calificación única, libertad de preguntar, fallo inapelable<sup>21</sup> del sínodo,

<sup>20</sup> Según algunas versiones, la exigencia de exámenes orales formaba parte del reclamo de los huelguistas a Luis Cabrera, que los pretendía escritos.

<sup>21</sup> Así resultaba y resulta en los hechos.

<sup>19</sup> Esto a pesar de alguna idea que pide a los alumnos se conviertan en sacerdotes del Derecho.

esencialmente injustos, más difíciles de enfrentar, con más estrés y carga de contenido que el sistema de amistad entre maestros y alumnos y, aparte, con una serie de disposiciones para echar fuera al alumno basadas en el número de materias reprobadas —actualmente siete. Los exámenes sirven de principal filtro para hacer desertar a más o menos el 80% del alumnado. Dicho de otra forma, dan una tasa de supervivencia del 20%, aproximadamente.

El propósito inmediato de este ambiente consiste en forzar a los alumnos a estudiar, preparar exámenes y presentarlos ejercitando el carácter de sobrevivientes, lo que garantiza que saldrá de la Escuela con conocimientos y carácter de élite. El propósito ulterior pretende que los egresados apliquen conocimientos y carácter en el desempeño de su vida profesional, lo que los hace confiables para la sociedad, es decir, necesarios y deseados. Pero hay un propósito más en este sistema y consiste en que el egresado sea exitoso y dé ejemplo profesional, que lleve a la Escuela nuevas generaciones de estudiantes. Y logra sus propósitos: enseñar al alumno a trabajar y darle las herramientas jurídicas para ello.

A este sistema de enseñanza lo llamo sistema hostil.

III.16.2. Consideraciones extras sobre los exámenes. Toda vez que sus características son las mismas que las de los actuales escribo en presente.

*Oralidad.* Entre presentar exámenes orales y escritos la mayor diferencia la hace la experiencia personal. Considerando que los exámenes en la preparatoria son escritos, los primeros que presenta el alumno en la Escuela lo asustan y quizá entorpezcan por la falta de entrenamiento, pero hay paliativos: en primer año las materias son pocas, no difíciles y hay tiempo más que suficiente para preparar el primero y menos fácil de los exámenes.<sup>22</sup> El alumno promedio sabe presentar exámenes al término del primer año.

La oralidad estuvo vigente durante muchos años en todo tipo de educación pues permite una más precisa valuación del conocimiento y del carácter del alumno. En la Libre la información —esencialmente, si puede o no con el sistema— que el examinando transmite en cada examen no sólo al sínodo sino a toda la comunidad de maestros y alumnos es indispensable para la operancia del sistema hostil.

<sup>22</sup> Como puede verse, este papel se escribió antes de la aprobación y operación del nuevo Plan de Estudios, en el que el número de materias es igual al de los otros años.

*Anualidad.* La anualidad en sí misma no encierra una diferencia significativa contra la semestralidad, excepto en la duración del periodo de exámenes, atento el número de materias que han de ser superadas, que resulta ser al menos del doble que el que emplea la otra, unas ocho al día de hoy.

Mes y medio, como ocurría en mis tiempos de estudiante, da para unas diez horas efectivas diarias para preparar el primer examen; de cuatro a dos para el último y ya con aprovechamiento deficiente. Para las últimas materias el alumno está —y perdón por la expresión, pero es exacta— para el *arrastre*.

Ahora hay dos periodos de exámenes, el final y el cuasisemestral de marzo. El maestro nota, desde enero —a más tardar principios de febrero— que el alumno está “en periodo de exámenes”, es decir, comienza el estrés, la disminución del aprovechamiento en clases, la distracción y el cansancio. Y a poco los anuales.

Un comentario: la desaparición de los cuasisemestrales parece aconsejable y puede lograrse junto con otras medidas en reforma al plan de estudios.

*El sínodo.* A primera vista, un sínodo de tres preguntando a un alumno indefenso parece terrible, pero la verdad es que facilita más el desarrollo del examen y el despliegue del saber del examinando por el diferente modo de preguntar de cada sinodal. Aparte, tiende y logra una mayor impartición de justicia en la calificación. En la ELD consigue sus objetivos como sabe cualquier alumno y sinodal. Además, es excelente ejercicio del método dialéctico, cuyo uso es necesario en los juicios orales.

*Libertad de preguntar.* En sí misma, la libertad del sínodo para preguntar no representa injusticia si se contrae al temario y todos los temas fueron explicados suficientemente en el curso. Pero si el temario completo no fue explicado o un sinodal pregunta fuera de él, sí parece haberla. La posibilidad de preguntar y ser preguntado así, dependen de cada maestro. Y se pregunta al alumno como si hubiera recibido el mejor curso, independientemente de su calidad real. Tiene esta libertad su raíz de injusticia y parece representar, cuando la pregunta excede lo enseñado, una falta al compromiso contraído por los maestros con los alumnos, que se ven obligados a estudiar algunos temas casi sin tener idea de cuáles son. Ejemplifico, el maestro Roberto Núñez Escalante preguntaba en el examen de Derecho

internacional público sobre la IATA, una organización de aerolíneas privadas o públicas que actúan como las primeras. Y es que en clase la ponía de ejemplo de lo que siendo organización internacional no era ni organización ni organismo de esa naturaleza. Dicho de otra forma, explicaba el porqué no era materia del curso. A mí me preguntaron —José Luis de la Peza e Íñigo Laviada— en Derecho romano II y en Historia del Derecho universal sobre Derecho romano I. Como se ve, esta libertad no es tan arbitraria como parece.

Tampoco puede ser condenada sin más consideración. Primero, porque el ejercicio de esta libertad prepara al alumno para evitar sorpresas ya en la vida profesional —múltiples, por cierto—. En segundo lugar, porque parece ser válido y cumplidor de su compromiso que el maestro sólo remita al alumno a un texto cualquiera o a un capítulo entero de la ley por la razón de que pudo haber enseñado ya el criterio para que el alumno lo entienda sin ayuda.

De cualquier forma, es seguro que corresponde a la exacerbación del sistema seminarístico de enseñanza que sirvió de modelo.

*Inapelabilidad del fallo del sínodo.*<sup>23</sup> Es apenas consecuencia de la cesión de autoridad que hicieran los huelguistas a los maestros o, mejor dicho, a la junta de ellos. Sin embargo, queda en la mente la validez y justicia de esta disposición por los muchos cuentos que refieren calificaciones reprobatorias debidas a la *ojeriza* o *tirria* y hasta *envidia* de algún maestro por fundadas o infundadas injurias, rivalidad familiar u otras causas similares o sólo parecidas. Es indudable que la simpatía o su ausencia, la opinión —siempre subjetiva— y antecedentes de maestro, examen y alumno influyen en el ánimo de primero cuando examina. Es indudable que un examen brillante puede calificarse de mayoría o reprobado por causas ajenas a las académicas y ciertamente los ha habido, pero sólo en el caso de complicidad del sínodo entero. Sin embargo, alumnos y maestros saben que, a la larga, un examen no determina la estadía o salida del alumno de la Escuela.

Este punto, sin embargo debe ponerse en la cuenta por pagar de la oralidad porque el examen escrito puede revisarse una y otra vez. El oral nunca, pues es irrepetible.

*Injusticia.* Como dije, los exámenes orales son esencialmente injustos. La razón es simple: a cada alumno corresponde un examen

<sup>23</sup> En los hechos ha sido así.

distinto. A uno le toca fácil, a otro difícil y a aquel casi imposible de responder. Sin embargo, esta razón, en mi opinión, no es válida o, al menos, no es suficiente para dejar firme el calificativo de injusto, pues el alumno tiene obligación de saber con igual calidad el punto primero del temario, los intermedios y el último. El más fácil y el más difícil. Todos por igual. Sin embargo, la calificación es cuestión de opinión de cada uno. Además, la injusticia del examen oral tiene un contenido formativo invaluable y más en el caso de la Escuela, pues garantiza y sustenta la esencia de un modo de ser, la pertenencia a un sistema de educación, a una pretensión de vida profesional, a un “espíritu”, a un modo de ser.

Lo que en mi opinión sí hace injustos los exámenes es la diferencia de sínodo para cada alumno. Su ánimo es distinto; conforme pasa el tiempo, los examinadores están más propensos a calificar bajo y hasta a reprobar. Los primeros —por orden alfabético de apellido iniciando en la “a”— disponen, además, de tiempo regular para dedicar a cada materia. Los segundos y últimos, aparte de lidiar con un sínodo más malhumorado, están sujetos a posibles posposiciones que afectan el tiempo de estudio a dedicar para la siguiente materia.

Para paliar en algo el sentido de la injusticia, parece conveniente dejar al azar la letra de inicio del orden de presentación de exámenes. Así ocurría en el seminario de Zamora.<sup>24</sup> Y *sacar la letra* era también un rito largamente esperado de resultados liberadores o preocupantes.

Pero la injusticia no determina, generalmente, la estadía en la Escuela, pues no resulta imaginable que un alumno sea reprobado siete veces injustamente.

Finalmente, la injusticia prepara mejor para el ejercicio profesional que es injusto como la vida misma; y cuando se sufre, o se cree sufrir, es un llamado al sentimiento, a la emoción, es “un acto cualquiera del superior, quizá insignificante; pero cuya dureza o injusticia no importa juzgar...” pero dije que *se cree sufrir* porque todo alumno de la Escuela sabe que el que estudia suficientemente pasa. Y claro, la injusticia tiene su lugar en la exacerbación del sistema seminarístico.

<sup>24</sup> En Zamora, los bedeles —jefes de grupo— tenían derecho a presentarse en cualquier momento del examen. Sólo supe de un caso en que no fue el primero en hacerlo.

## IV. LA ELD AHORA

IV.1. A partir de la autonomía de la UNM —ahora UNAM— la Escuela perdió la exclusividad que representaba su sistema de libertades y pareció o, mejor dicho, perdió el rumbo por algunos años, llegando a ser conocida como las Academias Vázquez, *universidad patito* en el lenguaje de ahora. Luego, en virtud de la adopción del sistema hostil, llegó a ser considerada la mejor Escuela de derecho de México. Aún ahora muchos la considera así y optan por definirla y encerrar el *espíritu* de la Escuela en el calificativo.

Sin embargo, no es por definición la mejor que hay en México, ni tiene la obligación de serlo. Por el devenir normal de la historia, es imposible que una Escuela sea en todo momento la mejor. Los altibajos de calidad son una constante en todas las instituciones humanas. Es claro que el sistema hostil favorece el egreso de abogados generalmente buenos y muy buenos, pero no impide que otra facultad dé abogados tan buenos o mejores. Todavía más, para ciertas labores profesionales de la carrera, es normal que los de una facultad superen a los de otra. Ejemplifico, la Escuela es merecedora de la fama que tiene para dar notarios públicos, en tanto carece de la de dar abogados burócratas empresariales que sí tiene el ITAM.

Vale precisar, la obligación de la Escuela es más pequeña: dar a la sociedad abogados confiables por sus conocimientos y carácter, de élite ambos.

IV.2 Otros tildan a la Escuela de vieja por ser su sistema de enseñanza tradicional ya superado —según su dicho—; consideran demérito el gran número de alumnos que salen resentidos y con baja autoestima sin recibirse profesionalmente; la acusan de autoritaria; otros bromean diciendo que da abogados autodidactas, que es una comunidad de vivos y muertos en la que unos y otros opinan, que sus egresados son abogados y no licenciados en derecho.

Desde luego que la Escuela es vieja, han pasado 102 años desde su fundación; poco tiempo si se tiene en cuenta que la Compañía de Jesús se acerca al medio milenio, pues nació en 1539. Pero debe recordarse que los exámenes orales, eje del sistema hostil, ya eran viejos en 1912. Vamos por partes.

IV.2.1. A la crítica de que la Escuela está superada o, mejor dicho, lo está su sistema de enseñanza, respondo que el método de la ciencia del derecho, el deductivo puro, da para poco más que la memoria, y que el dialéctico que en la Escuela se enseña mediante preguntas en clase y, sobre todo, en los exámenes, son las herramientas principales que se usan en el ejercicio profesional. Aunque a veces el derecho

va al método inductivo, tal ocurre en la tipificación del homicidio, en el que se atiende al resultado y no al modo de comisión, pero esta intromisión quizá sea sólo formal; como fuere, la exposición y exámenes sirven para dar estos métodos.

El problema es de la ciencia del Derecho, pues su formación siempre irá a la zaga del desarrollo científico y social que han de crear previamente las situaciones de hecho que den origen a la ley. No hay modo de inventar operaciones y menos experimentar.

Aparte, la educación memorista y dialéctica que se imprime en la Escuela ha dado los abogados confiables que requiere la sociedad, ¿para qué cambiarlo? Traigo a cuento, por oportuno, lo que me repetía el licenciado José Antonio Alcocer Barrera, entonces Director General Adjunto en Banca Confía y el único egresado que tuve por jefe: “*acuértese, licenciado, lo mejor es enemigo de lo bueno*”. Lo que yo debía entender era: si está bien, así déjelo, no lo mejore porque lo echa a perder. Aún lo veo como un consejo *inmejorable*.

IV.2.2. No es fácil defender el sistema hostil en tiempos de Derechos Humanos, aunque creo que arriba quedó ya justificado. Aparte, algo trataré en el siguiente punto.

Por ahora comento que, para los que no *sobreviven* la Escuela, hay un consuelo: su salida llegará casi con seguridad antes de entrar al 3er año. Poco tiempo perdido. Sin embargo, será mayor su molestia, desagrado y baja en la autoestima, pues la salida es la certidumbre de fracaso personal y sólo estará justificada —peor remedio— si fue admitido a pesar de tener notorias incapacidades para adquirir conocimiento a nivel normal del Derecho y para reforzar su carácter en el sentido de que el esfuerzo personal y sólo él lo hará confiable profesionalmente para la sociedad que lo empleará. Salvo el caso citado, su salida le es atribuible a él y sólo a él, porque la Escuela Libre de Derecho no esconde su sistema de enseñanza.<sup>25</sup>

Pero no se trata de regodearse en el fracaso de compañeros, sino de hacer lugar a mayor número de merecedores de la sobrevivencia y disminuir el de los que serán descabezados, y hay algo que la Escuela puede hacer: transparentar su sistema hostil —no basta el cuento de anécdotas— y diseñar y aplicar sus exámenes de ingreso más enfocados a buscar el carácter y la disciplina del solicitante, afines a los de la Escuela, que no su aprovechamiento; para eso están las

<sup>25</sup> Extraigo las ideas que expongo de las encuestas que aplico regularmente a mis alumnos del 2º C.

calificaciones de secundaria y preparatoria y el conocimiento que ya se tiene sobre las Escuelas que dan alumnos a la Libre. Preciso, la Escuela ha de buscar en el solicitante de ingreso un carácter ya experimentado —en casa, familia y Escuela— en llegar a metas con vía única de esfuerzo personal continuado y en aceptar activamente a padres y maestros como autoridades formadoras de carácter.

La Escuela no es para alumnos con otra experiencia o creencia. Por esto la Escuela no recibe alumnos provenientes de la clase social más alta ni los egresados pueden acceder a empleos jurídicos en los que el linaje, origen, riqueza o relaciones de negocios, sociales y familiares son determinantes.

Surge aquí marginal, pero naturalmente, la pregunta sobre la suficiencia del número de egresados por año —unos 53 en los últimos cuatro— para cumplir el compromiso con la sociedad. En mi opinión, los egresados han de ser sólo suficientes para hacer necesaria su exigencia por parte de la sociedad. Y esto ocurre el día que corre, aunque no garantiza ya la relación de cercanía entre todos los alumnos y todos los maestros para que estos den todo el ejemplo posible. La respuesta en muy pocas palabras: la Escuela no requiere crecer. Como fuere, el sistema hostil no debe sustituirse o modificarse para evitar o reducir el número de los que que no lo sobreviven por la sencilla razón de que las bajas numerosas son una constante en un sistema de sobrevivientes.

IV.2.3. Se ha acusado<sup>26</sup> a la Escuela —seguramente como consecuencia del sistema hostil— de autoritarismo, término equívoco que toma contenido cambiante según quién y cómo lo use. Generalmente se entiende como el ejercicio de poder —de cualquier tipo— en contra o sin tener en cuenta la democracia, la ley, la razón o la voluntad u opinión del destinatario de las normas o acciones.

El sistema hostil pasa sin problema las pruebas: no es impuesto de fuera, no viola la ley, da a la sociedad abogados confiables y no sólo es aceptado por los alumnos, sino que es buscado por voluntad propia precisamente por sus características, las que llevan a algunos a suponer el autoritarismo.

<sup>26</sup> Ya he dicho que la Escuela es una institución social y por ello sujeta al escrutinio social. “Los abogados de la Libre son un obstáculo para las empresas.” “Los abogados de La Libre te arreglan cualquier problema.” Las dos opiniones valen y deben ser oídas y atendidas, aunque no necesariamente en concordancia con la opinión del emisor.

IV.2.4. Algunos sugieren que la Escuela da abogados autodidactas y lo pregonan y escriben, pero no es cierto. Afirmarlo no se ajusta a los hechos porque los maestros enseñan y los alumnos aprenden. La sola afirmación denigra. Insisto comentando situaciones reales: el alumno no puede hablar de maestros que no preparan la clase y luego presumirlos de maestros *excelentes y envidiables por otras Escuelas*. Por su parte, el maestro no puede presumir de dar clase en la Libre y luego explicar que la Escuela da egresados autodidactas, que no requieren maestros.

En 1975, Ignacio Mendoza Iglesias me comentaba, *Ubaldo eso de maestrías y doctorados es un fenómeno de compensación, fíjate quiénes son los doctores aquí*. Él mismo se respondió: *los menos capaces. Además, ¿quién puede enseñarte algo que no puedas aprender tú solo en la práctica profesional o leyendo?* La última parte fue la mejor explicación del autodidacta de la Escuela que he oído. Y como ya dije, es fruto habitual del sistema hostil.

La afirmación de que la Libre da abogados autodidactas es una tontería.

IV.2.5. La de que la ELD es una comunidad o asamblea de vivos y muertos, es inútil a todos los efectos porque todas las instituciones humanas son comunidades de vivos y muertos y opinan unos y otros, menos la familia de los bíblicos Adán y Eva. Y eso “nomás” hasta que Caín mató a Abel.

IV.2.6. Para algunos el ser abogado —como rezan los títulos expedidos por la ELD— en vez de licenciado en derecho, lo hace distinto o más bien superior a los simples licenciados en derecho egresados de otras facultades. Falso. Los egresados de la Libre no son menos licenciados en derecho que los de la universidad patito de la esquina. Y los licenciados en derecho de dicha universidad no son menos abogados que los de la Escuela. Abogado y licenciado en derecho son términos que comprenden una única y misma profesión.

IV.3. Recientemente la Escuela adoptó un nuevo lema en señal de pretensión refundatoria o de búsqueda de nuevo *espíritu* de la ELD y de mensaje comercial para buscar acomodo entre la oferta educativa de ahora. Reza así: “Con honor, disciplina y excelencia académica, forjamos juristas consagrados a luchar por la justicia y la libertad”.

La actitud de modificar el lema es loable porque significa que la Escuela entiende y actúa frente a la situación de incertidumbre que se vive en todo campo de la actividad humana ante lo que se considera una pérdida de valo-

res de la sociedad, entre los se hallan los elementos que sustentan el espíritu de la Escuela con su sistema hostil.

Esta situación es común en los tiempos que corren porque el Occidente<sup>27</sup> —con su religión: la católica romana y el protestantismo tradicional— se está convirtiendo en otra civilización.

No es este lugar el idóneo para tratar el tema con amplitud, pero han de mencionarse para justificar mi aserto y para ubicar las necesidades de cambio de la ELD, algunas señales que muestran ya el nacimiento de una nueva religión, presagio y eje del cambio de cultura o civilización según Toynbee: el decreciente número de católicos por simple abandono de la religión o por adhesión a grupos cristianos y evangélicos; cualquiera opina y aun pontifica sobre el contenido de la doctrina y moral católicas; la libertad sexual, el divorcio, el abandono del sacramento de la confesión y el control natal artificial aceptados o tolerados en casi todas las familias de nuestro medio, pero alejados de la enseñanza católica romana; la moral cambia a una religión laica y legalista. En pocas palabras, en México casi ya no hay católicos y sin catolicismo no hay Occidente. Así pues, todo el sistema de valores e instituciones occidentales, educativas entre otras, se halla en crisis, en necesidad o al menos, en oportunidad inevitable de cambio. Ejemplifico, la educación se considera ahora un derecho más que un logro personal, como el sistema hostil pretende.

Por ahora no es posible, teniendo en cuenta el tiempo que se lleva el periodo de muerte —muchos años o, mejor dicho, siglos— de una civilización,<sup>28</sup> aprender los valores que subsistirán y es muy difícil, si no imposible, apelar efectivamente al sentimiento o emoción como se hacía con el llamado a la libertad y a la independencia.

Otro acierto del nuevo lema, incorpora valores que forman el espíritu de la Escuela, tal el honor, la disciplina y la libertad. Y, sin embargo, al analizarlo encuentro más desaciertos que aciertos. Veamos:

IV.3.1. El origen, tamaño y *espíritu* de la Escuela la llevan a no competir con otras; menos comercialmente, como el lema sugiere, pues el simple hecho de competir hace innecesaria la Escuela, ya que esto se hace entre iguales y la Libre tiene su lugar ganado por poseer ras-

<sup>27</sup> Según explica Arnold Toynbee al referirse al nacimiento y desarrollo de las civilizaciones, culturas o sociedades, el nacimiento de una nueva religión dominante dentro de una de ellas presagia, junto con otros elementos, su muerte.

<sup>28</sup> En realidad, Occidente comenzó a morir con el “descubrimiento” de la ciencia por Galileo Galilei, digamos, por poner una fecha, en 1,510 d.C.

gos educacionales que no se han correspondido ni se corresponden con los comerciales. La Escuela es distinta, diferente.

La Escuela, con el éxito de sus egresados, hace su propia propaganda, con algo de sesgo comercial inicial, no puede negarse; por lo que su lugar y futuro está garantizado en la voluntad de vivir que señaló Emilio Rabasa. Esta propaganda ha cumplido y cumple su cometido, al menos desde la seminarización de la enseñanza.

IV.3.2. El honor se mantiene en el compromiso del alumno como la expresión de voluntad de la parte estudiantil dada en la inscripción y en la permanencia y consistente, ahora, en la aceptación del sistema hostil. Por parte de los maestros sigue siendo la expresión y ratificación de su voluntad de transmitir, además del conocimiento de la ley, el del espíritu de la Escuela y su necesidad de que sobreviva. La mención en el lema al honor parece ser correcta.

IV.3.3. La mención a la disciplina es la más feliz en el lema. Queda claro que la Escuela, a partir de su seminarización, es de reforzamiento del carácter del alumno con la disciplina que imprime o, mejor dicho, reimprime, el sistema hostil.

IV.3.4. El empleo del concepto excelencia —realizar más que mejor las actividades profesionales en el caso— aunque parece derivar en un pasado próximo de las ideas expresadas por Gustavo R. Velasco, en cuanto a que la Escuela tiene que de ser de élite, tiene un origen más cercano. O lo semeja tanto que prevalece, pues parece provenir de una corriente, Escuela de auto ayuda, motivacional psicológica y de administración de personal que no da sobrevivientes y como tal debe ser enseñada y reforzada constantemente.<sup>29</sup> En la ELD no se da la enseñanza ni el refuerzo.

Como ejemplo de enseñanza y reforzamiento psicológico-vocacional pongo el que se daba en el seminario de Zamora: 10 ejercicios espirituales ignacianos<sup>30</sup> al año. Se abría el curso con uno de 6 días, luego uno al mes de medio día —8 en total— y, en medio, en Semana Santa, uno de 3 días. 13 días de 24 horas cada año, además de otras actividades que contribuían al mismo propósito.

<sup>29</sup> Me han comentado que el origen del concepto viene de Aristóteles, que sí hace mención al respecto. Por mi parte respondo que la sociedad en que vivió era precientífica. En materia de trabajo profesional, la excelencia no tiene cabida en los tiempos actuales, baste para ello citar el empleo de nuevos medicamentos que curan por un lado y por el otro enferman, aunque sí se busca y casi se obtiene en ciertas actividades como en la aeronáutica. En fin, en la ciencia el avance es gradual.

<sup>30</sup> Por san Ignacio de Loyola.

Dos comentarios más. Esta corriente parece haber caído en desuso y emparentar con la santificación del trabajo diario propuesto por san Josemaría Escrivá, fundador del Opus Dei, al que pertenece la Universidad Panamericana.

IV.3.5. La segunda parte del lema señala textualmente: “forjamos juristas consagrados a luchar por la justicia y la libertad”. Propaganda comercial gratamente motivadora. Sin embargo, no expresa la realidad, pero por partes.

El uso infeliz de la palabra “juristas”, de significado impreciso, ¿será sinónimo de abogado? o de licenciado en derecho o ¿de maestro o doctor en derecho? Y es que debe recordarse que la Escuela es profesional y sólo *forja* profesionistas y los juristas no lo son. En fin, la Escuela sólo da abogados, o sea, licenciados —y maestros ahora— en Derecho y no juristas.

Otra falsedad: en la ELD no se enseña a ser activistas ni revolucionarios en batallas por la justicia y la libertad como insinúa el *luchar* puesto en la frase.

El concepto *justicia* carece de sentido unívoco, pues cada uno la entiende a su gusto. Además, como vivimos en un régimen político legalista, luchar por la justicia en contraposición al Derecho implica colocarse en el terreno de la ilegalidad, que no es el afán de la Escuela y sí la aparente pretensión del lema. Hay otro comentario al respecto: la mención a la justicia contradice la historia legalista de la Escuela y no sólo su lema original. En el medio de los abogados, los egresados somos conocidos por *codigueros*. Y es que la Escuela enseña, para el desempeño escolar y profesional, el texto y el manejo de la ley sobre la doctrina, la justicia y otras consideraciones subjetivas.

Último término a comentar. En la historia de la Escuela, por libertad se entiende su sistema de libertades e independencias y no de otra forma. La Escuela no ha *luchado*, a modo de ejemplo, por la libertad sexual ni la de trabajo de los migrantes mexicanos y centroamericanos en los Estados Unidos. Y no lo hace porque tomaría partido político o quizá también religioso.<sup>31</sup> Es, pues, un término usado infelizmente, aunque resulte motivante y comercial.

Creo que el nuevo lema indica más un extravío del *espíritu* de la Escuela que su reforma. Y es que el lema no ha pasado de las meras

<sup>31</sup> Durante muchos años la Escuela tomó partido político religioso al tener como enseñanza única en las materias respectivas la doctrina del Bien Común como fin del estado, pues el concepto pertenece a la doctrina social cristiana y en política correspondía a la llamada democracia cristiana.

palabras que significan, sin embargo, la carencia de un lugar exclusivo<sup>32</sup> para los egresados en la vida profesional de México y el temor a que la Escuela pierda el espacio profesional que ha ganado con esfuerzo constante y de quedar a la zaga en algún aspecto de la educación de abogados en México que haga menos necesarios y deseados a sus egresados. Creo que el sistema hostil ha cumplido cabalmente con su función y lo hace al día de hoy y no debe ser cambiado ni modificado —y menos por imitación o competencia—, sino cuando la oportunidad de hacerlo aparezca naturalmente, sin búsqueda, y se mantenga la certeza absoluta de que la sociedad confiará plenamente en que los nuevos egresados tendrán conocimientos jurídicos de élite y el carácter de triunfadores por sobrevivencia. Mi opinión sobre el nuevo lema es que debe desaparecer.

IV.4. El alumno actual de la Escuela se corresponde más o menos con el de la época de mi ingreso, aunque es en promedio menos disciplinado y de origen social clasemediero más alto, lo que no excluye a los de sectores medios y bajos. Las razones parecen ser el éxito financiero de los egresados que crean genealogías dentro de la Escuela y dan más y mejor ejemplo y el paso de una época nacional de austeridad a otra más rica. Aparte, desde la inauguración del edificio de Arcos de Belén y Vértiz —1972— se incrementó la inscripción de mujeres. Actualmente su porcentaje ronda el 40%.

Algunos califican a los estudiantes de la Libre de muy matados o les aplican otros términos de significado igual o parecido. Elda, mi hija, en los primeros exámenes de Ubaldo, su hermano, sentenció: *a los de la Libre les gusta sufrir*. La traducción es sencilla: el alumno se autoimpone el sistema hostil de la Escuela. Lo quiere, lo busca y lo encuentra. El propio lenguaje de la Escuela sentencia: *hay gente que es para la Libre y gente que no*. Y, repito, la Escuela sólo es para los que buscan crisis para vencerlas, para sobrevivirlas. Sólo es para los que creen en el esfuerzo personal manifestado en lucha contra sí mismos como vía única para adquirir conocimiento y ejercer la profesión. Y esta creencia es congruente con su modo de pensar y de vivir.

IV.4.1. Paso ahora, a comentar cada uno de los rasgos o cualidades de carácter que señalé para el alumno fundador, referidos ahora al actual alumno y marginalmente al egresado:

<sup>32</sup> No es posible en México por la libertad de trabajo prevista en la Constitución Política.

IV.4.1.1. *Creyente*. Ahora cuando al parecer la decisión de ingresar nace más en el reto personal que implica y en la creencia de que la Libre es la mejor Escuela de Derecho de México,<sup>33</sup> es oportuno preguntarse si el actual alumno tiene la fe del fundador. La respuesta es afirmativa porque quien ingresa desconoce el sistema de enseñanza de la ELD, sin importar cuanto le hayan contado, porque la Escuela es experiencia personal. El alumno entra porque tiene una fe vaga en algo, pero más que otra cosa, porque quiere estudiar en ella, le *late* que le va a gustar. Esta fe inicial afecta preponderantemente la emoción. Sin embargo, la permanencia es otra cosa: es más producto de la razón que del sentimiento. Entra creyendo en la Escuela y permanece porque prueba su sistema y le conviene a su modo de ser, a su modo previsto de querer triunfar.<sup>34</sup> La Escuela engancha.

IV.4.1.2. *Orgullosa*. Decir que el alumno de la Escuela está orgulloso de ella, de su sistema, de haberlo retado y de sí mismo, es lo menos. Igual ocurre con el egresado. La autoafirmación es una lógica consecuencia de haber sobrevivido. Frecuentemente se acusa al egresado de soberbio por su orgullo desbordado. Y es que el mismo se convierte en soberbia —ese placer amargo, mezcla de ignorancia, odio y temor de haber sido pillado— que perjudica el desempeño personal y profesional de quien la padece porque al interlocutor —jefe, cliente, compañero de trabajo y cualquier otro interesado— prefiere no tratar o hacerlo tan limitadamente como puede con él. De este rasgo negativo nacen equivocaciones y negligencias que pueden traer graves consecuencias contrarias a los intereses representados por el soberbio. Aparte lastima a la gente con quien trata, conducta más lesiva para sus intereses ahora que cualquier trabajo u oficio se desempeña generalmente en equipo. Infortunadamente, en muchos casos este rasgo negativo se ha adueñado de bastantes egresados.

<sup>33</sup> Obtengo este dato y el porcentaje que sigue más adelante en este mismo párrafo, de encuestas que aplico a mis alumnos del 2° C.

<sup>34</sup> Mi conclusión se confirma si se interroga a los alumnos de la Escuela sobre sus motivos para permanecer en ella. Un 90% o más, según las encuestas que aplico a mis alumnos del 2° C, señala como determinantes el reto personal o el sistema de enseñanza, el hostil.

IV.4.1.3. *Arriesgado*. El alumno actual de la Escuela se enfrenta por voluntad propia, desde el principio de sus estudios, al riesgo que representa el sistema hostil y sus consecuencias. El mayor es llegar a cinco o seis reprobadas a quinto año, que de actualizarse la salida da cinco o más años perdidos.

IV.4.1.4. *Tenaz*. Necesidades de tenacidad pueblan abundantemente cada día de estancia en el sistema hostil durante al menos cinco años. El ejemplo más icónico, como dicen ahora: los exámenes de fin de año. Son casi dos meses de estudiar disciplinadamente día a día. Otro ejemplo que no se valora. No faltar a clase. Dentro del sistema hostil ocurre, según dicen algunos reprobados, que el día que faltan el maestro toca temas sobre los que tiene una opinión personalísima, que le preguntaron una y otra vez en el examen. Desde luego, es una simple imaginación del alumno porque las coincidencias no ocurren a menudo, pero, a veces, no se trata de ellas. Ignacio Mendoza Iglesias usaba, en caso de duda entre si aprobar o reprobar a un alumno, preguntarle uno de dos temas vistos entre los demás, sin tratamiento especial. Enfrentados a ellos, más reprobaban que aprobaban porque para saberlos sin estudiar específicamente había que asistir a todas sus clases por ignorarse en cuáles haría el tratamiento tangencial. Los temas: el libramiento de cheque sin provisión y la extorsión.

IV.4.1.5. *Oportunista*. Resulta difícil llamar oportunista al alumno actual de la Escuela cuando escoge estudiar su carrera precisamente en su ambiente hostil, en el que las oportunidades de vía fácil para resolver sus problemas de estudiante se le esconden por sistema. Pero es que en la hostilidad encuentra su oportunidad personal. En la Escuela halla su única oportunidad, quizá, de seguir siendo él mismo al formarse enfrentando y venciendo crisis tras crisis como él cree debe hacerlo. En la Escuela ve la oportunidad donde otro ve una dificultad insalvable o indigna de atención. La Libre también es oportunidad para los que no puedan pagar las cuotas de las otras facultades de élite y para aquellos que, rechazando el sistema, lo pagan como precio a cambio de recibir el carácter y los conocimientos de élite

que imprime la Escuela. Se trata en este caso de un largo *parisbienvaleunamisa*.

IV.4.1.6. *Tolerante*. Ya se ha dicho lo que ha de aguantar el alumno de la Escuela para salir con bien. Sólo abundo. Soportar el ambiente hostil de la Escuela, así sean unos meses, requiere de tolerancia casi ilimitada al estrés diario y creciente, frente lo aleatorio.

IV.4.1.7. *Competitivo*. Igual que el fundador, el alumno de estos días compite contra maestros y compañeros como si el evento del momento —así sea una asistencia a clase— fuera la última batalla, la decisoria, y es que de una sola debilidad puede depender, en ese momento o más adelante, un fracaso, un trabajo y hasta su destino en la Escuela. La competencia implica humildad porque, en al menos una materia, cualquier compañero lo supera. No hay reposo en la competencia, pero sí liberación: pasar un examen produce una alegría desbordada y pasar uno, en particular, euforia incontenible porque se tiene la sensación de haber vencido al titular de la materia, lo que es cierto, y a varios compañeros.

IV.4.1.8. *Disciplinado*. Desde cualquier punto de vista que se vea, la disciplina es la mayor prenda del alumno de hoy de la Libre. Sólo preciso un poco: la disciplina de sobrevivir el sistema hostil es rutina tensa de cada día, inhábiles incluidos, porque la preocupación no descansa. Y luego, para el egresado, la rutina disciplinada *heredada* para el trabajo diario.

IV.4.1.9. *Camarada*. Los alumnos de ahora manifiestan con sus colegas el mayor compañerismo durante el periodo de exámenes; a pesar de la competencia, comparten suerte. Estudian juntos, más durante los primeros años, aunque cada uno lo haga por su lado y sólo se consulten y pregunten entre sí y después lo hagan, generalmente, en solitario.

Una vez egresados, hay más razón para el compañerismo —jalar al despacho propio a otros de la Escuela, por ejemplo— por la carga de la *herencia* común confiable; en oportunidades parecen formar una fraternidad.

Pero hay otra razón, los egresados son muy pocos y de una u otra forma casi siempre hallan un lazo personal de unión

cuando se encuentran: un amigo mutuo, un hermano de un compañero, etcétera. Aun de rivales hay más respeto y reconocimiento —una forma del compañerismo— que con los de otras facultades porque no sólo saben cómo trabajan sino que también, en al menos una materia, lo superan.

Sin embargo, este compañerismo no es tan idílico como lo hacen abogados de otras facultades y, de vez en vez, aparece el mariachi que apuñala por la espalda en lugar de agradecer, dicho a modo de ejemplo.

Un punto contra el compañerismo. El egresado casi pierde la liga con la Escuela salvo el caso de incorporarse como maestro.

IV.4.1.10. *Responsable*. El alumno actual de la Escuela es responsable voluntaria o forzosamente; un ejemplo: los expulsados de clases vuelven arrepentidos y guardan compostura, disciplina en lo subsecuente y se responsabilizan de ello pues, si fallan, las consecuencias nocivas y funestas a sus expectativas de éxito en la Escuela se hacen presentes de acuerdo a la gravedad de su falta y por ello las evitan *voluntariamente*. Pero conforme avanzan los cursos, el alumno se da cuenta de sus negligencias de los primeros años y las corrige, sus exámenes están mejor preparados y se presentan mejor, con más seguridad y *ciencia* para hacer caso a Herrera y Lasso, su asistencia a clase es más participativa, aprende más en ella porque su proceso mental de aprendizaje lo hace entender y resumirla mientras la recibe. También tolera responsablemente más las exigencias, a veces injustas, de sus maestros. El alumno es responsable personalmente por cada reprobada, aunque arguya externamente justificaciones que creen todos los que lo rodean, excepto sus compañeros, maestros y egresados de la Libre. Está solo contra un sistema que lo aniquila, si lo permite, y es por su propia culpa y lo sabe. De aquí la defensa a ultranza que generalmente hace del sistema hostil quien lo superó. Siente que la Escuela es él mismo y por ello es su responsabilidad.

Ahora, sin embargo, para algunos egresados enfrentar el sistema hostil es pagar un precio —responsabilidad exigida y prestada— por un producto —licenciatura en derecho—

de la misma calidad que, digamos, uno de la Universidad Panamericana en la que el ambiente es más relajado. Este punto de vista va conforme a los tiempos que se viven en los que el sistema de que la letra con sangre entra —y sus derivados como el hostil— no sólo es considerado anticuado, sino negativo y hasta violatorio de Derechos Humanos, y en los que se cree que la educación, en todos sus aspectos, ha ser materia exclusiva de la moral en boga y de ley y no de la voluntad de cada individuo.

IV.4.1.11. *Cauteloso*. La cautela del alumno de la Libre va en dos direcciones: proteger la Escuela y protegerse a sí mismo. Conforme a la primera, calla y omite cuanto cree que puede dañarla e impide que terceros le hagan daño. Así, por ejemplo, menosprecia y pretende atajar las críticas al sistema hostil, muy en particular de dichos de excompañeros que no lograron titularse en ella: *lo reprobaron porque no supo, que no se haga*. Las medidas *cautelares* para sí mismo se manifiestan principalmente guardando las disensiones con puntos de vista del maestro en clase y, sobre todo, en el examen y de cualquier opinión que se cree enemistará con un maestro cualquiera, pues *no se, que te toque o te caiga de sinodal*. Desde luego a esta cautela no es necesaria con todos los maestros, sino más bien con unos pocos, pero la cautela se ejerce también como un *parisbienvaleunamisa*. Y en la vida profesional se requieren muchos.

IV.4.2. *Una puntualización*. Se tenía la impresión de que los egresados no se ensuciaban las manos. Y es que, generalmente, se ocupaban de empleos y actividades limpios: notarios, litigantes famosos que no descendían a asuntos con cualquier matiz de sordidez,<sup>35</sup> empleados de bancos, y parecía haberles actividades vedadas: defensa de algún tipo de delincuentes o de cierta clase social, digamos, trabajadores, agraristas, etcétera. Sin embargo, todo ha sido revuelto y no parece haber actividad excluida y los egresados andan en todos lados.

IV.4.3. De lo visto se sigue que los caracteres de triunfadores por sobrevivencia de los fundadores y los alumnos del tercer año en adelante se corresponden. Hay variantes en intensidad de algún rasgo que

<sup>35</sup> En realidad, todos los asuntos jurídicos concretos tienen algo o mucho de sordidez.

proceden generalmente de las diferencias que existen entre una fundación escolar de origen explosivo a la vista de todos y la institucionalidad cerrada de cada día.

El alumno actual de la Libre busca el reto de sobrevivir la Escuela en tanto que el original, el de sobrevivirla sin retorno a la UNM. Ambos retos se asumieron voluntariamente, pero el del fundador más por obra de destino no buscado que lo *impuso* natural y necesariamente. El ingreso a la Libre se da, el día de hoy, como obra plenamente voluntaria, querida y buscada. El fundador sobrevivió la huelga y sus adversidades unos meses, llevando en común con sus camaradas una idea, un ideal, un principio, un anhelo, una lucha y su motivo: la libertad o el simple ir contra la autoridad que agravia y no escucha, que los motiva suficientemente, pero el cursar la carrera en la Escuela no debió representarle ninguna adicional a las que le hubiera presentado la UNM de su tiempo. Por su parte, el estudiante actual de la Libre de ahora carece de motivación más allá de su propia voluntad y un sentimiento de que le irá bien en la vida profesional si egresa de la Escuela, pero requiere no sólo de más disciplina, sino de mantenerla firme durante más tiempo enfrentando el sistema hostil. Lo anterior me lleva a pensar que hay un saldo en el carácter de sobreviviente a favor del alumno actual sobre el fundador.

IV.4.4. Los maestros continúan sin cobrar por dar clase, pero a la par de sus motivos altruistas —servir a la Escuela como ente ideal y, quizá, pagar lo recibido en los años de estudio— hay que reconocer algunos egoístas.

Ser maestro da prestigio, abre puertas y permite acceder ocasional, pero previsiblemente, a actividades bien remuneradas y reconocidas. También les permite dar continuidad a la Escuela y lo que representa. Dicho de otra forma, los maestros procuran sobrevivirse a sí mismos y que sobreviva su modo de ser y pretenden renombre en el ambiente hostil, y algo más material: *eternizarse* en una placa, en una aula, en la historia de la Escuela. Quizá no sea digna de alabanza esta actitud, pero tampoco lo es, para mí, de vituperio porque el maestro es un ser humano común y corriente, igual que el alumno que pretende sacar superiores.

IV.4.4.1. En una inmensa mayoría, los actuales maestros son egresados porque la Escuela los prefiere, habida cuenta de que no es fácil que un abogado de otra facultad pueda enseñar formando parte activa del sistema hostil.<sup>36</sup> Quizá el trasparentarlo ayude a posibles incorporaciones y es que no debiera olvidarse que la Escuela engancha y que ha habido grandes maestros con origen profesional extraño, tal el caso de Pedro Bravo González, el mejor maestro que tuve en mis años de estudio.

La presencia de maestros formados en otras facultades es indispensable para el renuevo de ideas y técnicas de enseñanza —en el ámbito reducido que la carrera lo permite— y, sobre todo, para ciertas materias.

IV.4.4.2 Hay una crítica extendida sobre los maestros actuales que pretende demeritarlos: que antes los maestros engrandecían a la Escuela y que ahora es la Escuela la que los engrandece. En mi opinión, la crítica no sólo carece de razón válida sino que es una falsedad.

La situación que la origina —la mayoría de sus maestros no tiene fama o prestigio nacional, como los primeros, dos expresidentes de México, entre ellos—<sup>37</sup> constituye la institucionalización de la Escuela y con ello la garantía de vida, que no da el renombre.

Además, los maestros actuales sí hacen su grandeza de la Escuela pues ésta consiste en dar egresados exitosos que den ejemplo profesional que propicie el ingreso de alumnos en número suficiente para que los egresados sean a su vez exitosos y suficientes para hacer llegar a la Escuela, otra vez, el suficiente número de nuevos alumnos. Este círculo virtuoso, ya comentado, es obra, el día de hoy, de los maestros actuales, que en general transmiten el conocimiento jurídico y el carácter, de élite ambos, que el sistema hostil exige.

Mi percepción es que la generalidad de maestros y alumnos se inclinan todavía hacia un catolicismo tradicional y un conservadurismo empresarial y político. Quizá no pue

da ser de otra manera desde el establecimiento del sistema hostil atento su origen y el tipo de estudiante que convoca, por lo que no está de más convenir que la libertad de cátedra opera en toda su amplitud tratándose de maestros. Queda la duda de si un posible maestro ganaría una oposición presentándose contrario a las inclinaciones de la Escuela, y la certeza de que profesionistas, por su inclinación personal, igualmente contraria, deciden no presentar la oposición.

Desde hace algunos años, los alumnos han evaluado el desempeño técnico de los maestros. Con toda seguridad, los fines de las evaluaciones son la mejora de la calidad de trasmisión de la enseñanza por parte de los maestros, al verse calificados con notas bajas y el propiciar la competencia entre ellos para obtener mejor calificación. Sin embargo, dicen algunos alumnos que por temor a represalias por parte de maestros, las calificaciones que ponen no se corresponden con la realidad. En otros casos tampoco se corresponden porque los alumnos ajustan cuentas con los maestros por motivos no académicos. Sea lo que fuere, una sola calificación injusta afecta de muerte al sistema, las otras lo serán.

No insisto más sobre otros aspectos prácticos de la experiencia de las calificaciones porque entiendo que ya no se aplicarán, pero sí comento sobre el concepto que parece introducido para imitar a otras facultades y caber dentro del sistema de excelencia que pregona el nuevo lema. Creo que no debieron haberse aplicado, pues no miden la trasmisión que hace el maestro del carácter que da la Escuela, ni encuentran su lugar dentro del sistema hostil, que tiene sus propios elementos para propiciar la competencia —el número de reprobados en un mismo grupo, por ejemplo— y de medir la calidad de trasmisión del conocimiento: la influencia de las ideas del maestro en las materias que siguen a la que él imparte.

Igual origen parece tener el establecimiento del sistema de oposición para el acceso al magisterio o, ya dentro de él, a una nueva cátedra. E igual parece no embonar en el sistema de enseñanza de la Escuela por las mismas razones.

<sup>36</sup> La opinión que he recogido entre algunos alumnos es que los maestros más criticados y tenidos en menos son los que vienen de fuera.

<sup>37</sup> Pedro Lascurain y Francisco León de la Barra.

En mi opinión, la Escuela debería propiciar —racionalizándolos— los acercamientos e invitaciones —método en vigor desde 1912— y no sólo para las vacantes. Esta medida debe formar parte de un sistema que prevea las medidas adicionales congruentes o consistentes, como dicen ahora, con el sistema general en sí y con el plan de estudios en particular.

IV.4.4.3. En los hechos, los maestros, en lo general, sí ejercen el poder que les dan las disposiciones estatutarias. Gobiernan y administran la Escuela con votos en un sentido u otro y con ausencias —que evitan convenientemente el *quórum*— de las juntas generales de profesores. Aparte, las juntas directivas deciden y actúan procurando interpretar la voluntad de la mayoría de los mismos profesores pues saben que, a la larga, se impondrá. La junta general de profesores ejerce, pues, el poder que el estatuto les confiere.

Se discute todavía si el anterior presidente de la República, Felipe Calderón, que es egresado, influyó en las decisiones de gobierno y administración de la Escuela. Hay opiniones en uno y otro sentido. No tengo elementos válidos para pronunciarme por uno de ellos, pero sí los tengo para sostener que la Escuela no estuvo al servicio del ejecutivo federal ni del partido de éste. Y si bien la Escuela estuvo y se manifiesta orgullosa de él, el arropamiento no es unánime entre los maestros, ¡qué bueno que así sea! Como haya sido, siempre es oportuno recordar que la Escuela es un compromiso de honor de sólo alumnos y maestros —un pacto que excluye a cualquier otra persona— en el que los exalumnos, por poderosos que sean y a pesar del cariño que le tengan, nada tienen que decidir sobre su vida.

En este mismo punto, ha habido desde hace algún tiempo una participación más activa, por decirlo de alguna forma, en la vida social, principalmente la referida a la educación profesional nacional y a su política. Creo porque la Escuela tiene la suya propia y por las razones expresadas: que la participación debe limitarse a la pura e inconfundiblemente académica del Derecho.

IV.4.4.4. También corresponden al compromiso otros deberes a cargo de los maestros. Uno: ser responsable de la impartición del total de las materias. Ejemplifico, el maestro está obligado a emitir su voto sobre la titularidad de otro maestro conforme al espíritu renovado de la Escuela. Dos: contratar, aunque no exclusivamente, porque el ejercicio profesional es un negocio, pasantes y abogados de la Escuela porque la enseñanza pretendida desde el origen tendió a lo práctico y es una mejor manera de dar ejemplo.

IV.5 La Escuela ha permanecido fiel a impartir sólo la carrera de Derecho, pero no abarca ya el espectro total de servicios jurídicos profesionales que la sociedad reclama. Y es que el plan de estudios<sup>38</sup> no da por sistema abogados burócratas privados, ni públicos en áreas distintas a la procuración de justicia y a la judicial. Faltan cursos, entre otras materias, sobre negocios y finanzas, entendidas como propias y no referidas a abogados.<sup>39</sup> Esto no significa que, luego de recibidos, no puedan acceder al conocimiento ni a los cargos respectivos, significa que estarán en desventaja para acceder o que lo desempeñarán limitadamente si no estudian las materias faltantes para el ejercicio pleno. Significa también que los estudios para abogado de la Escuela no son suficientes para dar por sí mismos a un egresado la posibilidad de manejar una empresa bancaria, por ejemplo. Es decir, participando en las decisiones —generales y especiales— crediticias, de inversión, de captación, fiduciarias, operación internacional, administración en general, informática, etcétera, situación vigente en 1912.

<sup>38</sup> Como podrá observarse, esta opinión fue escrita antes de la acertada reforma del Plan de Estudios para el curso 2015-16, sin embargo, para este documento decidí dejar el texto en su forma original porque el nuevo plan requiere por sí mismo un estudio completo y el texto todavía contiene información que subsiste. Mismo tema, de manera afortunada, la Asamblea rechazó los dos turnos —matutino y vespertino— que le solicitaron y se mantuvo el discontinuo. Si bien voté por los dos turnos, creo que el turno debe ser uno solo. Los alumnos de la Escuela deben conocerse todos entre sí e igual maestros y alumnos, algo que no está garantizado ya. Por otro lado, el turno en vigor —discontinuo, mañana y tarde— no garantiza la posibilidad de trabajar. Ejemplifico, quien trabaje en una notaría llegará a las 11 de la mañana, es decir habrá perdido medio día de trabajo, por lo que le resultará difícil ser contratado y se trata de uno de los destinos propios de los egresados. Habida cuenta de las circunstancias citadas aquí mismo, en el texto de este papel, mi conclusión es: un solo plantel, un solo horario, una sola Escuela libre, una sola Escuela libre de derecho, es decir, un solo horario: el vespertino.

<sup>39</sup> Tampoco prepara para la diplomacia ni para para las relaciones internacionales, ni para investigar ni para dedicarse al magisterio de tiempo completo, ni para otras actividades profesionales —sí da políticos, pero éstos ahora salen de cualquier carrera profesional y aun sin ella—. Para dar opinión sobre estas carencias se requiere un estudio completo. En un primer análisis parecen no corresponder al ámbito de la ELD.

El egresado de ahora sí puede manejar, con apoyo administrativo sobre todo, una área jurídica completa si está reducida a litigio en general o a su supervisión, formalización de contratos, hechura de modelos, vida social y otros aspectos formales.

Hay, además, otras áreas de estudio desatendidas y que son requeridas por la sociedad, tal: privacidad de datos, compliance y administración de riesgos, redes sociales y otras novedades tecnológicas y científicas.

Es tiempo ya de que se atienda otra necesidad social: las notarías públicas se están convirtiendo en oficinas gubernamentales administrativas, de operación, revisión y vigilancia de múltiples negocios que requieren de conocimientos y actividad más allá de los simples técnico jurídicos.

Hay otra área, en mi opinión, descuidada que requiere un párrafo propio. La vida económica actual tiende mucho más al comercio internacional —para resumir en un concepto—, que en México se desarrolla principalmente con los otros dos países norteamericanos y tengo la seguridad de que la enseñanza de la Escuela tiene más en cuenta su origen latino que las abundantes situaciones jurídicas creadas de origen y destino norteamericano. La Escuela no debe desatender las necesidades jurídicas nacidas de este comercio por ser necesidades sociales.

IV.6. La ELD no da ahora abogados, en grado de licenciatura, con capacidad de desempeñar la totalidad de servicios jurídicos que exige la sociedad. La vida diaria profesional lo muestra: para acceder a ciertos niveles de empleo se exige maestría. Y es que la transformación cotidiana de la vida política nacional e internacional, la conversión de la vida privada en pública —Derechos Humanos y redes sociales a modo de ejemplo—, la amplitud, complejidad y velocidad con que ocurren las innovaciones administrativas y tecnológicas en la vida diaria y la necesidad de regularlas legalmente hacen ineludible el nivel de maestría.

La Escuela reconoce la anterior circunstancia al establecer estudios de postgrado y pretender ampliarlos.

No dar por sistema abogados en grado de maestría coloca a los egresados en posición de incumplir con su compromiso con la sociedad, si bien en igualdad de circunstancia con los de otras facultades. Es claro que el egresado puede estudiar maestría, en la misma Escuela o en otra facultad, pero el compromiso social de dar a la sociedad abogados de todo tipo que requiera no habrá sido honrado.

IV.7 En sí mismo, el actual plan de estudios reclama un análisis completo e inmediato. Un solo ejemplo referido al contenido: ante el desprestigio social —muy bien ganado, por cierto— de todos los licenciados en Derecho, se crearon cátedras de ética y deontología jurídica para enseñar a los estudiantes a ser “éticos” en su vida profesional. Pues bien, no fue suficiente para la Escuela crearlas, además de una clínica de problemas éticos sino que se estableció otra cátedra afín: Teoría General del Derecho. Pero en la Escuela ya se tenían cubiertas esas necesidades. En mi 5° año —1972-73— tomé clase de Filosofía del derecho con Rafael Preciado Hernández. Su curso comprendía lo que actualmente se ve, desde luego ampliado en cumplimiento de la primera Ley de Parkinson<sup>40</sup> que establece que: “El trabajo se expande hasta llenar el tiempo de que se dispone para su realización”, en las clases de Filosofía propiamente dicha, de Teoría general del Derecho, parte de ética —sin deontología—, de introducción al estudio del Derecho, de Sociología y de Ciencia política. Mucha albarda sobre aparejo. Con tres cursos, racionalizando los temas —Introducción al estudio del Derecho, Teoría general del Derecho y Deontología, y Ciencia política—, es suficiente.

Otras reclamaciones al plan de estudios y su aplicación. Creo que las mal llamadas<sup>41</sup> ciencias auxiliares del derecho han de ser impartidas, a efecto de no degradar e inutilizar el conocimiento, por ahora y durante algunos años más, por profesionales especializados en ellas. Otra: el plan de estudios debe permitir al alumno trabajar desde el primer año como se hacía antes, lo que no parece posible el día de hoy. Una más, la presencia de los exámenes cuatrimestrales. La determinación de los contenidos mínimos y su relación no sólo con la libertad de cátedra, sino con el sistema hostil en su conjunto. Y claro, hay más reclamos.

Creo que las carencias y reclamaciones citadas arriba, que ocurren además, en periodo de muerte de Occidente, constituyen una situación natural, no buscada, que se corresponde parcialmente con las que hicieron nacer y refundarse a la Escuela. Hay una exigencia natural e inevitable de reforma inmediata al plan de estudios para recuperar la aptitud de cumplir el compromiso de dar a la sociedad los abogados que requiere.

En resumen: el plan de estudios requiere racionalización que suprima algunas materias, comprima otras y agregue unas más para cubrir las necesida-

<sup>40</sup> Parkinson, Cyril Northcote, Inglaterra, 1909-93.

<sup>41</sup> La abogacía fue la carrera civil prima hasta mediados del siglo pasado. Ahora ha perdido gran parte de su influencia social. Resulta inentendible decir que la economía o la política son ciencias auxiliares del derecho cuando es al contrario.

des no atendidas de servicios jurídicos requeridos por la sociedad. Aparte, ha de arreglarse para dar sólo abogados en grado de maestría.

Si esta reforma ocurre será muy dolorosa, pues a pesar de parecer impuesta naturalmente desde hace bastante tiempo no se ha logrado.

IV.8. La libertad económica o financiera fruto de la austeridad se entiende ahora de otro modo pues no todos los gastos corren a cargo de los alumnos como fue la idea original. Para conseguir terrenos y construir edificios, para pagar gastos de la celebración del centenario, editar publicaciones y otros propósitos parecidos se han recibido y con toda seguridad se recibirán donativos de personas ajenas —públicas y privadas— a la Escuela, y si bien las circunstancias actuales —desde muchos años ha— son totalmente distintas a las de 1912, cuando la UNM en su todo, pesos y enseñanza, dependía del Estado; parece necesario o, al menos, muy conveniente para la vigencia plena del sistema hostil, reforzarla.

En 1912 la austeridad de la Escuela era un rompimiento con el poder político; ahora ese rompimiento —ya no debe llamarse así— se volvió norma. Ejemplifico. En estos tiempos, acudir a recursos fiscales para editar un libro no significa sumisión, ni menoscabo de las libertades e independencias, ni dádiva, es el simple ejercicio de un derecho *fiscal* con una sola obligación de pago: editarlo.

Es mi opinión que el acudir a recursos distintos a la cuotas periódicas de los alumnos debe ser regulado en el Estatuto, como las mismas cuota; sin perder de vista que la libertad económica o financiera es fruto de la austeridad y sólo de ella. Las cuotas han de ser apenas suficientes para garantizar la buena marcha de la Escuela. Y sin compararlas con las de otras facultades. Esto a pesar de que, según parece, el importe de las cuotas no incide en la decisión de ingresar a la ELD.<sup>42</sup> Y es que cualquier exceso, aunque no lo parezca, es inconsistente con el sistema hostil que tiene como propósito el enfrentamiento de retos y crisis y no el allanamiento a facilidades y comodidades.

En contraste, el egresado será generalmente muy bien pagado en su ejercicio profesional por ser de élite.

El elemento sobriedad parece atravesar malos tiempos. Algunos actos y efectos de la celebración del centenario carecieron de ella. Otras actividades actuales lo hacen también: complicaciones estatutarias, catalogaciones de

maestros —desde mucho tiempo atrás—, prodigalidad de nombramientos, de placas conmemorativas, de menciones en exámenes profesionales, etcétera, pero reitero, la sobriedad es un elemento esencial en el sistema hostil. A la sobriedad hay que volver.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Herrera y Lasso señaló la autocomplacencia como el gran enemigo del *espíritu* de la Escuela que, como precisó, no impedirá que sobreviva incluso por mucho tiempo. Agregó sustantivos afines para clarificar el concepto: autoelogio, autosatisfacción, autoengaño. Soberbia, en una palabra. A lo largo de este escrito he mencionado algunas carencias —debilidades si se pretende juzgar la vitalidad de la institución—, que encajan en este mal.

También he señalado otros males que aquejan a la Escuela, cuyo origen próximo viene del temor que imprimen las carencias a que me he referido.

Frente a todos los males, la Escuela tiene sólo la voluntad de vivir. A ella ha de concurrir, por doloroso que sea y es, que el día de hoy, la Escuela Libre de Derecho no se enfrenta a una disyuntiva de cómo vivir porque delante hay una sola opción propia: vivir como lo ha hecho en su historia: con el carácter de sobreviviente que la hace única. Se trata de afrontar el camino que se abre de manera natural, sin búsqueda, con medidas en dos direcciones para continuar dando a la sociedad abogados de élite en carácter y conocimiento profesional:

Primera: Olvidar en el papel y los hechos el desvío de rumbo que significa la excelencia como guía de la vida académica y la participación de la Escuela en la vida social y política nacional, con excepción, tratándose de la social, de la pura e inconfundiblemente académica.

Segunda: Reforzar y transparentar el sistema hostil y el excluyente pacto de honor entre maestros y alumnos. Transformar el plan de estudios para que sólo dé abogados en grado de maestría; para que los egresados tengan conocimientos jurídicos para todas las exigencias profesionales de la sociedad; y orientar la enseñanza a la internacionalización que se vive actualmente.

<sup>42</sup> Dato obtenido de encuestas que practico a mis alumnos de 2° C. La pregunta relativa a la conclusión que extraigo es, ¿en qué Escuela profesional o universidad estudia tu hermano?

# CONSTITUCIÓN, POLÍTICA Y ECONOMÍA EN LA REFORMA ENERGÉTICA

PISTAS PARA UNA TESIS  
Y NOTA DE PROBABLES LITIGIOS CONSTITUCIONALES

Rodrigo PÉREZ-SALAZAR B.\*

SUMARIO: I. *Categorización de la reforma, el contexto mundial en el cual se dio la reforma y un bosquejo del conflicto que se anota como probable litigio constitucional.* II. *Apunte sobre la interacción de la ciencia política, la economía, la historia y el derecho constitucional.* III. *Acontecimientos económicos y cambios constitucionales previos a la reforma.* IV. *Una clasificación de normas jurídicas que se ha estimado la más ilustrativa.* V. *Resultandos.* VI. *Considerandos.* VII. *Conclusión.* VIII. *A manera de epílogo deseablemente transitorio.*

## I. CATEGORIZACIÓN DE LA REFORMA, EL CONTEXTO MUNDIAL EN EL CUAL SE DIO LA REFORMA Y UN BOSQUEJO DEL CONFLICTO QUE SE ANOTA COMO PROBABLE LITIGIO CONSTITUCIONAL

### i) *Categorización de la reforma.*<sup>1</sup>

La reforma a la Constitución<sup>2</sup> que se comenta, ha de conceptualizarse como una reforma primordialmente petrolera; ello porque México está entre los diez más importantes países petroleros y, de entre esos, es el único limítrofe

\* Abogado por la ELD y Ex Profesor de Garantías Individuales y de Derecho Procesal Constitucional en otras instituciones.

<sup>1</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013; en vigor desde el día siguiente de su publicación.

<sup>2</sup> En este trabajo el término "Constitución", ha de entenderse como la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* promulgada el 5 de Febrero de 1917, excepto que se haga aclaración en sentido contrario o, por el contexto, deba de entenderse de manera genérica.

con los Estados Unidos de América (el país con mayor poder en el planeta) y cuenta, además, entre sus otras características geopolíticas de país petrolero, el tener infraestructura portuaria en ambos océanos muy cercanas entre sí, en la porción llamada Istmo de Tehuantepec.

Si la reforma se mira desde la perspectiva de la *realpolitik*, se aprecia como un evento integrante del culmen de una victoria importante en nuestro país del poder económico sobre el de campesinos y obreros, como parte de la contienda en la cual el primero hubo de utilizar toda su capacidad, para que se impusiera como ideología en nuestra Constitución al neoliberalismo, mismo que emerge tras la sacudida que ese poder mundialmente se llevó tras el tropiezo de los Estados Unidos en Vietnam, en 1971, y un casi inmediato embargo petrolero árabe (en 1973).

Dicha "victoria" se logró por causas varias como la desintegración de la Unión Soviética a comienzos de la década de 1990, y el casi simultáneo desarrollo en los Estados Unidos y demás países capitalistas de nuevas tecnologías de la información ("*Tics*"), que tienen aplicación en toda industria.

Ahora, si la reforma energética se contempla como un cambio en la ley suprema de nuestro sistema normativo, y paralelamente se mira a tal ley suprema como la ordenadora de todos los poderes (enfoques, ambos, plenamente admitidos por la doctrina),<sup>3</sup> la reforma es un cambio de magnitud tal que entraña una auténtica reforma del Estado mexicano, pues mucho más allá de arraigar un modelo económico sepultó una ideología algo dictatorial, pero de gran compromiso con campesinos y obreros, y promotora de una cultura nacionalista, la cual fue plenamente legítima y útil en 1940,<sup>4</sup> pero cuestionable e inoperante para 2013.

Tras la anterior categorización, proveamos a quien nos lee de lo necesario respecto a:

<sup>3</sup> Pueden verse las siguientes obras nacionales que, sin que sean las únicas en su género, sí son manuales de la más alta calidad, con características propias cada una de ellas, pero coincidentes en cuanto a validar el empleo de tales dos enfoques:

- a) ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press, 3a. edición, 2011.
- b) GAMAS TORRUCO, José, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1a. edición, 2011.
- c) SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 6a. edición, 2001.
- d) TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 17a. edición, 1980.

<sup>4</sup> BETETA QUINTANA, Ramón, "Los monopolios internacionales son enemigos de todos los pueblos. (Conferencia pronunciada en el Town Hall de la Ciudad de Nueva York, el día 29 de mayo de 1940)" en su apartado "México no será comunista", compilado en *Pensamiento y dinámica de la revolución mexicana*, México, 2a. edición, 1951, p. 354.

## ii) El contexto mundial en el cual se dio la reforma

Para finales de 2013, además de la recuperación del dominio global del poder económico sobre el de los campesinos y obreros, otros factores que también reconformaron el contexto mundial habían nunca antes sido vistos y, algunos, francamente aterradores: por los últimos nos referimos a la crecida de grupos extremistas islámicos que controlan porciones significativas de Estados de esa tradición cultural, que se ubican contiguos a la zona de mayor producción y reservas petroleras del planeta y por el segundo a China.

En 2013 China arribó al sitial número uno entre las economías más grandes del planeta, si bien de ello se registró en la cuenta hasta 2014, hecho que condujo a una varia serie de cuestiones nunca vistas; sólo para enunciar algunas: el valladar que el desarrollo de China representa en todo intento de frenar el cambio climático, y el negativo impacto que la más leve desaceleración de su economía acarrea al mundo.<sup>5</sup>

En ese contexto mundial renovado, el poder económico se ha robustecido acaso con preeminencia, éste enfrenta el desafío de controlar y, como le es propio a su naturaleza, también lucrar con un supuesto nuevo factor de poder: la denominada "sociedad civil global", misma que no escapa del sometimiento de los poderes ancestrales y la cual, irónicamente, emplea como su mejor "arma" a las *Tics* propiedad del poder económico.

Es imprescindible continuar con el auxilio de la historia, y apuntar que en la génesis del contexto mundial de 2013 se contaban cambios constitucionales domésticos en las principales economías, cambios directamente subsecuentes al embargo petrolero árabe de 1973, pues tales cambios se consolidaron hacia comienzos de la década de 1980 y posteriormente, se extendieron a las economías menos grandes y a las de los países en desarrollo; la pionera de esos cambios fue la Gran Bretaña bajo el gobierno conservador de Margaret Thatcher.

El gobierno de Thatcher para finales de dicha década de 1980, ya había relegado a un plano muy secundario al modelo económico llamado de "estado de bienestar social", que se había instaurado en la Gran Bretaña ya para la primera mitad de la década de 1960, tras una serie de gobiernos laboristas.

Lo efectuado por Thatcher en Gran Bretaña, aunado a medidas análogas del gobierno de los Estados Unidos bajo las administraciones de Ronald Rea-

<sup>5</sup> China, además, es un Estado con una sociedad cada vez más industrializada en la cual florece una minoría capitalista al lado de una trabajadora que subsiste en condiciones próximas a la esclavitud, sin siquiera poder acceder libremente a la huelga como puede verse en: "Aumentan las huelgas en China ante el despertar de la clase obrera", en *Excelsior*, 7 de abril de 2015, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/global/2015/04/07/1017459>

gan, pasó a ser el paradigma aplicado del “modelo neoliberal”, ideado por el economista austriaco Friedrich von Hayek desde la década de 1930, y tuvo como efecto inercial que hasta entrada la primera década del Siglo XXI continuaran las privatizaciones petroleras en países tan disímolos como Brasil y Noruega, llegado finalmente a México.

### iii) Cuestiones que se anotan como probables litigios constitucionales

Ilustradas la categorización de la reforma y el contexto mundial en el cual ésta se dio, este estudio arriba al momento en el cual requiere dar vista, en lo conducente, al Artículo 27 de la Constitución reformado, para lo cual se transcribe su séptimo párrafo, el cual dispone:<sup>6</sup>

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.

Así mismo, este estudio transcribe enseguida, de la parte transitoria de la reforma; pues en dicha parte hemos advertido que, en un sentido la constitución prescribe:

**SEGUNDO.** Los derechos laborales de los trabajadores que presten sus servicios en los organismos, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal dedicadas a las actividades que comprende el presente Decreto se respetarán en todo momento de conformidad con la Ley.

Y, en otro, la propia constitución ordena:

**TERCERO.** La Ley establezca la forma y plazos, los cuales no podrán exceder dos años a partir de la publicación de este Decreto, para que los organismos descentralizados denominados Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad se conviertan en empresas productivas del Estado.

<sup>6</sup> Versión publicada en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Nos cuestionamos: ¿Cómo el régimen laboral de PEMEX concluirá con la terminación del correspondiente contrato colectivo el 30 de agosto de 2015? ¿Es posible que el nuevo lo negocien PEMEX y la representación sindical de sus trabajadores, en observancia de la nueva ley de PEMEX?<sup>7</sup> Y con ello y otros actos se surta la hipótesis de conversión prevista en el transitorio tercero de la reforma ¿acaso lo que prescribe el transitorio primero y ordena el similar tercero, no generará duda de si lo que resulte de tal negociación sería o no impugnante ante los tribunales?

¿No habrá, a fin de cuentas, litigios constitucionales<sup>8</sup> que demanden la inconstitucionalidad, de aquél que resulte ser primer acto de aplicación para determinado sujeto o clase social de sujetos, como consecuencia de lo declarado por un transitorio y lo dispuesto por otro?

Las anteriores cuestiones son un desafío para quienes intentamos profesar el derecho constitucional y nosotros vaticinamos probables juicios constitucionales, con la salvedad que haremos antes de concluir los presentes inciso y punto.

La naturaleza de este estudio (artículo para el número 39 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de nuestra Escuela) no permite abundar todo lo que podríamos respecto tales cuestiones e impide traer a colación y, menos, transcribir precedentes o jurisprudencia.

También, por dicha naturaleza, se evita transcribir la totalidad de la reforma con sus correspondientes artículos transitorios; si bien su necesaria lectura y estudio no los soslayamos.

Los anteriores ahorros por razón de la naturaleza del presente estudio, no permiten al menos comentar de los transitorios del caso no mencionados que estos ordenan:

- a) La institución de imperativos políticos en materia económica, con objetivos de beneficio social a observarse en la respectiva transición;
- b) La institución de nuevas entidades del estado competentes en materia energética;
- c) La institución de un fondo a constituirse bajo la forma de fideicomiso, para la administración de los recursos provenientes de la renta petrolera, así como de otros fondos y fondo bajo la forma de fideicomiso y, por último pero no por ello menos importante; y

<sup>7</sup> Someramente lo conducente de dicha ley se verá en el presente estudio.

<sup>8</sup> Para efectos de este estudio, deben entenderse por “litigios constitucionales”, cualquier proceso en el cual el actor demandara por la vía de amparo o por la de controversia constitucional.

- d) La institución de sistemas de coordinación transversal, cuyos objetivos consisten en proveer el cuidado del medio ambiente y procurar la sustentabilidad de la industrialización de los activos nacionales que se destinen a la energía.

El texto visto de la reforma, consistente en un párrafo del Artículo 27 de la Constitución transcrito al inicio del presente punto I y dos transitorios; más las cuestiones planteadas inmediatamente después de concluidas las respectivas transcripciones; aunadas al alcance de las cuatro instituciones que acabamos de listar del inciso *a* al *d* y, además, la siguiente transcripción de la ley de PEMEX,<sup>9</sup> en lo conducente, son suficientes para bosquejar en el intelecto de estudiantes, y abogados la probabilidad de los litigios constitucionales que hemos vaticinado:

Ley de PEMEX:

Transitorio noveno: ...La modificación de la naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios y filiales, a que se refiere el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013, así como la presente Ley, no deberá afectar en forma alguna los derechos de sus trabajadores en activo ni los de sus jubilados y pensionados...

Transitorio décimo séptimo: ...Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios y filiales, con la participación de la representación sindical, establecerán los mecanismos que resulten necesarios para la debida capacitación de sus recursos humanos, con la finalidad de garantizar su eficacia, productividad y competitividad en la industria de los hidrocarburos y en la consecución de su objeto...

Por último, y como orientación adicional, de la complejidad de los probables litigios constitucionales que hemos vaticinado, apuntamos que los intereses en conflicto de las eventuales partes litigantes, estarán sustentados en sendas normas de interés social y, por ello, éstas en su argumentación y el juzgador en lo que resuelva, habrán de interpretar como para tal caso lo prescribe Elisur Arteaga Nava: “Considerando los preceptos en función de los valores políticos, económicos, y sociales prevalecientes en el momento

<sup>9</sup> La *per se* y *prima facie* no inconstitucional “Ley de Petróleos Mexicanos” (nueva ley *stricto sensu*), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014.

de realizarse”,<sup>10</sup> lo cual exige en el intérprete una sensibilización política, económica e histórica, la cual a continuación recordaremos, no sin indicar la salvedad de que los probables litigios que hemos vaticinado no acontezcan, lo cual constituirá una prueba más de la aptitud política del actual gobierno.

## II. APUNTE SOBRE LA INTERACCIÓN DE LA CIENCIA POLÍTICA, LA ECONOMÍA, LA HISTORIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El Derecho constitucional, desde una perspectiva admitida por la totalidad de su doctrina, se ocupa de la constitución entendida como el conjunto de normas que conforman a la ley suprema de todo sistema jurídico nacional. No puede existir un sistema jurídico ni, por ende, una constitución, ayuna de normas para la correspondiente economía nacional, normas a las cuales el ilustre jurista español Luis Díez Picazo, en concepción típicamente sistemática de la constitución sobre la economía designa: “el orden público económico”.<sup>11</sup>

La Economía como ciencia, se define como aquella “que estudia la manera en la cual la sociedad administra los recursos que le son escasos”,<sup>12</sup> o, a decir de Lionel Robbins, citado por el economista, historiador, doctor en derecho y autor español Gabriel Tortella<sup>13</sup> como aquella que “estudia la actividad humana como relación entre fines [infinitos] y medios escasos que pueden utilizarse de manera alternativa”.

Por otra parte, si los vocablos “política” y “economía” válidamente se emplean tanto para significar no solo a dos ciencias sino, también a sendas actividades que inevitablemente acontecen en el devenir histórico, y en el Estado-nación contemporáneo tales actividades coexisten y recíprocamente se afectan con menor violencia que nunca, y esto por virtud de la Constitución que como a todo poder ordena, una revisión de la historia nacional reciente es indispensable para, conforme a derecho, poder opinar sobre la reforma. A tal revisión en seguida nos abocamos.

<sup>10</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, p. 52, tercer párrafo.

<sup>11</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Ed. Civitas, 3 tomos, Tomo I, 1993, pp. 42-54.

<sup>12</sup> MANKIW, Gregory N., *Principios de Economía*, México, Cengage Learning, 5a. edición, 2009, p. 4.

<sup>13</sup> TORTELLA, Gabriel, *Introducción a la economía para historiadores*, Madrid, Ed. Tecnos, 3a. edición, 2002, p. 5.

### III. ACONTECIMIENTOS ECONÓMICOS Y CAMBIOS CONSTITUCIONALES PREVIOS A LA REFORMA.

#### i) *Con Echeverría y López Portillo*

Como se expuso en el punto I, tras la reforma México tiene un nuevo orden constitucional económico. Tal orden fue concebido conforme a un modelo neoliberal distinto al del desarrollo compartido y del capitalismo de Estado (sus dos antecedentes inmediatos; de sólo seis años de duración, cada uno).

Del nombre mismo del segundo de tales modelos, se infiere su preeminencia estatista; del segundo una rectificación del anterior, pues se invitó al sector privado a compartir con el Estado un desarrollo y el antecedente al capitalismo de estado había sido el “desarrollo estabilizador” que fue un exitoso modelo de 1958 a 1970.

Al capitalismo de Estado, intentó imponerlo el bando de la clase política contrario al tecnocrático y al de los políticos de cuño tradicional no simpatizantes de nada que oliera a izquierdoso. Los economistas priistas, pero izquierdosos, fueron usados por Luis Echeverría, en un intento de dejar atrás todo lo posible al “desarrollo estabilizador” y reducir el poder de sus instrumentadores. Presumimos que lo hizo para hacerse de la máxima cantidad posible de poder.

Bajo Echeverría, los acaso no unánimemente mal intencionados economistas izquierdosos intentaron imponer su modelo, entre 1970 y 1976. Fueron ingenuos en la medida de que posiblemente no repararon en el origen en todos sentidos anti democrático de Echeverría, y si bien al lado de éste afortunadamente no condujeron al país a una situación similar a la del democrático Chile bajo Salvador Allende, igual que Allende y sus seguidores fracasaron.

Echeverría impuso a los economistas izquierdosos y a buena parte de los restantes bandos de la clase política priista a José López Portillo, para sucederle en la presidencia.

López Portillo sin quererlo, dio pie a la exclusión perpetua de los economistas izquierdosos, tras el fracaso de su negociado modelo de “desarrollo compartido”, pues lo acrecentó a partir del tercer año de su gobierno, sustentándolo ahora en el aumento de los precios del petróleo.

Para el último trimestre de de 1981, tras el colapso de los precios del petróleo, López Portillo hubo de ordenar al PRI que postulara para la presidencia de la República, por vez primera, a un tecnócrata: Miguel de la Madrid Hurtado.

Echeverría y López Portillo adolecieron, respectivamente, de carencia mínima de vocación de reforma constitucional, y de la mesura y control que exige la administración.

De justicia es apuntar, que los yerros de Echeverría y López Portillo no fueron de sus exclusivas responsabilidades personales en la medida que con ellos llegó a término una constitución absolutamente presidencialista: tras el gobierno del primero quedó clara la urgencia de una reforma política; tras el del segundo lo inaplazable de otra en materia económica; la primera, más difícil, la inició López Portillo y hasta la fecha no se consolida; la segunda la hizo Miguel de la Madrid Hurtado y, como ya dijimos, avanzó hasta alcanzar su culmen con la energética que nos ocupa.

#### ii) *Con De la Madrid y demás tecnócratas*

Si bien, Miguel de la Madrid Hurtado (presidente de la República 1982-1988) impulsó y logró promulgar las reformas constitucionales de trascendencia de reforma del Estado, por razón de que son el eje del modelo económico que culminó en la reforma energética que nos ocupa, se equivocó al transmitir el poder presidencial a Carlos Salinas de Gortari (presidente de la República de 1988-1994), pues Salinas, de talento excepcional, logró la firma del TLCAN, si bien en paralelo, en la recta final de su mandato recurrió a artificios respecto a la política monetaria y se valió de obrería política para acumular poder y su sucesor, Ernesto Zedillo Ponce de León (presidente de 1994 a 2000), al romper con Salinas no manteniendo en la Secretaría de Hacienda a Pedro Aspe Armella, sino reemplazándolo por el opuesto Jaime Serra Puche, precipitó una devaluación comparativamente tan súbita como la del final de los sexenios de Echeverría y López Portillo, si bien, Zedillo demostró habilidad como tecnócrata fuera de serie, y logró estabilizar en poco más de un año al peso mexicano, para después, sobre tal logro impulsar una reforma constitucional que dotó al Banco de México de autonomía por mandato de la ley suprema.

La autonomía constitucional conferida al Banco de México en 1997, aunada a otros cambios en la Constitución de importancia menor y variada efectividad, al menos han permitido a México hasta 2015 un mantenimiento razonable del valor de su moneda y un tolerable grado de equilibrio en sus finanzas públicas, lo cual ha impedido la repetición de crisis económicas abruptas en lo que va del Siglo XXI, hecho infrecuente en economías equiparables a la nuestra.

No se vea en el anterior resumen un panegírico en favor de lo hecho por la tecnocracia personificada en De la Madrid y Zedillo: cierto que con el primero se estabilizó; se dio un cambio de rumbo administrativo y se hizo política, lo cual permitió la reforma constitucional de la autoría personal de aquel que ya quedó apuntada, y con el segundo se apisonó una política monetaria racional dada la autonomía constitucional del Banco de México, ya que desde 1994 el crecimiento de la economía mexicana ha sido ininterrumpidamente bajísimo; el deterioro del poder adquisitivo de los salarios alarmante; y los efectos negativos que ello ha aparejado en el tejido social han contribuido fuertemente a que en éste se haya enquistado una innegable descomposición continua que para 2013 sumaba 21 años consecutivos.

### iii) *En las horas de las presidencias panistas*

Por lo que hace a los gobiernos de alternancia, ni durante la primera presidencia de un panista (Vicente Fox Quesada), ni durante la de un segundo (Felipe de Jesús Calderón Hinojosa), se registraron reformas constitucionales ni acontecimientos domésticos en la economía modificatorios de su estructura, los cuales por ello ameritaran una descripción en el recuento hecho en este punto del presente estudio.

### iv) *Con el PRI de vuelta en la presidencia y hasta el momento actual*

Antes de arribar al presente julio de 2015, todavía hemos de retroceder poco más de dos años y medio, a diciembre de 2012, y si tras ello volvemos al momento actual de 2015, con perspectiva de diecinueve meses constatar la indudable primacía de la reforma energética entre todas las demás constitucionales cuyo entorno también fue el Pacto por México, sin soslayar la complejidad política de la educativa en curso.

Hoy, 31 de julio de 2015, apenas se encuentra concluida la segunda fase de la instrumentación jurídica de la reforma, fase que consistió en la promulgación de las normas reglamentarias y orgánicas consecuencia de la misma, y, de hecho que no nominalmente, se encuentra avanzada una tercera fase, pues el pasado 22 del presente mes se publicó una norma particular y concreta, si bien no ha causado estado, pues contiene una modalidad obligacional: "*los contratos adjudicados serán suscritos a más tardar el próximo 21 de agosto*".

Visto lo anterior como una mínima reseña histórica y una actualización, adinmiculado al inciso ii) del Punto I ("El contexto mundial en el que se dio la reforma"), se aprecia con claridad meridiana que, con las ventajas y desventajas que ello representa esta vez, a diferencia de lo acontecido con la expropiación petrolera de 1938, México no será el inaugurador de una nueva era en la historia mundial del petróleo.

Este estudio sólo se ocupa de la reforma a la constitución y no pasará de enunciar lo mínimo que ya se ha hecho y transcrito de la ley de PEMEX; profundizar más corresponde al derecho mexicano de la energía y no al constitucional.

## IV. UNA CLASIFICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS QUE SE HA ESTIMADO LA MÁS ILUSTRATIVA

Como la mayor parte de las clasificaciones que empleamos los abogados en escritos académicos, la siguiente es didáctica y, por tanto, no absoluta sino relativa; consecuentemente, también es una de tantas.

Se aclara antes de clasificar, que las siguientes normas poseen diversas notas particulares, a saber: ser de aquéllas de la Constitución referentes a Derechos Humanos genéricos o bien a Derechos Humanos de determinadas clases sociales; otras de poseer la nota particular de referirse a la defensa de la constitución y, como puede apreciarse, todas la nota común de pertenencia al texto de la constitución:

### i) *Normas constitucionales de derecho económico*

La Constitución comienza con normas a través de las cuales instituye a favor de los particulares los Derechos Humanos y sus garantías; en los artículos de dicho comienzo primordialmente permite, limita y prohíbe, no solo a los particulares en general sino, también, al Estado (Artículos 1 al 29).

En comienzo, conocido como "parte dogmática", la constitución instituye al Estado como superior dentro de su territorio respecto a los poderes de los particulares, más que nada porque ahí la Constitución lo legitima como el exclusivo poseedor de violencia para obligar al cumplimiento de todas las normas que integran al sistema incluida aquella. Lo anterior se ilustra con

singular claridad, en la norma contenida en la parte del el Artículo 17,<sup>14</sup> que prohíbe: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Conforme a lo anterior es que en su parte dogmática la constitución contiene a las normas que a todo particular permiten, limitan y prohíben en lo que a la economía respecta (Artículos 5, 25, 26, 27 y 28), y de su estudio especializado, normas reglamentarias sustantivas y también procesales, es de aquello de lo cual se ocupa el Derecho económico.

### ii) Normas constitucionales de Derecho laboral y agrario

Por lo que concierne a personas colectivas particulares, o simplemente grupos sin personalidad jurídica, pero que en común con aquellas pertenecen a clases sociales con tutela, por parte de la Constitución, frente al poder económico y demás poderes, tales normas merecieron tratamiento especial fuera del comienzo o “parte dogmática” de la Constitución tratándose de la clase trabajadora, históricamente organizada y presente en el constituyente de 1917, y de ésta se ocupó el Artículo 123, no habiendo por contraste sucedido lo mismo con la clase campesina, pues en lugar de asignársele tratamiento fuera del comienzo de la Constitución como sucedió con la obrera, el constituyente no pasó de hacer injertos en el Artículo 27, numeral en realidad no nuevo por oposición al 123, sino más bien pletórico de innovaciones con respecto a su antecedente de la Constitución de 1857.<sup>15</sup>

Las normas constitucionales de este inciso, respectivamente, ordenan el poder de los trabajadores y campesinos.

<sup>14</sup> Desde el punto de vista técnico, la mayoría de los artículos de la Constitución contienen más de una norma, pues disponen más de un permiso, una prohibición, una limitación o un imperativo político, ello con independencia de su ámbito destinatario (Estado o particular) y de la parte del texto de la ley suprema en la cual se encuentren (garantías, organización estatal y forma de gobierno, etc. Lo anterior, puede verse con don Elisur Arteaga Nava, *op. cit.* a lo largo de sus 1135 páginas, obra cuya extensión no debe inhibir al estudiante pues cuenta con múltiples índices y un diseño visual que la hacen manual para un curso o, bien, como texto de consulta para el abogado toda en ella abundan conceptos y juicios sintéticos incluidos los correspondientes a temas constitucionales complejos.

<sup>15</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Ed. Porrúa, 25a. edición, 2008, pp. 610-626.

### iii) Normas constitucionales de la defensa de la Constitución

Las hemos incluido en nuestra clasificación, por nuestra convicción de que cómo mejor y más prácticamente se entienden es visualizándolas con el enfoque contencioso inherente a la profesión del abogado; hecha tal aclaración, también apuntamos: las mismas las hemos dividido en las siguientes tres categorías que, por asumirse como conocidas o fácilmente consultables, así como por economía editorial, sólo nos limitamos a enunciar:

- Normas constitucionales de garantías individuales (arts. 1 al 29);
- Normas constitucionales de amparo (arts. 103 y 107); y
- Normas constitucionales de Derecho procesal constitucional distintas a las de amparo (art. 105).

## V. RESULTANDOS

10. *De una comparación con otras experiencias nacionales*, se probó que tras décadas del cambio constitucional en la Gran Bretaña, al que hicimos mención en el punto I de este estudio, y en razón a que en tal cambio constitucional tuvo importancia suprema una privatización petrolera (la de British Petroleum), ese Estado nación reporta a 2015 no solo continuidad en su ya ancestral estabilidad monetaria sino, también, una más extendida y sostenible cobertura de la asistencia estatal entre su culturalmente diversa y socialmente desigual población, sin perjuicio de que se ciernen sobre su economía los riesgos de una disminución notable en sus reservas petroleras y, sobre todo, en la rentabilidad de la explotación de sus hidrocarburos.

En Brasil, la reforma energética ha tenido tropiezos severos en extremo tal, que cada vez más se augura su rotundo fracaso; sus tropiezos son atribuibles en buena medida a corrupción. Hoy, en ese país latinoamericano, ciertamente más similar a México que Gran Bretaña, se han revertido efímeros indicadores de cierta mejoría social, tras el giro a la derecha de las políticas públicas del socialista ex presidente Lula y su sucesora Dilma Rouseff. En su conjunto, Brasil vuelve a enfrentar problemas muy parecidos a los nuestros, excepto por los hechos de violencia acontecidos en los estados mexicanos de Tamaulipas (San Fernando) y Guerrero (Iguala).

La experiencia privatizadora del petróleo de Brasil tiene como variables a considerar distintas a las de México, el que su población es casi 20% mayor a la nuestra y que geográficamente se encuentra más alejado de los principales

centros de consumo y transformación del petróleo, así como que nada más tiene salida al océano atlántico.

Noruega, donde al igual que en la Gran Bretaña nunca existió un monopolio estatal como en México lo fue PEMEX, y en cuya explotación tradicionalmente ha participado el Estado, ahora éste lo hace con un decrecimiento notable, mismo que los noruegos asocian como positivo y determinante para haber logrado que desde hace dos años de los 35 transcurridos a partir de la constitución de un fondo de inversión para su renta petrolera, tal fondo haya acumulado una reserva de 135,000 dólares *per cápita* para su población, la cual sobrepasa por poco a apenas cinco millones de habitantes.

20. *Se probó que para la nación la reforma entraña una oportunidad necesariamente benéfica*, con un costo social mayor previsible en caso de que no se hubiera realizado, ya que cualquier otro costo que se conozca o pueda preverse, incluidos aquellos que mediante la Constitución pueden prevenirse, (*vbgr.* aquellos que fueron *la ratio legis* de que la reforma creará las tres instituciones que se listaron en los incisos *a*, *b*, y *c*; e incluido, también, el costo social inherente a la actual concentración del ingreso (para determinarlo se dio vista a la pobreza del 79.5% de la nación, y se determinó que exceptuada quizás sólo el 10% de la misma que posee el 64% del ingreso y, sin duda alguna, exceptuadas las familias de los 4 individuos que poseen el 10 % de dicho ingreso)<sup>16</sup> no haber realizado la reforma hubiera tenido un costo social mayor; así como, también, el costo social de lo inoperante de la Constitución previa a la reforma (para lo cual mediante cálculos aritméticos pudo determinarse que el individuo de los 4 que concentra la mitad del 10% del ingreso, específicamente aquél que de acuerdo a la indicada fuente consultada acumula el 50% de dicho 10%, es decir, Carlos Slim Helú, un año y medio antes de la reforma; concretamente en junio de 2012, por lo menos tenía invertida en actividad petrolera en Argentina cuatro veces más que en México y, que además lo que tenía invertido en Colombia y Estados Unidos

<sup>16</sup> Tales proporciones las obtuvimos de: "Crece pobreza en México o; hay dos millones más: Coneval", 25 de julio de 2015, en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2015/07/24/crece-pobreza-en-mexico-hay-dos-millones-mas-coneval>. La segunda: "Los más ricos en México concentran 64% de los ingresos", 16 de octubre de 2014, en: <http://www.cnnexpansion.com/mi-dinero/2014/10/16/mexico-entre-los-paises-con-mayor-concentracion-de-riqueza>, consultado el 24 de julio de 2015. Así como la tercera: "Multimillonarios mexicanos quintuplican su fortuna: Oxfam", 24 de junio de 2015, en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/finanzas-cartera/2015/multimillonarios-mexicanos-quintuplican-su-fortuna-oxfam-1109591.html> (Se aclara que ponderamos que dichas tres noticias provienen de medios informativos no desacreditados y, a su vez, se sustentan en fuentes favorecedoras al gobierno mexicano como el Coneval, conservadoras como Credit Suisse si bien capitalista, y críticas hasta dónde una ONG internacional puede serlo como Oxfam, respectivamente).

en esa misma actividad, doblaba en cantidad a la de México),<sup>17</sup> de donde puede por razón aritmética presumirse un hecho matemáticamente cierto y, por ende, en el cual se sustenta la prueba del presente resultando, toda vez que hasta el 89.5% , más el restante 9.5% de la nación (el 99% de los mexicanos), aprovecharán en un entorno global de dominio del poder económico mundial, un beneficio mínimo pero necesariamente superior a aquel previo a la reforma, el costo social de no haberla hecho hubiera sido más alto de aquél en el cual puede incurrirse.

**No obstante, como abogados no podemos omitir mencionar que el provecho de haber hecho la reforma, será desproporcional en grado diverso y, posiblemente, también de corta duración, hasta para el 89.5% de la nación e, indudable e injustamente pero inevitable por lo inaplazable de urgencias nacionales, será pingüe y acaso muy duradero para el restante 1% de los mexicanos más ricos.**

30. *Se probó la legalidad de la reforma y su legitimidad*, puesto que conforme al inciso i) del Punto I del presente se estudió cómo en México se ha transformado al Estado a través de la Constitución, desde una perspectiva de ejercicio del poder que unánimemente admite la doctrina: y que el poder supremo de la Constitución si bien no siempre respetado, ha moldeado a los poderes que lo constituyeron para culminar un modelo esbozado desde 1982; y durante la conclusión de tal modelaje, tales poderes actuaron dentro del orden constituido a un nivel de sus capacidades no visto desde 1938, con la expropiación petrolera de ese año, pues, está vez, por oposición a la rebelión de Saturnino Cedillo en 1939, financiada por empresas petroleras afectadas por tal expropiación, en 2014 los opositores a la reforma, el PRD y la entonces asociación política nacional "Movimiento de Regeneración Nacional" (MORENA), dedujeron acciones ante el Instituto Nacional Electoral y, para reclamar la negativa de éste a realizar una consulta popular en los términos que tales partido y organización política lo solicitaron, acudieron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual de manera unánime desechó las respectivas pretensiones por estimarlas improcedentes, sin que hasta la fecha que se terminó de escribir este trabajo se tenga conocimiento de ninguna otra acción ante órgano jurisdiccional distinto, ni se vislumbre que ello pueda acontecer. (En la especie, necesariamente habría de ser un órgano creado por el derecho internacional).

<sup>17</sup> También de acuerdo a la nota periodística que aparece en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/finanzas-cartera/2015/multimillonarios-mexicanos-quintuplican-su-fortuna-oxfam-1109591.html>

4° Se probó el superior costo social de las alternativas posibles a la reforma, estimando para ello el costo/beneficio contra el mantenimiento del *status quo* prevaleciente antes de la misma; o en, defecto de una y otro, una reforma incluso más populista de lo que hubiera sido acorde con el fracasado modelo de capitalismo de Estado mexicano, pues implicaría una mayor o menor paramilitarización, ejercicio en el cual de tomó como referencia el caso de Venezuela bajo Chávez, país en que tras casi quince años de dicho modelo, es decir; para 2010, acusaba como el mayor costo de este modelo la dependencia de toda la economía hacia el precio del petróleo, pues en tales casi quince años, pasó de un ya considerable 70% de dependencia a un 90%,<sup>18</sup> con consecuentes efectos negativos que ello implica, y que se manifestaron con lo que para el corriente 2015 enfrenta tal nación hermana, tras el descenso en los precios de dicho hidrocarburo.

5° Se probó que, dada la licitud doméstica y global de los hidrocarburos, el conjunto de instituciones conformadas a través de normas nacionales e internacionales en las que, en mayor o menor grado, se negocian su producción, su comercialización y su industrialización, así como a través de las correspondientes instituciones jurisdiccionales competentes, para intervenir en controversias que se susciten en cualquiera de dichos eslabones de la cadena productiva que hemos mencionado, conforman un filtro mucho más cerrado que los informales y ocultos que corresponden a la producción, tráfico y comercialización de drogas, así como los equivalentes de otras actividades ilícitas típicas del crimen organizado; todo lo cual puede generar una propensión marginal del tejido social a sumarse a una industria petrolera mexicana dinamizada y, en general a aquellas que ven en ésta a su terminal, efecto que en mayor o menor grado acarrearía la reforma y ya acarreado, y cuya causalidad en la reforma se determinó mediante el auxilio de la “política criminal”, así como mediante aplicación mínima de métodos del llamado “análisis económico del derecho”, sin el empleo de periciales ya no se estimaron necesarias.

Finalmente, conforme a aquello que ha enseñado la práctica forense de nuestra tradición jurídica por más de setecientos años, previo y especial pronunciamiento ha de hacerse a la conclusión del presente estudio, tras los anteriores resultandos, se pasa a los siguientes:

<sup>18</sup> Datos obtenidos de: “La dictadura de Chávez”, *Radio Televisión Española* (RTVE), que con derechos de autor de 2015 y datos a 2010, apareció el 27 de julio de 2015, en: <http://www.rtve.es/noticias/muere-hugo-chavez/venezuela-datos/>

## VI. CONSIDERANDOS

10. *La constitución ha de privilegiarse en la política y en la economía.* El ejercicio del poder político por parte de los profesionistas del mismo, de acuerdo a lo que bien expone nuestro maestro Don Elisur Artega,<sup>19</sup> es el que hemos de privilegiar junto a invocaciones de teoría constitucional cuando de entender la constitución se trata y, por analogía de participación, la Constitución ha de privilegiarse cuando hacer política de Estado es la profesión. Lo anterior se extiende la economía, como puede inferirlo quien estudie este trabajo.

Para el caso de la reforma y por razones que ya plasmamos en el presente estudio,<sup>20</sup> es obligada una retrospectiva a partir de junio de 1981, mes y año en el cual los profesionistas del poder político (algunos de ellos tecnócratas) iniciaron la extinción los modelos económico de “capitalismo de Estado” y de su subsecuente “crecimiento compartido”, éste altamente dependiente del petróleo, y comenzaron el retorno hacia el actual modelo en el que, como veremos, en el presente considerando, predomina el liberalismo.

Es natural en tal retrospectiva a 1981 que emerja el ya varias veces mencionado en este estudio Miguel de la Madrid Hurtado;<sup>21</sup> pues para la primera semana de octubre de ese 1981, habría de dar un importante discurso y acompañarlo de definitorios mensajes, en ocasión a su rendición de protesta como candidato a la presidencia de la república del PRI, para suceder a López Portillo, tras de que el petróleo había caído para no volver al precio del cual cayó hasta veinte años después.

A dos y media décadas de distancia de que viera la luz la citada tesis profesional *El pensamiento económico en la constitución de 1857*, cuando comenzaba su campaña para la presidencia de la República en octubre de 1981, De la Madrid se valió de la reedición de algunas monografías que había publicado previamente, pero que el 7 de octubre de 1981 el comité ejecutivo nacional del PRI reeditó: *Estudios de Derecho constitucional, Miguel de la Madrid Hurtado*.<sup>22</sup>

De esa manera, a través de su discurso de toma de posesión como candidato del PRI en el cual anunció un “cambio de rumbo” y de particularmente, para los abogados del poder económico, mediante la edición de *Estudios de*

<sup>19</sup> *Ibid.* pp. 148-150.

<sup>20</sup> *Vid. supra.*, p. 6, penúltimo párrafo

<sup>21</sup> *Vid. supra* pp.7-8, abogado quien para titularse como licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1957, presentó la tesis *El pensamiento económico en la constitución mexicana de 1857*, México, 1982, Ed. Porrúa, 2a. edición, 1982.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, (307 páginas en edición rústica con tiraje de 50,000 ejemplares, reedición con licencia de Ed. Porrúa, México, de la de su propiedad de 1980, la cual había constado de sólo 1,000 ejemplares).

*Derecho constitucional*, por el PRI que contenía las monografías: 1. *Economía y derecho*; 3. *Algunas cuestiones sobre la regulación de la empresa pública*; y 12. *Las ideologías*. De la Madrid dejó todo lo claro posible que él iría mucho más allá de una adecuación al modelo economía de “desarrollo compartido” que, forzado por las circunstancias y para corregir al “capitalismo de Estado” de Echeverría, hubo de anunciar López Portillo en su toma de posesión el 1° de diciembre de 1976 insuficiencia en la medida de que incluyó a los economistas izquierdosos y dependió totalmente del petróleo.

Por medio de la prensa, radio y televisión, De la Madrid en su protesta, apoyado por los tres sectores del PRI (Obrero, Campesino y popular), en su mencionado “cambio de rumbo” por prudencia nunca declaró estar alineado a la ideología neoliberal, ya para 1981 en boga en los principales países del bloque occidental; no obstante tal mensaje y, sobre todo, la publicación editorial vista, se produjo en los agentes del poder económico certeza de que en la realidad en alguna medida De la Madrid lo estaría.

Si bien en contraste con Echeverría, el gobierno de De la Madrid sería de reformas constitucionales, éstas crearían normas constitucionales de derecho económico y no sólo de Derecho electoral como López Portillo, y también que su administración sería distinta a las de sus dos predecesores en cuanto a que relegaría de las finanzas públicas a los economistas no tecnócratas, dado el desastre que en éstas produjo la administración de López Portillo, la cual sólo de enero a septiembre de 1981, duplicó el monto de la deuda externa respecto de lo que había crecido durante todo 1980, sin siquiera reparar en la abrupta caída de los precios del petróleo de junio de 1981 ya mencionada párrafos atrás.

De la Madrid dejó claro que desde el 8 de octubre de 1981, que desde ese momento y no hasta que resultara electo presidente de la república en julio de 1982, comenzaría a operar una actualización gradual del añorado desarrollo estabilizador que comenzó en 1958, por concepción de Antonio Ortiz Mena, Secretario de Hacienda de 1958 a 1970.

El período de veinticinco años subsecuentes al fin de la segunda guerra mundial (1945-1970), durante el cual en México, mediando previamente el “boom alemán” y la ulterior “estabilización con Ruiz Cortines”, aunados al mencionado desarrollo estabilizador, mereció calificarse como “el milagro económico mexicano”.

Tal cuarto de siglo de vida económica se caracterizó por no haberse apartado del pensamiento económico del congreso constituyente de 1917, y porque las reformas constitucionales fundamentalmente oscilantes y, a final de cuen-

tas rectificadoras hacia la derecha, estuvieron acompañadas por consensos entre los poderes que permitieron su promulgación y vigencia no estridentes y se cuidó de nunca acompañarlas con discursos incendiarios por parte de la autoridad.<sup>23</sup>

Con el tan comentado mensaje que De la Madrid envió mediante la publicación de sus *Estudios Constitucionales*, los agentes del poder económico entendieron, sin duda, que él procedería a consensuar entre los poderes que la constitución ordena un cambio gradual hacia un modelo de corte neoliberal.

De la Madrid, en seis años impulsó y logró concretar reformas a normas constitucionales en materia económica; su gobierno inició el recorrido que en 2013, a través de la reforma que nos ocupa, culminó en un nuevo orden constitucional económico concebido conforme a un modelo neoliberal, lo cual habíamos apuntado dese el inicio del punto I del presente estudio, y con lo expuesto en el presente considerando se ilustra que mediante reformas constitucionales es como no se omite privilegiar como es debido la constitución en la política y en la economía.

20. *La constitución exclusivamente no puede “establecer, consignar o regular la anarquía, el desorden, la intranquilidad, la desobediencia, la rebeldía, el derecho a la revolución (o) la justicia por propia mano”*. Lo cual opina Don Elisur Arteaga Nava,<sup>24</sup> con quien al respecto coinciden el clásico constitucionalista italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia,<sup>25</sup> el científico político estadounidense Robert Dahl,<sup>26</sup> y dos de los tratadistas mexicanos cuyas obras

<sup>23</sup> Pueden buscarse las respectivas reformas constitucionales de trascendente incidencia económica en TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*

<sup>24</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur, *op. cit.*, pp. 71-in fine.

<sup>25</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1a. edición, 1965, reimpresión, 1973, pp. 11-in fine.

<sup>26</sup> DAHL, Robert, *How democratic is the american constitution?*, Serie “Castle Lectures Series”, EUA, Yale University Press, 2a. edición, 2003, 1a. edición en español (*¿Qué tan democrática es la constitución americana?*), Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003, ambas citadas en su totalidad y la primera consistente en 224 páginas; no absteniéndonos de aclarar:

a) No conocemos de obra alguna de un constitucionalista estadounidense que apunte sobre una metodología referida a la realidad política subyacente y, por mayoría de razón, menos a una que siquiera mencione un enfoque de análisis como el de la *realpolitik*, por lo cual hubo de recurrirse a Dahl quien era científico político con las mejores credenciales académicas en su país, no abogado; y

b) Que con desagradable sorpresa no se encontró en el comercio en México a la fecha de la revisión final del presente trabajo un ejemplar de la referida edición del FCE, ni ninguna otra obra de Dahl que también esté compenetrada en grado suficiente con cuestiones de derecho constitucional, lo cual obliga a aclarar que la cita a Dahl se legitima (científico político mas nunca jurista), por razón de que la creación más directa del orden jurídico por intervención directa del poder judicial propia de los sistemas jurídicos anglosajones, como se sabe prefiere el empleo de referencias casuísticas y la casación de la ideología históricamente primigenia de la constitución a la las circunstancias políticas del momento en el cual la suprema corte dicta sus sentencias que al empleo de un aparato conceptual como es característico de los neo románicos, todo lo

consideramos de óptima calidad en su género: Enrique Sánchez Bringas<sup>27</sup> y José Gamas Torruco;<sup>28</sup> citando nosotros a los cuatro a pie de página, sin omitir aclarar que si ciertamente no disienten de Arteaga Nava, tampoco privilegian como éste a la *realpolitik*, y de la misma sólo admiten una relativa validez.<sup>29</sup>

30. *La reforma no puede ser inconstitucional.* Pues si bien, la interpretación constitucional arroja resultados varios, todos en apariencia igualmente válidos, es de explorado derecho constitucional que:

La constitución supedita el poder económico al político; determina qué parte de la riqueza será patrimonio público; regula la conservación y su acrecentamiento por parte de los particulares.<sup>30</sup>

Y (también de Arteaga Nava, en transcripción a propósito del mismo poder económico, la cual nos hemos atrevido a editar<sup>31</sup> sin sacar al texto de su contexto asumiendo, no obstante, las posibles e incuestionables consecuencias académicas de tal edición):

...A quien (lo) detenta, mediante su dosificación adecuada, le es dable ejercer el poder político, compartirlo o influir en él... Es importante que las leyes (incluida la constitución como la ley suprema) regulen la transmisión pacífica, segura y con las menores pérdidas de la riqueza de unas manos a otras.

Habida cuenta de lo cual como, también, en la especie se probó legitimidad y legalidad de la reforma, menor costo social gracias a la reforma y urgencia de valerse de la reforma como insuperable herramienta de combate contra el creciente poder del crimen organizado (ver Resultandos 3º, 4º y 5º del presente estudio), la inconstitucionalidad de la reforma es imposible.

cual asegura que Dahl es constantemente leído por los jueces de la suprema corte de los Estados Unidos, sin perjuicio de que no fuera jurista, habiéndose ello comprobado tanto en la prensa cotidiana como en revistas jurídicas de ese país.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho Constitucional*, op. cit.

<sup>28</sup> GAMAS TORRUCO, José, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit.

<sup>29</sup> En BISCARETTI, SANCHEZ BRINGAS y GAMAS TORRUCO, se detecta la común inspiración preferente en DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 1955 (No en DAHL, quien *alla americana* es prototipo contemporáneo del preferente de la *realpolitik*), y los 5 en Max Weber y éste, a su vez, en un estudio, reconocimiento y crítica al históricamente aún más trascendente Karl Marx.

<sup>30</sup> ARTEAGA NAVA, op. cit. p. 142.

<sup>31</sup> *Ibidem*, tercer párrafo in fine.

No obstante, y con riesgo de abundar innecesariamente, antes de arribar a la conclusión del presente estudio, también se consideró el hecho notorio tras diecisiete meses de haber entrado en vigor, que la reforma no precipitó una revolución y, por ende, es imposible que sea inconstitucional.

## VII. CONCLUSIÓN

La inconstitucionalidad de la reforma es imposible, no obstante los actos futuros, al menos de la empresa productiva propiedad del Estado denominada Petróleos Mexicanos, que por imperativo de los transitorios de dicha reforma a más tardar han de verificarse el 22 de diciembre de 2015, merecerán meticulosa revisión por parte de titulares de Derechos Humanos garantizados por la Constitución a todo particular o de Derechos Humanos para clases sociales también garantizados por dicha ley suprema, para que de resultar probables violaciones en contra de cualquiera de tales sujetos, estos ponderen la conveniencia de valerse del medio de defensa que la Constitución les confiera y accionar lo respectivo.

## VIII. A MANERA DE EPÍLOGO DESEABLEMENTE TRANSITORIO

Hoy gravita una probabilidad preocupante que amenaza la vigencia de nuestra Constitución.

Los lamentables hechos de violencia frecuente en ciertas regiones del territorio nacional, posteriores a la entrada en vigor y cumplimiento gradual de los transitorios de la reforma, en alguna medida pueden guardar conexidad con grupos opositores a la misma. Desgraciadamente, y por vicios tristemente arraigados en nuestra cultura nacional, a la posibilidad apuntada hemos de añadir la probabilidad del un supuesto sin duda mucho más grave: El que tales hechos violentos generalizados sean resultado de una responsabilidad por acciones y omisiones continuas no sólo de la clase dominante sino, también, de todos los que ocupamos situaciones de privilegio, supuesto más alarmante pues con él se surtiría la hipótesis de una revolución violenta (art. 136), a la cual alude Maquiavelo, sin duda padre de la ciencia política, al prevenir:

...cuánto más estiman los hombres los bienes que los honores; porque la nobleza romana en lo relativo a estos últimos siempre cedió, sin grande oposición, a la plebe;

pero al tocar los bienes, los defendió con tanta obstinación, que el pueblo, para saciar su apetito, tuvo que acudir a los extraordinarios medios antes citados. *Discursos, lib. I, cap. XXXVI.*<sup>32</sup>

<sup>32</sup> De: *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, citada por ARTEAGA NAVA, Elisur, *La constitución mexicana comentada por Maquiavelo*, México, Siglo XXI Editores, 2008, p. 52, a propósito de su Artículo 27, cuyo párrafo cuarto era la norma previa y primigenia a la reforma energética tratada en este trabajo).

## BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS UNIONES PERSONALES DISTINTAS DEL MATRIMONIO LEGÍTIMO EN EL DERECHO ROMANO

Aldo PETRUCCI\*

SUMARIO: 1. *Los diferentes tipos de uniones entre personas: Derecho de hoy y Derecho romano.* 2. *Razones de la difusión del modelo matrimonial.* 3. *La prohibición romana de la bigamia y de bodas incestuosas.* 4. *El archipiélago familiar del Derecho romano clásico.* 5. *Las uniones homosexuales.* 6. *Unas consideraciones conclusivas.*

### 1. LOS DIFERENTES TIPOS DE UNIONES ENTRE PERSONAS: DERECHO DE HOY Y DERECHO ROMANO

A partir de las últimas décadas del siglo XX, el Derecho civil tuvo que confrontarse con los profundos cambios que han intervenido en las sociedades occidentales, en temas de uniones personales. Hasta aquel momento, el único modelo reglamentado jurídicamente era el matrimonio entre sujetos de sexo diferente, mientras que otros tipos de uniones hétero u homosexuales permanecían en la esfera moral y social (también el Derecho penal había perdido su interés en punir algunas de ellas). Eso dependía de una larga tradición que reflejaba valores morales, religiosos e ideológicos predominantes. Sin embargo, cuando se han difundido nuevos modelos de uniones estables aceptados por la mayoría de la sociedad, progresivamente, se ha afirmado también la exigencia de darles una disciplina jurídica, para garantizar derechos e imponer deberes a los miembros de la pareja, en las relaciones entre ellos y

\* Catedrático de Derecho romano en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

hacia terceros. El Derecho civil se ha conformado a la nueva realidad total o parcialmente, en tiempos más rápidos en algunos países, más lentos en otros, mientras que, todavía hay países como Italia, en donde aún se discute como y en qué medida conformarlo.

Comúnmente se cree que este sector del Derecho civil sea una novedad de nuestra época, pues el Derecho romano, la tradición jurídica intermedia y los Códigos de los siglos XIX y XX (antes de ser reformados) expresaban ideas anticuadas, profundamente influenciadas por el Cristianismo (en la edad antigua y medieval) y también por los valores burgueses (después del siglo XVI), en que el matrimonio heterosexual representaba la célula fundamental de la sociedad y en cuanto tal, lo único digno de ser disciplinado como una forma contractual con derechos y deberes a carga de la pareja.

El objetivo de este papel es de oponerse a una visión tan restrictiva y uniforme con referencia al Derecho romano, en donde el panorama de las fuentes (jurídicas y no) nos ofrece un cuadro mucho más variado de uniones personales distintas del matrimonio, que el ordenamiento toma en consideración bajo diferentes aspectos. Nuestro análisis comenzará con unos breves comentarios sobre las razones que determinaron la prevalencia de la forma matrimonial y seguirá con la exposición de las demás formas que paulatinamente nacieron en paralelo, terminando por la tratación del régimen de las uniones homosexuales.

## 2. RAZONES DE LA DIFUSIÓN DEL MODELO MATRIMONIAL

Si se examina, aunque brevemente, la disciplina romana del matrimonio, no es difícil entender, por qué en época clásica constituía la forma de unión entre personas más exitosa y casi exclusiva.

El matrimonio se indicaba con los términos “matrimonio” (*matrimonium*) o “bodas” (*nuptiae*), agregándole el adjetivo “justo”, que no implicaba ninguna evaluación moral, sino la conformidad al Derecho (justo deriva de *ius*, derecho); por lo tanto las expresiones “matrimonio justo” (*matrimonium iustum*) o “justas bodas” (*iustae nuptiae*) no significaban otra cosa que matrimonio legítimo. Su carácter era rigurosamente monogámico, no admitiéndose que pudieran existir más que una esposa, como veremos a continuación (§ 3). La estructura se había configurado en la edad más antigua (siglos VII-VI a.C.) y se mantuvo invariada, en sus líneas esenciales, hasta el siglo V d.C., fundamentándose en dos elementos básicos: el primero era subjetivo o psicológico

y consistía en la recíproca voluntad de los cónyuges (llamada  *affectio maritalis*) de considerarse como marido y mujer; el segundo, de naturaleza objetiva y consecuente al primero, eran las manifestaciones exteriores de dicha voluntad, así como el ingreso solemne de la esposa en la casa del esposo, la convivencia, la constitución de la dote y toda actitud adecuada en las relaciones sociales.

La voluntad matrimonial debía existir, no solo en el momento inicial del matrimonio, sino permanecer a lo largo de toda su duración, porque cuando cesaba, también el matrimonio se terminaba.

Además de los dos elementos básicos, un matrimonio se reputaba legítimo en presencia de cuatro requisitos: la edad legal de los cónyuges (14 años para los varones y 12 para las mujeres); la ausencia de ciertos grados de parentesco (prohibición de casarse entre parientes en línea recta y entre el cuarto grado en línea colateral); la existencia de una recíproca capacidad jurídica matrimonial dicha “conubio” (*conubium*); el consentimiento de los padres de familia.<sup>1</sup>

La misma concepción del matrimonio romano también se refleja en el régimen del divorcio.

Como es notorio, en campo jurídico el divorcio se realizaba de un modo muy sencillo: bastaba la cesación de la voluntad matrimonial (*affectio maritalis*) por parte de ambos esposos o bien de uno solo y su comunicación (de forma escrita, a empezar de la ley de Augusto en contra de los adulterios), con consecuente interrupción de la convivencia y de toda manifestación exterior de la vida conyugal.<sup>2</sup> Si se leen los cuentos de los autores latinos del siglo I a.C., se aprende como todos los personajes más famosos (Silla, Pompeyo, César, Cicerón, Octaviano Augusto) se habían casado y divorciado varias veces y como también las mujeres, por lo menos las de las clases sociales más altas, tenían la plena libertad de divorciar.

Una tentativa de modificar la situación se hizo por parte de Augusto entre 18 a.C. y 9 d.C., sus leyes matrimoniales (*lex Iulia* y *lex Papia Poppaea*) tienden a moralizar la sociedad y a realizar finalidades demográficas, pero sin incidir en la estructura ni del matrimonio ni del divorcio. Su propósito sólo era de obligar a casarse a los hombres entre 25 y 60 años y a las mujeres

<sup>1</sup> Sobre la naturaleza del matrimonio romano y sus requisitos véanse recientemente: SAHAGÚN, G. Padilla, “Derecho Romano”, pp. 55-ss., BRUTTI, M., “Il diritto privato nell’antica Roma”, pp. 204-ss.; GUZMÁN BRITO, A., “Derecho privado romano”, pp. 370-ss.; VENTURINI C., “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova Tellus* 31 (= *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica*, Napoli, Satura editrice, 2014, pp. 464-ss.) y por último me permito señalar mi manual: PETRUCCI, A., “Lezioni di diritto privato romano”, pp. 13-ss.

<sup>2</sup> Véase al respecto la bibliografía mencionada en la nt. 1.

entre 20 y 50 para favorecer la procreación de hijos so pena de exclusión o limitación de la capacidad sucesoria. El régimen se completaba con la ley de represión del adulterio (*lex Iulia de adulteriis*), destinada a punir no únicamente las relaciones con mujeres casadas, sino también las con viudas, divorciadas o solteras para promocionar la conclusión de matrimonios con ellas. Sin embargo, si por un lado, la legislación augustea puede explicar la afirmación del modelo matrimonial en la sociedad romana y su derecho, por el otro, como se observará a continuación, ocasionó el nacimiento de nuevas formas legales de uniones estables entre personas distintas del matrimonio. Además estas leyes, al no tocar la estructura matrimonial ni obstaculizar el divorcio, no impedían a la pareja casada de divorciarse y volverse a casar con otros cada vez lo hubiesen querido.

La prueba mejor se encuentra en los textos de la jurisprudencia de los siglos I-III d.C. En ellos llaman mucho la atención los tantos casos en que tratando de problemas de dote, se solucionan cuestiones entre personas que se han casado y divorciado y luego se casan con otros con que se divorcian, y por fin vuelven a casarse entre ellas, a demostración de acontecimientos que ocurrían de verdad y no simplemente teóricos.<sup>3</sup>

Como se puede apreciar de su estructura y del régimen que acabamos de describir, el matrimonio romano clásico resulta más una situación de hecho a la que el ordenamiento le reconoce efectos jurídicos, que un vínculo contractual y no es por casualidad que los juristas romanos comparan el matrimonio a la posesión, subrayando en ambos la necesidad del elemento voluntario/psicológico y del material.<sup>4</sup> A pesar de las imposiciones de Augusto, son la facilidad de celebrarlo y terminarlo, la sencillez de los requisitos, su perfecta adaptación a la realidad social a explicarnos porqué el matrimonio legítimo aparecía ya en la época clásica como la forma jurídica más normal y práctica de unión entre dos personas de sexo diferente.

<sup>3</sup> Cf., por ej., Javoleno, 4 *ex Cassio* en D. 23.3.64; Africano, 8 *quaest.* en D. 23.3.50 pr.; Ulpiano, 34 *ad ed.* en D. 23.3.40, en donde se reproduce el contenido de un rescripto de Septimio Severo.

<sup>4</sup> La comparación se hace con referencia al Derecho de "postliminio" (*ius postliminii*), en base al cual un Romano capturado por los enemigos al volver, recuperaba su situación jurídica anterior, a excepción del matrimonio y posesión, que debían restablecerse a través de sus requisitos psicológicos y materiales: v., por ej., Trifonino, 4 *disput.* en D. 49.15.12.2-4; Paulo, 3 *ad legem Iuliam et Papianam* en D. 49.15.8.

### 3. LA PROHIBICIÓN ROMANA DE LA BIGAMIA Y DE BODAS INCESTUOSAS

La concepción del matrimonio en la sociedad romana fue siempre mono y esogámica, aun cuando entró en contacto y sufrió la influencia del mundo mediterráneo oriental. Por eso, el Derecho romano no admite nunca como formas de uniones lícitas, ni la bigamia, ni las bodas incestuosas, al contrario de lo que ocurría en muchas sociedades helenísticas y orientales.

Ni en la edad más arcaica se le permitía a un hombre casarse con más mujeres, porque existía una prohibición ya en el Derecho sagrado antiguo (el *fas*), que punía la bigamia con prescripciones de carácter religioso. Luego el pretor en su edicto aplicó al bigamo la sanción de la *infamia*,<sup>5</sup> que básicamente implicaba la imposibilidad de asumir las funciones de testimonio en actos y procesos y de representante procesal de otros.

A nivel práctico, la bigamia era como inexistente hasta la ley de Augusto, en tema de adulterios, porque la ausencia de formas para realizar el divorcio hacía de modo que la celebración de un nuevo matrimonio automáticamente determinase la disolución del precedente, impidiendo la instauración de dobles casamentos. Pero cuando esta ley impuso el uso de un expediente escrito para divorciar (*libellus repudii*), su falta dejaba íntegro el matrimonio anterior y ocasionaba situaciones de bigamia. Desde entonces se empezó a considerarla como una unión ilícita calificándola como "estupro" (*stuprum*) y luego como crimen autónomo que el juez podía punir de la forma que reputaba más adecuada.<sup>6</sup>

Cuando se violaba el requisito de la ausencia de un cierto grado de parentesco entre dos personas, su unión no daba vida a un matrimonio ni a otra forma legal, sino a "bodas incestuosas" (*incestae nuptiae*). Gayo en sus Instituciones (1.59 y ss.) hace los ejemplos de la unión entre madre e hijo o padre e hija o bien entre suegro y nuera o hermano y hermana, calificándolas como contrarias al Derecho sagrado (*fas*) que regulaba las relaciones entre hombres y dioses (*nefariae nuptiae*). En tal caso, lo que mayormente interesaba a los juristas era la condición de los hijos nacidos de estas uniones, que seguían la de la madre pues desde el punto de vista jurídico, se consideraban sin padre y por lo tanto ni sujetos a su potestad ni con derechos sucesorios hacia él.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> V. Juliano, 1 *ad ed.* en D. 3.2.1.

<sup>6</sup> Cf. C. 5.5.2 de los emperadores Diocleciano y Maximiano en 285 d.C.

<sup>7</sup> Comenta GAYO en sus *Instituciones* 1.64: "... por lo tanto los que nacen de tal unión, se consideran tener a una madre, pero no un padre, por eso no están bajo su potestad y se encuentran en la misma situación de aquellos de los que se ignora el padre ..." (*itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem*

## 4. EL ARCHIPIÉLAGO FAMILIAR DEL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Durante los últimos siglos de la República (II-I a.C.) y los del Principado (I-III d.C.) llegan a asumir relevancia jurídica tipos de uniones estables distintas del matrimonio legítimo, que con una feliz expresión contemporánea, constituyen un variado “archipiélago familiar”. Este fenómeno normalmente es descuidado por la doctrina moderna, que lo trata en margen de los impedimentos matrimoniales. A dicha orientación también contribuye la propia codificación de Justiniano, que al inspirarse a las enseñanzas del Cristianismo favorable al matrimonio legítimo en cuanto sacramento, termina por absorber en ese muchas de tales uniones, dejando en la sombra su existencia y reglamentación jurídica anterior.

El primer tipo de unión que nos llama la atención es otra forma de matrimonio, distinto del legítimo, que se establece entre Romanos y extranjeros desprovistos del requisito del “conubio” (*conubium*), es decir de la capacidad jurídica matrimonial con los ciudadanos romanos. Dicha forma nació a fines del siglo IV a.C. cuando con la extensión del dominio de Roma, se intensificaron los contactos con otros pueblos de la península italiana de etnia no latina (Etruscos, Griegos, poblaciones célticas) y luego se difundió entre los siglos II y I a.C. paralelamente a las estancias de mercantes y tropas romanas en los territorios provinciales conquistados.

Su frecuencia es demostrada por la disciplina de “la prueba del error de la condición de ciudadano” (*erroris causae probatio*), de que hablan las Instituciones de Gayo (1.66 y ss.), por la cual si un Romano o una Romana se habían casado con un Latino o una Latina o bien con un extranjero o una extranjera, creyendo que fuera ciudadano o ciudadana, se le concedía al cónyuge Latino o extranjero la ciudadanía romana y el matrimonio se reputaba legítimo, con tal que se hubiese generado por lo menos a un hijo (o hija). Al respecto se realizó una disciplina muy detallada, introducida por senadoconsultos y constituciones imperiales sobre todo del emperador Adriano (117-138 d.C.), cuya finalidad era de transformar dichos matrimonios con extranjeros en matrimonios legítimos con sometimiento de los hijos generados bajo la patria potestad.

Como es fácil imaginar, estas uniones eran muy comunes entre soldados romanos y mujeres de las provincias en donde militaban, como se deduce de

*quidem habere videntur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate eius sunt, sed tales sunt quales sunt hi, quos mater vulgo concepit).*

Gayo<sup>8</sup> y muchas inscripciones halladas en las varias provincias;<sup>9</sup> a pesar de que el derecho local pudiera calificarlas como matrimonios, para el Derecho romano no se consideraban como tales, por lo tanto, los hijos que nacían no eran legítimos ni estaban bajo la patria potestad, siguiendo en cambio la condición de su madre. Sólo con la extensión de la ciudadanía romana, a todos los habitantes del Imperio, ordenada por el emperador Caracala en 212 d.C. desaparece toda diferencia entre estos matrimonios y los legítimos con una total equiparación de ambos.

Un segundo tipo de unión es el concubinatus (*concubinatus*).<sup>10</sup> El vocabulo latino concubina tiene dos sentidos: “amante” o bien “convivente alternativa a una esposa”; las dos posiciones son distintas, porque en el primer caso, el Derecho puede intervenir sólo para reprimir un posible adulterio o “estupro”, mientras que el segundo indica un fenómeno perfectamente lícito: la concubina es la que sustituye a la esposa en una unión duradera que se instaura en lugar del matrimonio legítimo.

Es correcto afirmar que, el concubinatus en este segundo sentido nace después de la aprobación de la ley de Augusto, para la represión de los adulterios en 18 a.C. (*lex Iulia de adulteriis*). Como hemos mencionado antes (§ 2), la finalidad de esta ley era la de sancionar, no sólo los adulterios propiamente dichos, sino también las relaciones sexuales voluntarias con mujeres libres (viudas, divorciadas o solteras), definiéndolas como “estupro”, cuyo concepto por lo tanto no implicaba ninguna violencia, con la finalidad de favorecer la celebración de matrimonios.

Únicamente existían dos situaciones en que dichas relaciones eran admitidas y es con base en éstas que se admite el concubinatus como unión alternativa al matrimonio legítimo. La primera concierne a los senadores y miembros de la clase senatoria, que no podían casarse con sus libertas (ex esclavas), porque se lo prohibía una explícita disposición de la ley augustea. De hecho,

<sup>8</sup> En sus Instituciones 1.57, en donde dice: “a los veteranos se suele conceder por medio de constituciones imperiales la capacidad jurídica matrimonial —el conubio— con las Latinas y extranjeras con las que se hayan casado después del término del servicio, y los que nacen de aquel matrimonio, son ciudadanos romanos y están bajo la patria potestad (*et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani et in potestate parentum fiunt*).

<sup>9</sup> Como sería el caso de varios papiros pertenecientes a la Universidad de Michigan (así como los números 3.169.4529, 4.223.3289-3291, 4.224.3901-3903), procedentes de la antigua ciudad egipcia de Karanis, en que se trataría de una mujer egipcia casada con un militar romano. Sobre el n. 3.169.4529 v. C. Terreni, *P. Mich.* 3.169: *il mistero di Sempronia Gemella*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)* 62, pp. 573-ss.

<sup>10</sup> Sobre el concubinatus en general véase C. FAYER, *La familia romana*, vol. III, *Concubinatus. Divorzio. Adulterio*, Roma, L’Erma, 2005, pp. 11-ss. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* op. cit., pp. 383-ss.

se quería evitar que ellos al pertenecer al nivel social más elevado, compraran en el mercado a las esclavas más hermosas y luego se casaran con ellas, después de haberlas liberado, turbando así la composición de la clase senatoria. Por eso la prohibición se extendía también a las hijas y nietas (nacidas de un hijo) de senadores, que no podían casarse con un liberto de su padre o abuelo.<sup>11</sup> Un miembro de esta clase que deseaba una unión estable con una liberta o un liberto debía contentarse de una situación de concubinato, con la consecuencia que los hijos generados no eran legítimos, ni bajo la potestad de su padre.

La segunda situación está relacionada directamente con el crimen de “estupro”, puesto que no lo cometía el hombre de clase alta, que hubiese establecido un vínculo duradero con mujeres que ejercitaban ciertos tipos de profesiones despreciadas, así como actrices, cantantes, bailarinas, prostitutas, o bien eran de nivel social muy bajo. Comenzó siempre la ley de Augusto, sobre los adulterios, a impedir a los miembros de la clase senatoria el matrimonio con mujeres que practicaban el arte teatral,<sup>12</sup> mientras que otras disposiciones extendieron la prohibición a todos los hombres de clase alta, ampliándola a todas mujeres “de grado inferior”.<sup>13</sup> La unión con tales mujeres, sólo podía configurarse como concubinato y los hijos nacidos no eran legítimos ni estaban bajo la potestad paterna.

En el Derecho justiniano, ambas situaciones ya no impedían el matrimonio, habiendo cesado las prohibiciones para celebrarlo, pero sigue existiendo el concubinato como elección de una pareja, que opta para excluir la recíproca voluntad matrimonial (*affectio maritalis*). Se introducen también expectativas hereditarias en la sucesión *ab intestato*.<sup>14</sup>

Un tercer tipo de unión es representado por el “contubernio” (*contubernium*), cuyo sentido literal indica la convivencia en un mismo lugar, haciendo referencia a una pluralidad de situaciones.<sup>15</sup> Omitiendo aquellas de concubinato (pues a veces ambos términos son utilizados como sinónimos), en primer lugar, el “contubernio” indica la unión entre esclavos. Aunque no pudiesen casarse legalmente, se les permitía establecer entre ellos relaciones “conyugales” y generar hijos; el Derecho califica el “matrimonio servil”

<sup>11</sup> El texto de esta parte de la ley augustea se encuentra en D. 23.2.44 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>12</sup> Como menciona D. 23.2.44 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>13</sup> Véanse MARCELO, 1 *ad legem Iuliam et Papiam* en D. 23.2.49. MARCIANO, 12 *inst.* en D. 25.7.3.

<sup>14</sup> Cf. las constituciones imperiales de Anastasio (517 d.C.) y JUSTINIANO (528-530) incluidas en el Código de éste último: C. 5.27.6, C. 5.27.9-11.

<sup>15</sup> Sobre las cuales cf. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma op. cit.*, pp. 231. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano op. cit.*, pp. 27-s.

como “contubernio” y le reconoce relevancia jurídica, para crear un vínculo de parentesco de sangre (*cognatio*), entre los miembros del núcleo familiar una vez liberados.<sup>16</sup> Obviamente, los que nacían de dichas uniones seguían manteniendo su *status* servil y pertenecían al dueño de ambos sus padres o bien si eran de dos distintos dueños, al de la madre.

Luego la expresión “contubernio”, también se emplea para designar la unión estable entre personas libres y esclavos ajenos. Cuando un hombre libre establecía una relación duradera con una esclava ajena, los hijos generados siendo de condición servil, pertenecían al dueño de la madre; en cambio, en caso de uniones entre una mujer libre y un esclavo ajeno, los hijos nacían libres y sin estar sujetos a la patria potestad. Esta solución fue confirmada por el emperador Adriano (117-138 d.C.), corrigiendo la prescripción del senadoconsulto Claudiano (*SC Claudianum*) que preveía lo contrario.<sup>17</sup>

En efecto, en el siglo I d.C. la posibilidad para una mujer libre de formar una unión con el esclavo de otro fue limitada por este senadoconsulto, aprobado durante el reino del emperador Claudio (41-54 d.C.), en base al cual el dueño del esclavo podría oponerse a la relación e intimar a la mujer libre de terminarla; si ella después de la tercera intimación, no lo hubiese hecho, se convertiría en esclava del mismo dueño.<sup>18</sup> Solo en la legislación de Justiniano se abolió tal ordenamiento.<sup>19</sup>

Por fin se encuentran otros tipos de uniones duraderas entre personas de sexo diferente, que no se pueden calificar rigurosamente y en sentido estricto ni como concubinato ni como “contubernio” y que se formaban siempre por causa de prohibiciones matrimoniales, introducidas por normativas de la primera época imperial distintas de las leyes de Augusto. El tipo más frecuente era la unión entre oficiales del ejército en servicio en una provincia y las mujeres nacidas o domiciliadas en la misma, a los cuales se les prohibía celebrar un matrimonio;<sup>20</sup> la consecuencia era que estos núcleos no constituían familias legítimas y los hijos no estaban bajo la patria potestad. Uno de los casos más famosos es el del comandante Constancio Cloro, padre del emperador Constantino (306-337 d.C.), y Helena su madre (recordada en la tradición cristiana como Santa Helena), que era una mesonera que había ido a convivir con él, siguiéndolo en sus varios campamentos militares.

<sup>16</sup> Véanse D. 23.2.14.2 y 8 (Paulo, 35 *ad ed.*), la constitución de Justiniano mencionada en su Código (C. 6.4.4.10-11) e Instituciones (I. 3.6.10).

<sup>17</sup> GAYO, *Institutiones* 1.84.

<sup>18</sup> Cf. GAYO, *Institutiones* 1.91; Sentencias de Paulo (*Pauli Sententiae*) 2.21.

<sup>19</sup> Véase sus Instituciones 3.12.1.

<sup>20</sup> V. D. 23.2.63 (PAPINIANO, 1 *def.*).

La misma prohibición de casarse valía para los titulares de cargos civiles en una provincia con referencia a las mujeres nacidas o domiciliadas en ella por toda su duración,<sup>21</sup> ocasionando la formación de uniones estables distintas del matrimonio, con consecuencias idénticas a las que expusimos para los militares. Otra unión que no podía calificarse como matrimonio era la entre tutor (o su hijo) y pupila (por supuesto, una vez llegada a la edad legal), a los que un senadoconsulto aprobado durante el reino de Marco Aurelio (161-180 d.C.) se les prohibía casarse antes de la rendición final de cuentas de la gestión patrimonial, que el primero estaba obligado a presentar.<sup>22</sup>

### 5. LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Por último, pasemos a examinar el tema de las uniones homosexuales, de las que nos han llegado varias noticias, con referencia a aquellas masculinas.<sup>23</sup> En primer lugar, necesita distinguir muy claramente entre la esfera de las relaciones entre dueños/ dueñas y sus esclavos/ esclavas y la esfera de aquellas entre personas libres del mismo sexo. La primera, no interesa al Derecho que no interviene, reputándola como algo puramente relacionado al ámbito particular y doméstico. De las fuentes histórico-literarias antiguas y los datos arqueológicos (pinturas en vasos y frescos), aprendemos que eran normales las relaciones homosexuales entre dueños y esclavos propios. Igualmente el Derecho no toma en consideración las uniones de hombres con esclavos ajenos, salvo lo que comentamos sobre el senadoconsulto Claudiano (§ 4).

La difusión en la sociedad romana de relaciones homosexuales entre libres, como es sabido, se debe al contacto con la mentalidad y cultura griegas y helenísticas, a partir del inicio del II siglo a.C. En ellas el vínculo homosexual con jóvenes libres integraba su educación, que también preveía la introducción al erotismo por parte del “maestro”. En cambio desde el inicio, el Derecho romano presta mucha atención al aspecto de la protección de los jóvenes libres, que todavía vestían la praetexta, una túnica bordada en bajo de color púrpura, que se ponían hasta los 17 años de edad (*pueri praetextati*). En términos modernos, podría afirmarse que el ordenamiento desde la llegada a

<sup>21</sup> Como dice PAULO, 2 *sent.* en D. 23.2.38 pr.

<sup>22</sup> Cf. PAULO en D. 23.2.59 (*l. sing. de ads. lib.*) y D. 23.2.60 (*l. sing. ad orat. divi Ant. et Comm.*).

<sup>23</sup> En doctrina cf. E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Ed. Riuniti, 1988, pp. 129-ss.; BRUTTI, *Il diritto privato dell'antica Roma, op. cit.*, pp. 233-ss.; PETRUCCI, *Lezioni op. cit.*, pp. 28-ss.

Roma del fenómeno de las relaciones homosexuales, se propuso la finalidad de preservar la integridad psico-física de los menores de 17 años.

En época republicana encontramos dos intervenciones jurídicas que tenían dicha finalidad. De ambas, lamentablemente permanecen sólo algunos datos bastante fragmentarios. La primera es una ley, aprobada en la primera mitad del siglo II a.C. (se piensa en una fecha en torno al 149 a.C.) y recordada con el nombre de *Scatinia* o *Scantinia* (*lex Scatinia* o *Scantinia*) porque fue propuesta por un magistrado o tribuno de la plebe que tenía tal gentilicio. Según la narración de las fuentes literarias antiguas,<sup>24</sup> esta ley fue aprobada para limpiar la vergüenza, que le había derivado a la gente Scatinia (o Scantinia) de la actitud de un miembro suyo, llamado Scatinio o Scantinio Capitolino, que había tratado seducir al hijo menor de 17 años del senador Claudio Marcelo.

En fuerza de tal ley se imponía una multa de 10,000 sestercios en contra del adulto, que establecía o quería establecer una relación homosexual con un joven libre menor de dicha edad.

Este aparato protectivo se consolida gracias a una segunda intervención en torno al I siglo a.C., debida al pretor que emanó un edicto específico, denominado “sobre el atentado a la pudicia” (de *adtemptata pudicitia*). A pesar de que su texto no ha llegado directamente, algunas referencias por parte de los juristas<sup>25</sup> y sobre todo el comentario de Ulpiano,<sup>26</sup> nos permiten reconstruir el contenido general. El objetivo de este edicto era el de tutelar a las mujeres libres honestas y los jóvenes libres que aún se ponían la túnica praetexta (esto es menores de 17 años), en contra de comportamientos de hombres adultos, que en la calle alejaban a sus acompañantes (normalmente mujeres honestas y jóvenes “menores” libres tenían que salir acompañados), les perseguían o trataban seducirlos, para finalidades contrarias a las buenas costumbres (*contra bonos mores*). Dichos comportamientos se consideraban como un delito de “injuria” (*iniuria*), en el sentido de un “acto ilegítimo en contra de una persona”, facultando así el marido o el titular de la potestad o bien el propio ofendido, si era una persona autónoma jurídicamente (*persona sui iuris*), ejercitar la correspondiente acción (*actio iniuriarum*) para pedir la aplicación al culpable de una pena pecuniaria variable según la gravedad de su actitud.

Otro aspecto de las uniones homosexuales masculinas, que el Derecho romano clásico tiende a reglamentar, es el de la homosexualidad pasiva en la versión del afeminamiento. En efecto, la misma ley *Scatinia* o *Scantinia* y el

<sup>24</sup> PLUTARCO, *Vita Marcelli* 2.3-4 y VALERIO MÁXIMO, *Facta e dicta memorabilia* 6.1.7.

<sup>25</sup> Cf. GAIUS, *Inst.* 3.220 y *Pauli Sententiae* 5.4.14.

<sup>26</sup> En D. 47.10.15.15-23 (Ulpiano, 57 *ad ed.*).

edicto pretorio preveían sanciones de quien, aunque fuera un hombre, tenía una actitud femenina en una relación sexual. Por lo tanto, objeto de la punición no era la unión con personas afeminadas, sino estas mismas personas, por motivo de su afeminamiento. La ley establecía la misma multa de 10,000 sestericios prevista para las relaciones homosexuales con jóvenes libres “menores”, mientras que el edicto prohibía a los efeminados la función de representante procesal (*postulatio pro aliis*),<sup>27</sup> conminándoles la misma sanción prevista para la infamia, que ya examinamos en el § 2 en tema de bigamia.

Siempre en la época entre final de la República y Principado (siglos I a.C.-II d.C.) las fuentes extrajurídicas también registran el fenómeno de matrimonios homosexuales entre hombres, celebrados con ceremonias solemnes y suntuosas, a veces por parte del propio emperador, como es el caso de Nerón (54-68 d.C.).<sup>28</sup> Si estos testimonios son importantes para demostrar la existencia, por lo menos en las clases sociales más altas, de bodas homosexuales masculinas, a nivel jurídico faltan datos que puedan comprobar la relevancia de su celebración para el Derecho.

Con el siglo IV d.C. el panorama que acabamos de describir cambia, sobre todo por influencia de la enseñanza cristiana, según la cual la homosexualidad y las uniones homosexuales configuran el crimen de sodomía. La primera señal del cambio se ve en las Sentencias de Paulo (*Pauli Sententiae* 5.4.14), una obra de grande impacto práctico probablemente redactada al inicio del siglo IV d.C. y actualizada varias veces a lo largo del mismo siglo. En ella se dispone que cualquier adulto tenga una relación homosexual (definida “estupro”, *stuprum*) con un muchacho libre menor de 17 años comete el crimen de “injuria” (*iniuria*), que no es penado con una multa pecuniaria, sino con la pena de muerte (*capite punitur*). Contextualmente se endurece la sanción establecida para el homosexual afeminado, que en un primer momento consiste en la confiscación de la mitad de su patrimonio (con consecuente incapacidad de dejar por testamento más de esta porción)<sup>29</sup> y luego en la combustión en vivo.<sup>30</sup>

La configuración de una unión homosexual como crimen de sodomía es confirmada por los emperadores Teodosio I (378-395 d.C.) y Teodosio II (408-450 d.C.), su nieto, que incluye la relativa constitución en su Código, el Código Teodosiano (*CTh.* 9.7.6). Por consecuente siempre Teodosio I des-

<sup>27</sup> D. 3.1.1.6 (Ulpiano, 6 *ad ed.*).

<sup>28</sup> V. JUVENAL, *Satyrae* 6, 117-142; SÜETONIO, *Nero* 28 e 29, en donde se habla de sus dos “matrimonios” homosexuales.

<sup>29</sup> *Pauli Sententiae* 2.26.12.

<sup>30</sup> Con base en la interpretación más plausible de un constitución de 342 emanada por los emperadores Constancio y Constante, hijos de Costantino (en Código Teodosiano 9.7.3).

pués de haber proclamado el Cristianismo como religión oficial del Imperio en el edicto de Tesalónica de 380, ordena el cierre de los burdelos masculinos, en cuanto suma expresión de dicho crimen.<sup>31</sup>

Punto de llegada de este profundo cambio es la legislación de Justiniano, que en sus Novelas va mucho allá de lo que habían establecido sus predecesores, al excluir toda licitud jurídica a cualquier tipo de unión homosexual. En las Novelas 77 de 538 y 141 de 559 se prevé la pena de muerte (probablemente por combustión en vivo aunque no sea precisado) no solo para el homosexual pasivo y afeminado, sino también para el activo, afectando a todos quienes hubiesen tenido relaciones homosexuales.

Una breve nota final concierne la homosexualidad femenina, de la que se sabe poco o nada por motivo de las pocas referencias que se encuentran en las fuentes literarias. Más allá del desprecio que se manifiesta hacia dichas uniones, faltan datos que puedan ofrecernos como el Derecho las hubiese tomado en consideración.<sup>32</sup>

## 6. UNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

De lo que hemos observado en los párrafos anteriores, surge una imagen mucho más variada de los tipos de uniones que ocurrían en el mundo romano, desde la media República (III-II siglos a.C.), hasta el Imperio tardío (IV-VI siglos d.C.), que no se pueden reducir únicamente al matrimonio legítimo. Si este último representa la forma más común, es sobre todo porque tiene un régimen que se adecua muy bien a las exigencias sociales concretas y gracias a su carácter elástico permite a los cónyuges establecerlo y disolverlo con mucha facilidad, a pesar de las implicaciones patrimoniales (donaciones prematrimoniales, la restitución de la dote, etc.). Por lo tanto, no parece errado decir que la mayoría de las convivencias en Roma, constituían matrimonios legítimos entre los miembros de la pareja, como afirma explícitamente Modestino (1 reg.) en D. 23.2.24: “*En una relación habitual con una mujer libre se entiende formado un matrimonio y no un concubinato, con tal que ella no haga ganancia con su cuerpo*”.<sup>33</sup> Dicha realidad está muy lejos de la idea del matrimonio como vínculo contractual —con todas sus consecuencias— que

<sup>31</sup> Cf. la versión más amplia del texto de su constitución del Código Teodosiano, incluida en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* 5.3.

<sup>32</sup> Para una visión general véase CANTARELLA, *Secondo natura*, op. cit., pp. 210-ss.

<sup>33</sup> *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestus fecerit.*

empieza a nacer en el siglo IV d.C., cuando se requiere el consentimiento en el solo momento inicial y no por toda su duración.

Los demás tipos de uniones estables heterosexuales deben su nacimiento o a la “mundialización” de Roma y la consecuente transformación de la sociedad, o bien, a precisas prohibiciones matrimoniales, que imponían el establecimiento de formas de convivencia distintas. El Derecho las reconoce con referencia más a la condición de los hijos generados que a los derechos y deberes recíprocos o expectativas hereditarias al interior de la pareja.

El ordenamiento manifiesta una gran tolerancia e interviene con medidas represivas, únicamente para evitar las uniones que son consideradas como contrarias al sentido común o a la voluntad de los dueños, en caso de esclavos ajenos; así se explican las prohibiciones de la bigamia y las relaciones incestuosas y las disposiciones del senadoconsulto Claudiano en contra de las mujeres libres que se unían con esclavos ajenos cuando sus dueños se oponían.

En cuanto a las uniones homosexuales, conforme a la moral común, el Derecho clásico las reputa lícitas, pero preocupándose de proteger a los libres menores de 17 años y de reprimir las conductas afeminadas de los homosexuales pasivos. Sin embargo, falta cualquier dato que permita configurar dichas uniones como matrimonio. Consecuentemente no se ponen problemas ni de derechos y deberes recíprocos entre la pareja ni de pretensiones en tema de herencia.

En todos casos, (matrimonio legítimo, unión hétero u homosexual distinta del matrimonio) nunca nació una cuestión en materia de adopción, puesto que siempre el Derecho romano permitió a cada persona de sexo masculino adoptar a pesar de que fuera casada o unida con otra o no.

La complejidad de uniones interpersonales, que se refleja en el Derecho romano clásico, expresa una sociedad que está modificándose profundamente de forma paralela a la extensión y consolidación del dominio de Roma entre el siglo I a.C. y el II d.C. Luego empieza un procedimiento de unificación de tales uniones en la forma matrimonial heterosexual por causa de nuevos cambios que ocurren.

Una primera confluencia de algunos tipos de uniones en matrimonio se verifica después de la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio en 212 d.C., que lleva a la desaparición de las “bodas injustas” celebradas con Latinos o extranjeros.

Aún durante el siglo IV d.C. bajo el influjo del Cristianismo, también la legislación imperial presenta un cambio evidente en la concepción del matrimonio, las uniones extramatrimoniales y homosexuales. Viene privilegia-

do el matrimonio legítimo formalizado en un sacramento frente a Dios, en donde el consentimiento necesita sólo en el momento inicial, y se favorece la transformación en ese de todas las demás formas de uniones. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de elegir el concubinato, en donde paulatinamente se afirman obligaciones alimentarias hacia la concubina y los hijos generados de ella y expectativas hereditarias en la sucesión sin testamento.

El cambio más radical atañe a las uniones homosexuales en contra de las cuales el Derecho posclásico y sobre todo justiniano reaccionan de una forma muy dura. Para ellas necesitará esperar la segunda mitad del siglo XX para encontrar el inicio de una evolución que antes llevará el Derecho civil de muchos Países de tradición romanística a reconocerlas y luego a equipararlas al matrimonio.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BRUTTI, Massimo, *Il diritto privato dell'antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2013.
- CANTARELLA, Eva, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Ed. Riuniti, 1988.
- FAYER, Carla, “La familia romana”, *Concubinato. Divorzio. Adulteri*, Roma, vol. III, L’Erma, 2005.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, T. I, 2013.
- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho Romano*, México, McGraw-Hill, 2004.
- PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015.
- TERRENI, Claudia, “P. Mich. 3.169: il mistero di Sempronia Gemella”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI) 62, 1996.
- VENTURINI, Carlo, “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova Tellus* 31, 2013, (“Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica”, Napoli, Satura editrice, 2014).

## DOSCIENTOS AÑOS DE LA MUERTE DE JOSÉ MARÍA MORELOS Y PAVÓN

Humberto PINEDA ACEVEDO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ignacio López Rayón: la antítesis de Morelos*. III. *El Congreso de Anáhuac*. a) *Sentimientos de la nación*. b) *Acta solemne de la Declaración de Independencia de la América Septentrional*. IV. *1814, consolidación constitucional*. V. *El proceso del Generalísimo*. VI. *Muerte y legado de Morelos*. VII. *Bibliografía consultada*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 22 de diciembre de 2015 se cumplen doscientos años del fallecimiento de don José María Morelos y Pavón, acontecimiento que no pasó desapercibido por parte de nuestro gobierno federal; en razón de que el presidente de la República, Enrique Peña Nieto, en uso de sus facultades constitucionales, declaró que el 2015 se convertiría en el “Año del Generalísimo”, así lo expresó:

ACUERDO  
por el que se declara “2015, Año del Generalísimo  
José María Morelos y Pavón”

#### CONSIDERANDO

...Que la Nación mexicana recuerda de manera permanente a los héroes que nos dieron Patria, como un ejercicio de memoria colectiva que nos permite encontrar en su ejemplo heroico el paradigma de lealtad y compromiso que exalta nuestra mexicanidad...

...Que el 22 de diciembre del año 2015 se conmemorará el Bicentenario luctuoso de Don José María Morelos y Pavón, fecha en la que fue fusilado en San Cristóbal Ecatepec, hoy Estado de México, a quien el Congreso de la Unión ha reconocido el carácter de héroe nacional al mandar se icle a toda asta el Lábaro Patrio cada 30 de septiembre

en su aniversario de nacimiento y a media asta cada 22 de diciembre en su aniversario de muerte;

Que con el propósito de estimular la conciencia cívica e histórica de los mexicanos y fortalecer nuestra vida democrática, el Gobierno de la República hace un reconocimiento al Siervo de la Nación, Don José María Morelos y Pavón, como uno de los principales personajes del movimiento de insurrección que a la postre permitiría la consolidación de la independencia nacional, he tenido a bien expedir el siguiente

#### ACUERDO

Artículo Primero. Se declara “2015, Año del Generalísimo José María Morelos y Pavón”.  
Artículo Segundo. Se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para que durante el año 2015, al inicio de las comunicaciones oficiales se inserte la leyenda: “2015, Año del Generalísimo José María Morelos y Pavón”...<sup>1</sup>

Evidentemente, el “Año del Generalísimo” debe ser recordado por todos los mexicanos, como un acto de conciencia en el que reflexionemos el porvenir de nuestra patria, en función de que Morelos algún día tuvo presente en sus pensamientos, la idea de forjar un país equitativo, democrático y contando con el temprano reconocimiento de algunos derechos humanos, tal como se expone en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana y en los Sentimientos de la Nación.

Ahora bien, el presente ensayo consiste en analizar la obra jurídica del *Rayo del Sur*, la manifestación o proyección política de los Insurgentes entre los años de 1813 a 1815, y aquél proceso judicial que vivió Morelos, destacando que conforme al ordenamiento legal novohispano, el Generalísimo fue juzgado y sentenciado. Por ello, también es importante conmemorar “las últimas horas” de Morelos, en razón de que su muerte fue un golpe durísimo para el movimiento Insurgente, en el que la ausencia de la figura de este hombre significó la fractura del movimiento, y no fue hasta los años de 1820 y de 1821 en los que el movimiento independentista de la Nueva España recobró una verdadera fuerza.

Por lo tanto, se estudiarán las acciones políticas de Morelos más importantes, y que representaron una legitimación constitucional para el movimiento Insurgente, retomando la idea central de legitimidad jurídica de López Rayón, así como también en el hecho de haber convencido a este último sobre la conformación de un gobierno republicano y no uno de carácter monárquico.

Aquél 22 de diciembre de 1815, entre las tres y cuatro de la tarde cayó el cuerpo del Generalísimo, que por sus acciones militares, jurídicas y políticas,

<sup>1</sup> Acuerdo por el que se declara “2015, Año del Generalísimo José María Morelos y Pavón”, en *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Gobernación, 23 de diciembre de 2014.

lo encumbraron como gran figura del movimiento Insurgente, y por ende, su ideología jurídica fue fundamental en la emancipación y el nacimiento del Estado Mexicano. El mito Morelos, el hombre de carne y hueso, continúa vivo en nuestro México, recordemos lo grande que fue y en el gigante que es hasta nuestros días.

#### II. IGNACIO LÓPEZ RAYÓN:

##### LA ANTÍTESIS DE MORELOS

Tras la muerte de Miguel Hidalgo, en 1811, de forma natural y por acción propia del mismo caudillo Insurgente, el movimiento independentista pasó a ser liderado por don Ignacio López Rayón,<sup>2</sup> quedándose este último en territorio mexicano, cuando Hidalgo y los demás Insurgentes intentaban cruzar la frontera hacia los Estados Unidos para conseguir apoyo y recuperar fuerzas; intento que jamás se llevó a cabo.

Ignacio López Rayón, abogado, oriundo de Michoacán y caracterizado por sus inclinaciones de estudio hacia un derecho de corte anglosajón, redactó el primer documento jurídico que representó la legitimación del movimiento del cura Hidalgo, aunque a pesar de que este último personaje haya redactado proclamas y bandos.<sup>3</sup> Hidalgo nunca terminó de formular un verdadero instrumento jurídico que legitimara su movimiento, y con el término “instrumento jurídico” me refiero a un mecanismo constitucional que funcione como verdadera norma fundamental que organice al Estado y por consecuencia al poder público. Por ende, Hidalgo al formular reglas u ordenamientos, realizó un programa social, más no la organización de un Estado por una vía constitucional.

La promulgación de los *Elementos Constitucionales* fue el 30 de abril de 1812, en Zinacantepec (Estado de México), y empezaron a circular a partir de agosto de ese mismo año.<sup>4</sup>

Los *Elementos Constitucionales* de López Rayón forman los orígenes remotos de un constitucionalismo propiamente mexicano, en paralelismo a lo que resultó en Cádiz, ya que en este último caso, el constitucionalismo gaditano fue el resultado de una labor jurídica entre España y sus colonias, en donde se buscó una mejor organización administrativa y una mayor auto-

<sup>2</sup> BULNES, Francisco, “La Guerra de Independencia. Hidalgo-Iturbide”, pp. 158-164.

<sup>3</sup> Como por ejemplo, el Bando que promulgó en Guadalajara el 6 de diciembre de 1810, en donde se planteó su principal programa social, como la abolición de la esclavitud y la supresión de los tributos.

<sup>4</sup> *Primer proyecto constitucional para el México independiente*, p. 3.

mía para los súbditos americanos. En cambio, los Elementos Constitucionales buscan organizar un nuevo Estado, en sí un Estado independiente, que refleje su propia idiosincrasia.

En consecuencia, pienso que, desde un punto de vista formal, la Constitución de Cádiz se convirtió en el primer ordenamiento constitucional, ya que así sucedió en aquél año de 1821,<sup>5</sup> momento en el que México finalmente se independizó. Entonces, desde una visión material, los Elementos Constitucionales se convirtieron en el primer intento de fomentar un constitucionalismo mexicano, influido por ideas principalmente del derecho inglés, y ligeramente por la doctrina francesa.

A continuación cito algunos de los artículos más sobresalientes del documento de Rayón:

1. La religión católica será la única, sin tolerancia de otra.
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.
7. El Supremo Congreso constará de cinco vocales nombrados por las representaciones de las provincias...
12. Las personas de los vocales serán inviolables en el tiempo de su ejercicio. Sólo podrán proceder contra ellos en el caso de alta traición y con conocimiento reservado de los otros vocales que lo sean y lo hayan sido.
17. Habrá un Protector Nacional nombrado por los representantes.
21. Aunque los tres Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sean propios de la soberanía, el Legislativo lo es inerrante, que jamás podrá comunicarlo.
24. Queda enteramente proscrita la esclavitud.
29. Habrá una absoluta libertad de imprenta en puntos puramente científicos y políticos, con tal que estos últimos observen las miras de ilustrar y no de zaherir las legislaciones establecidas.
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.
32. Queda proscripta como bárbara la tortura...<sup>6</sup>

<sup>5</sup> El Plan de Iguala determinó que la Constitución de Cádiz se convirtiera en el primer instrumento constitucional del Imperio Mexicano, mientras que el Congreso Constituyente redactaba una Constitución para el nuevo país. Artículo o punto 12: Ínterin las Cortes se establecen se procederá en los delitos con total arreglo a la Constitución Española.

<sup>6</sup> *Primer proyecto constitucional para el México independiente*, pp. 8-21.

Al analizar los Elementos, podemos notar la división de poderes, el reconocimiento de algunos derechos humanos, la organización de la administración pública, el sostenimiento de la religión católica, pero sobre todo llama la atención la figura británica del Lord Protector, y la protección a la propiedad por medio del Hábeas Corpus, que se estudia normalmente como un antecedente remoto de la figura del amparo. Por lo tanto, en los Elementos Constitucionales existen tenues luces de un constitucionalismo forjado por premisas básicas de lo que debe tener una Constitución o ley fundamental de un Estado.

Como hemos podido observar, López Rayón proclamó la independencia de la Nueva España, más sin embargo reconoce a Fernando VII como gobernante, es decir, que el nuevo gobierno debía sostener una monarquía constitucional. He aquí donde Morelos difirió completamente de Rayón, ya que desde un principio, después de haber sido nombrado vocal, el General Morelos apuntó algunas reflexiones<sup>7</sup> en torno a dichos Elementos Constitucionales, y en el punto del monarca español, Morelos escribió que dicha proposición era totalmente hipotética.

Además, podemos leer en la correspondencia entre ambos,<sup>8</sup> que Morelos siempre sostuvo la idea consistente en que se necesitaba, desde un inicio, quitar la máscara a la independencia de una vez por todas, para instalar un gobierno republicano, de manera semejante a lo que realizaron los Estados Unidos de América, con la finalidad de demostrar que en suelo americano las monarquías europeas no podrían implementarse nuevamente como realidad, ni mucho menos como experimento o ensayo político.

Rayón entró en contacto con Morelos para fortificar al movimiento Insurgente y realizar el ideal del cura Hidalgo, la conformación de una Junta o Congreso Nacional que representara los intereses de la Nueva España. Sin embargo, Morelos no pudo aceptar ni conciliar la idea de aceptar la representación monárquica de Fernando VII.

Silvio Zavala reflexiona acerca del punto de Fernando VII, en que no debe condenarse en demasía la inclinación de Rayón por un monarquismo, en función de que el móvil de la rebelión iniciada por Hidalgo no era la defensa de las prerrogativas del monarca español, porque la idea era una diplomacia interna para sostener la lucha independentista.<sup>9</sup>

Sin embargo, debemos reconocer también que esta idea precisa de gobernabilidad fue la manzana de la discordia entre ambos líderes, dos proyectos de nación que comenzaban a vislumbrar una confusión: la formación de una

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>8</sup> *Los sentimientos de la Nación* de José María Morelos. Antología documental, pp. 66-79.

<sup>9</sup> ZAVALA, Silvio, *Apuntes de historia nacional 1808-1974*, p. 26.

Monarquía o de una República. La batalla ideológica era fundamental, porque los cimientos jurídicos de un nuevo Estado deben estar muy bien contruidos, para no provocar un derrumbe o un total colapso en la proyección del nuevo ser nacional. Tan importante resultó este debate ideológico, que las pugnas y contradicciones internas en 1821 por la formación de una Monarquía, no terminaron en 1824 con la instalación de una República Federal; sino todo lo contrario, dichas disputas finalizaron hasta 1867 con el triunfo político y militar de Juárez sobre todo el conservadurismo mexicano, y así consolidar el verdadero símbolo Republicano.

Por lo tanto, el debate entre López Rayón y Morelos fue el principio de una pugna ideológica que envolvió gran parte del siglo XIX de nuestro país, que jamás pudo ser reconciliada por un diálogo político, sino que finalizó a través de una serie de rebeliones dando lugar a una guerra civil, es decir, que dicha pugna terminó por medio de las armas.

Empero, Morelos en su actuación jurídica y política, rescató la idea central de López Rayón: la construcción de un constitucionalismo mexicano que guiara al movimiento independentista. De esta manera, resultaron tres documentos importantes y básicos, como los Sentimientos de la Nación, el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional, y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.

A continuación, en el siguiente tema, analizaremos la extraordinaria obra jurídica del Generalísimo Morelos, a través de la reunión de un Congreso Constituyente, y cuya conformación fue el clímax del movimiento Insurgente liderado por el *Rayo del Sur*.

### III. EL CONGRESO DE ANÁHUAC

Previamente a la convocatoria y a la formación del Congreso, don José María Morelos promulgó un Decreto, el 17 de noviembre de 1810, el cual contenía varias disposiciones, como en las que se establecían que los habitantes de la América y del nuevo gobierno, a excepción de los europeos, no se nombrarían en calidad de indios, mulatos, ni otras castas, sino todos generalmente americanos, determinando un derecho de igualdad. También se señaló la suspensión de tributos, la abolición de la esclavitud, y el derecho del trabajo se reservaba exclusivamente a los americanos. En consecuencia, Morelos persiguió con fidelidad las ideas del padre Hidalgo, prácticamente un mes después

de que el mismo Morelos fuese nombrado por aquél como lugarteniente en la Costa Sur del país.<sup>10</sup>

El cura Hidalgo tuvo un ideal, que se buscó traducir en la formación de un Congreso que representara a todas las provincias, y de esta manera comenzar la construcción de un nuevo gobierno verdaderamente representativo. Más allá del debate de saber si Hidalgo tenía inclinaciones o preferencias por un gobierno monárquico, o por uno republicano, lo trascendental que se revela es el orden de su pensamiento, buscando un programa social justo para cualquier clase social (principalmente las clases más perjudicadas), y sobre todo que existiere un Congreso que representare los intereses de todos.

Como logramos observar en el tema anterior, López Rayón asumió el mando Insurgente de forma momentánea, hasta que, finalmente, en el debate ideológico que sostuvo con Morelos, sobre la forma de gobierno del nuevo Estado que se emancipaba, terminó cediendo su liderazgo al Siervo de la Nación, ya que este último convenció a Rayón en adoptar la forma republicana para el bienestar de la entonces América Septentrional.

La conformación del Congreso de Anáhuac fue el fruto o resultado de la lucha que inició Hidalgo, persiguió Rayón y que finalmente Morelos adoptó como una manera de tener a un Congreso Constituyente, que formulara instrumentos jurídicos, principalmente un mecanismo constitucional que diera una fuerza y un orden legal al movimiento Insurgente, pero sobre todo, una legitimidad de origen.

Además, el también conocido Congreso de Chilpancingo, podemos decir que tuvo su antecedente inmediato en la Junta de Zitácuaro, que se constituyó como el Supremo Congreso Americano, que ejercía la soberanía depositada en la persona de Fernando VII; y que dicha Junta promulgó los Elementos Constitucionales de Rayón, que analizamos en el anterior capítulo. El Congreso de Anáhuac sustituyó a la Junta de Zitácuaro, para construir los fundamentos de la nueva nación que estaba surgiendo, y por los problemas o conflictos internos que tuvo dicha Junta entre sus miembros, por lo que el ya mencionado Congreso de Anáhuac se convocó para intentar solucionar las diversas pugnas de la Junta y para que funcionara como un verdadero órgano representativo de la Nueva España.

La convocatoria para la elección del Congreso de Anáhuac se realizó en el año de 1813, para que su primera sesión fuera realizada en el mes de septiembre. Esta convocatoria la realizó Morelos desde Acapulco, el 28 de junio

<sup>10</sup> *Los sentimientos de la Nación* de José María Morelos, *op. cit.*, pp. 61-62.

de ese mismo año, con el fin de reunir a una Junta General de Representantes en Chilpancingo.<sup>11</sup> De la convocatoria citada, podemos destacar lo siguiente:

Don José María Morelos, Capitán General de los Ejércitos Americanos y Vocal del Supremo Congreso Nacional, etcétera

Habiendo ya la Divina Providencia proporcionado un terreno seguro y capaz de plantar en él algún gobierno, debemos comenzar por el prometido en plan de nuestra santa insurrección, que es el de formar un Congreso, compuesto de representantes de las provincias que promuevan sus derechos...

...Circulará esta resolución con toda velocidad para que el elector de cada Subdelegación concurra al pueblo de Chilpancingo el día 8 del próximo septiembre, a la Junta General de Representantes...

Dado en el Cuartel General de Acapulco, a 28 de junio de 1813.<sup>12</sup>

Unos días después, el mismo Morelos proclamó la urgencia de que debía reunirse el Congreso, manifestándolo un 8 de agosto de 1813:

...Persuadido el reino todo de esta verdad ha exigido de mí, con instancia repetida, la instalación de nuevo Congreso en el que, no obstante ser más amplio por componerse de mayor número de vocales, no estén unidas las altas atribuciones de la Soberanía.

Por tanto, debiendo acceder a sus ruegos he convocado a todas las provincias de las que tenemos ocupados algunos pueblos, designando el de Chilpancingo y todo el mes de septiembre próximo para la celebración de un acto...<sup>13</sup>

Morelos preparó un reglamento de 59 artículos, para regir a los próximos diputados del Congreso, expidiéndolo un 11 de septiembre de 1813, tan solo unos días previos a la primera sesión. Cabe resaltar lo siguiente:

1. Reunidos en la iglesia parroquial la mañana del 13 del corriente los electores que se hallen presentes, procederán a la elección de los diputados representantes de sus respectivas provincias.
2. Esta junta electoral será presidida por mí como el más caracterizado oficial del Ejército.
- ...
6. Congregados de este modo se tendrá por instalado el gobierno.
- ...
13. Compuesto de este modo el cuerpo soberano de propietarios elegidos por los electores y de suplentes nombrados por mí, procederá en primera sesión a la distribución de poderes, reteniendo únicamente el que se llama Legislativo.

<sup>11</sup> SERRANO MIGALLÓN, Fernando, "Historia Mínima de las constituciones en México", pp. 75-76.

<sup>12</sup> *Los sentimientos de la Nación*, op. cit., pp. 95-97.

<sup>13</sup> *Actas de Independencia y Constituciones de México*, pp. 29-30.

14. El Ejecutivo lo consignará al general que resultase electo Generalísimo.

15. El Judicial lo reconocerá en los tribunales actualmente existentes...<sup>14</sup>

De esta manera, el Congreso se reunió finalmente el 14 de septiembre de 1813, en donde Morelos pronunció un discurso de apertura, destacando la importancia de la soberanía, la opresión de los españoles, elogios a la campaña de Hidalgo, apelaba a un patriotismo, y detallaba un nacionalismo que se terminó inculcando años más tarde cuando realmente se consumó la independencia de nuestro país, pero sobre todo, justificando el movimiento independentista dentro de las acciones de romper con la servidumbre del indigenismo en oposición a las estructuras españolas.<sup>15</sup>

En el mismo discurso, Morelos no habló del nacimiento de una nueva Nación, sino del renacimiento de la misma,<sup>16</sup> aludiendo al pasado indígena; tal como O'Gorman expone su discurso independentista refiriéndose al aztequismo,<sup>17</sup> ya que el movimiento Insurgente hizo suyas las raíces americanas de esta tierra: el nuevo mundo, por lo que los pobladores anteriores a la conquista, deben ser restituidos en sus derechos, al haber sido despojados de manera ilegítima de su cultura y de sus propiedades. Entonces, Morelos en dicho discurso resalta los valores y las virtudes de la América Septentrional, comprendiendo que en el nuevo mundo no cabe la cultura del europeo, en pocas palabras, no más Fernando VII, no más monarquía en suelo americano.

Los miembros del Congreso de Anáhuac fueron: Carlos María de Bustamante, Andrés Quintana Roo, Ignacio López Rayón, José María Liceaga, José Sixto Verduzco, José María Cos, José Murguía y José M. Herrera.<sup>18</sup> Cabe resaltar que los dos últimos personajes mencionados fueron diputados por elección popular, por lo que llama la atención, que, además de ser un Congreso constituido por la imposición de algunos nombres (por méritos políticos y militares), también se complementó por una elección popular, con lo cual le brindaba al Congreso una fórmula política clave que representara verdaderamente los intereses del nuevo Estado que se intentaba construir.

Ahora bien, la producción jurídica del Congreso fue formalmente exitosa, en razón de que se promulgaron tres ordenamientos legales de suma importancia: los Sentimientos de la Nación, el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional y el Decreto Constitucional de la América Mexicana.

<sup>14</sup> *Ibidem*, ff. 31 a 41.

<sup>15</sup> *Ibidem*, ff. 45 a 52.

<sup>16</sup> SERRANO MIGALLÓN, Fernando, op. cit., pp. 78-79.

<sup>17</sup> O'GORMAN, Edmundo, *México: El trauma de su historia*, pp. 11-15.

<sup>18</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, p. 28.

a) *Sentimientos de la Nación*

El 14 de septiembre de 1813, en la sesión inaugural del Congreso de Anáhuac, Morelos leyó sus *Sentimientos*, siendo 23 puntos profundos que buscaban una reflexión sobre los principios básicos que sostendrían al nuevo Estado, teniendo en cuenta ciertos temas políticos que servirían como un puente de transición entre la Nueva España y el Estado que se intentaba consolidar, como por ejemplo, el hecho de sostener al catolicismo como única religión en la América Septentrional.

Morelos, una noche previa a la primera sesión del Congreso, leyó en compañía de Quintana Roo<sup>19</sup> sus puntos e ideas constitucionales, dejando claro desde el primer momento que, la monarquía de los Borbón debía ser excluida para siempre del programa político mexicano, proclamando una independencia absoluta.

Estos son algunos puntos que destacan entre los que leyó Morelos hace poco más de doscientos años:

- 1o. 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.
- 2o. Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otra.
- 5o. Que la Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que solo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias en igualdad de números.
- 6o. Que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.
- 9o. Que los empleos solo los americanos los obtengan.
- 12o. 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 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.
- 15o. Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales y solo distinguirá a un americano de otro, el vicio y la virtud.
- 17o. Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete a su casa como en asilo sagrado señalando penas a los infractores.
- 22o. Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian...<sup>20</sup>

<sup>19</sup> IBARRA, Ana Carolina, *Andrés Quintana Roo*, p. 46.

<sup>20</sup> Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, "Sentimientos de la Nación", <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf>

Como podemos analizar de los puntos citados anteriormente, debemos destacar el pensamiento de Morelos aterrizado en sus *Sentimientos*, en donde los temas como la independencia, la religión católica, la definición jurídica de la ley, la división de poderes y el reconocimiento de algunos derechos humanos son los que prevalecen. Con estos argumentos, el propio Morelos quiso dejar un mensaje claro y contundente de lo que significaba la Insurgencia por aquellos días, y expresar la obra que no terminó el cura Hidalgo.

El pensamiento Insurgente no puede subrayarse, exclusivamente, de liberal o de conservador, porque tomaba contenido liberal y conservador a la vez, era una mezcla que aún no se distinguía con claridad, en función de que lo importante no era el origen de la ideología, sino todo lo contrario, lo fundamental eran las consecuencias que podía arrojar el movimiento Insurgente: la búsqueda de la independencia absoluta y el establecimiento de una República.

Casi un mes después de la lectura de sus *Sentimientos*, Morelos promulgó, un 5 de octubre de 1813, un Decreto en el cual reiteró la abolición de la esclavitud y los servicios personales,<sup>21</sup> por lo que el binomio esclavitud-igualdad fue un tema central y fundamental en el programa social Insurgente.

Morelos rescata los valores más esenciales del iusnaturalismo, y que estaban perdidos en el ámbito novohispano a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX; que de alguna manera dichos valores o principios fueron diluyéndose en el tiempo a causa de las reformas borbónicas.

b) *Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional*

Después de que Morelos fue nombrado Generalísimo por el Congreso de Anáhuac, un 15 de septiembre de 1813, cargo que consistió en ser el jefe militar de la operación Insurgente y titular del Poder Ejecutivo; se redactó una Declaración de Independencia un 6 de noviembre de 1813, en la cual se volvió a eliminar el mito fernandino del deseado, dejando claro de una vez por todas, que en la América no había lugar para una Monarquía:

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 Señor 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

<sup>21</sup> *Los sentimientos de la Nación*, op. cit., p. 129.

en tal concepto queda rota para siempre jamás, y disuelta la dependencia del trono español: que es árbitra para establecer las leyes que le convengan para el mejor arreglo y felicidad interior...<sup>22</sup>

Indudablemente, esta Declaración contiene la reclamación por la soberanía de la América Septentrional para los americanos, dejando en evidencia dos temas: la Independencia y la intransigencia hacia la monarquía española. Además de contar con un tema ético, al buscar la felicidad del nuevo Estado, a través de la implementación de nuevas políticas para su gobernabilidad.

La intención de Morelos y del Congreso, en torno a esta Declaración de Independencia, consistió en la emancipación de la Nueva España por una vía legal, que dicha acción se plasmara en un instrumento jurídico, para efectos de la validez de la Independencia del nuevo Estado que denominaron, en un principio, América Septentrional.

Entre líneas se puede visualizar la división de clases sociales y de los conceptos entre lo español y lo indígena, al entenderse que la América Septentrional había recobrado su soberanía (usurpada en el pasado), y se disolvía para siempre la dependencia de la monarquía española (se rompen las relaciones con el sistema político español para siempre). Por lo tanto, la Declaración Insurgente de la Independencia, resalta el elemento indígena, pero sin olvidarse (podría ser de forma paradójica) de un elemento occidental: el catolicismo.

#### IV. 1814, CONSOLIDACIÓN CONSTITUCIONAL

Después de la promulgación del Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional de los Insurgentes, sucedió un nuevo giro en la guerra, porque la campaña militar de Morelos empezaría a derribarse a finales de 1813, ya que el 25 de diciembre de ese mismo año se dio la derrota del propio Morelos en los alrededores de Valladolid, a manos del joven Agustín de Iturbide; por lo que el Congreso se vio forzado a salir de Chilpancingo en enero de 1814. La derrota de Morelos en Valladolid se convirtió en el punto de desequilibrio de la lucha Insurgente, y formalmente el inicio de la caída del Generalísimo; curiosamente por obra del autor de la consumación de la Independencia.

<sup>22</sup> Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, *Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional*, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/ACTA.pdf>

El año de 1814 se convirtió en el eterno peregrinaje del Congreso, a causa de la derrota de varias plazas que lideraban los Insurgentes. El movimiento de Morelos comenzó a deteriorarse, y su figura estaba cerca de desplomarse, ya que el Congreso le quitó al propio Morelos el Poder Ejecutivo, con la finalidad del fortalecimiento y la unidad del gobierno que se intentaba fundar y construir.

A partir de este momento, José María Morelos se convirtió en el guardián y protector del Congreso, procurando que no lo disolviera las tropas realistas de Calleja.

En junio de 1814, se empezó a formular la idea de un documento constitucional que fuera suficientemente fuerte para soportar la lucha independentista, pero que sobre todo se convirtiera en un arma de legitimidad jurídica, dando validez a todo lo planteado por el Congreso desde 1813.

Pasando por Chichihualco, Tlacotepec, Tlalchapa, Guayameo, Huetamo, Tiripitío, Santa Efigenia, Apatzingán, Tancítaro y Uruapan; el Decreto Constitucional le tocó su promulgación y juramento en Apatzingán, de allí que se conozca mejor como Constitución de Apatzingán.

Por lo tanto, el 22 de octubre de 1814, el Congreso itinerante de Anáhuac, promulgó el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.

Según lo manifestado por Morelos, sus autores fueron Herrera, Quintana Roo, Sotero Castañeda, Berdusco y Argáandar.<sup>23</sup>

La Constitución de Apatzingán contiene 242 artículos, dividida en dos apartados principalmente: Primero, por una serie de artículos que pueden considerarse como derechos humanos, el apartado se titula "Principios o Elementos Constitucionales"; y en segundo lugar encontramos el apartado titulado "Forma de Gobierno". En términos teóricos y estrictamente constitucionales podemos comentar, que el primer apartado puede pertenecer a lo que se denomina parte dogmática, y el segundo apartado se encuentra integrado como aquello que se conoce como parte orgánica.

A continuación cito solamente algunos artículos que merece la pena recordar y analizar, para que posteriormente se explique el contenido de esta Constitución:

Artículo 1. La religión católica, apostólica, romana es la única que se debe profesar en el Estado.

Artículo 2. La facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno, que más convenga a los intereses de la sociedad, constituye la soberanía.

<sup>23</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 29.

Artículo 4. Como el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, ésta tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 12. Estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación.

Artículo 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.

Artículo 19. La ley debe ser igual para todos...

Artículo 20. La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de inteligencia particular a la voluntad general.

Artículo 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.

Artículo 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

Artículo 30. Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.

Artículo 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.

Artículo 48. El Supremo Congreso se compondrá de diputados elegidos uno por cada provincia, e iguales todos en autoridad.

Artículo 132. Compondrán el Supremo Gobierno tres individuos... serán iguales en autoridad, alternando por cuatrimestres en la presidencia...

Artículo 151. El Supremo Congreso elegirá en sesión secreta, por escrutinio en que haya examen de tachas y a pluralidad absoluta de votos, un número triple de los individuos que han de componer el Supremo Gobierno.

Artículo 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.

Artículo 182. Los individuos de este Supremo Tribunal... serán iguales en autoridad, y turnarán por suerte en la presidencia cada tres meses.

...  
Artículo 186. La elección de los individuos del Supremo Tribunal de Justicia se hará por el Congreso...

...  
Artículo 212. El Tribunal de residencia se compondrá de siete jueces, que el Supremo Congreso ha de elegir por suerte... uno por cada provincia.

...  
Artículo 224. El Tribunal de residencia conocerá privativamente de las causas, de esta especie, pertenecientes a los individuos del Congreso, a los del Supremo Gobierno y a los del Supremo Tribunal de Justicia.<sup>24</sup>

El primer apartado consistió en un reconocimiento a los derechos humanos (como derecho al sufragio, igualdad, libertad, propiedad y privacidad), constituyendo aquellos principios derivados del pensamiento iusnaturalista racionalista europeo,<sup>25</sup> así como también se determinó lo que significaba la soberanía, la intolerancia a la libertad de cultos, división de poderes, concepto de nación, ley y sobre todo lo que era la felicidad, siendo este último elemento una pauta que ya se había citado en la Declaración de Independencia. Por lo tanto hablamos de un texto liberal, pero también tradicional a la vez, por el hecho de conservar el catolicismo, y por consecuencia, mantener la influencia política de la Iglesia.

En el segundo apartado se determinó la organización y administración del gobierno, partiendo de una temporal división administrativa territorial en diversas provincias y claramente señalando una división de poderes, en donde el Poder Legislativo trasciende de manera fundamental, al depositarle directamente la soberanía; por ello, desde esta época de 1814, el Congreso Mexicano sostendría teóricamente y en la práctica, una superioridad sobre los demás poderes constituidos, como también se plasmó en las Bases Constitucionales del 24 de febrero de 1822 del Primer Congreso,<sup>26</sup> una vez que la Nueva España alcanzó su ansiada independencia. El Poder Ejecutivo se le delegó al Supremo Gobierno conformado en un triunvirato, mientras que el Poder Judicial se le confió a un Supremo Tribunal de Justicia. Las elecciones del Poder Legislativo tuvieron, básicamente, el mismo método que contemplaba la Constitución de Cádiz, eligiendo a sus diputados por juntas electorales parroquiales, de partido y de provincia. Por lo tanto, la manera en que se organiza al Estado en esta Constitución, deja en evidencia el pensamiento administrativo de la Insurgencia, concretamente de Morelos, al establecer la

<sup>24</sup> Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1814.pdf>

<sup>25</sup> ARENAL FENOCHIO, Jaime del, *Un modo de ser libres. Independencia y Constitución en México (1816-1822)*, pp. 44-45.

<sup>26</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 124.

reducción de poder del Ejecutivo, pero que al mismo tiempo, por fortuna o por desgracia, quedaba debilitado para dirigir una política nacional.

El Supremo Gobierno de Apatzingán, como triunvirato, fue construido bajo una influencia, notoriamente, francesa, siguiendo el modelo de la Constitución de Francia de 1799 o del Año VIII, en donde el gobierno se le atribuyó a tres cónsules. La aplicación práctica en el documento de Apatzingán, no pudo ser de igual forma como lo establecía el instrumento constitucional francés, porque no se otorgaba un peso importante del Poder Ejecutivo a un cónsul determinado.<sup>27</sup> En consecuencia, el Poder Constituyente Insurgente fue más radical, al mantener a los tres miembros del Supremo Gobierno con el mismo poder, y así debilitando su propia estructura.

Cabe resaltar la concepción objetiva de la felicidad que se logró definir en dicho ordenamiento constitucional, en función de que la ideología política y filosófica de Morelos proyecta dos consecuencias: una, que consiste en brindar un carácter positivo a ciertos derechos humanos, concibiendo la justificación del Estado por medio de fines éticos, es decir, el iusnaturalismo racionalista se expresa como causa inmediata para la formación de gobiernos y asociaciones políticas; y por otro lado, la otra consecuencia se traduce en que la felicidad de Apatzingán se opone al despotismo ilustrado originado por la Casa de los Borbón, porque para estos últimos, la felicidad solamente puede otorgarla el gobernante (monarca) en turno, sin la intervención del pueblo, al contrario del pensamiento revolucionario de Morelos, en donde la felicidad le pertenecerá a la ciudadanía al gozar de ciertos derechos mínimos que le reconoce el gobernante, por lo que el pueblo necesariamente tendrá que intervenir para exigir sus derechos que legalmente les corresponde.

Además, se define la ley y la igualdad, así como el hecho de sostener el principio de presunción de inocencia, por lo cual resaltan las formalidades de un procedimiento civil o penal, teniendo un mecanismo constitucional moderno que intentare adaptarse a las circunstancias.

Los artículos 18 y 20 señalan la concepción de la voluntad general, quedando en evidencia la influencia francesa, concretamente derivada de Rousseau en su "Contrato social", en donde este filósofo analiza que el pacto social se puede enunciar como el hecho *de encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes*. Estas cláusulas se reducen a la alineación total de cada asociado con todos sus derechos

a toda la comunidad, ya que al entregarse cada uno por entero, la condición es igual para todos. Al hacerse la enajenación, sin reserva alguna, la unión es la más perfecta posible, porque en caso de que los particulares conservasen algunos derechos, al no haber algún superior común y al ser cada uno su propio juez en algún punto, pronto pretendería serlo en todos y el estado de naturaleza subsistiría y la asociación se convertiría en tiránica.<sup>28</sup>

El anterior párrafo se reduce y explica en los términos de que *cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo*. De esta forma, el acto asociativo produce un cuerpo moral y colectivo, siendo una persona pública denominada Estado en cuanto a su pasividad, y es soberano en cuanto a su actividad y ejercicio del poder. Esta asociación colectiva es el pueblo y serán ciudadanos en tanto sean partícipes de la autoridad soberana, y se transforman en súbditos cuando se someten a las leyes del Estado.<sup>29</sup>

Por lo tanto, la Constitución de Apatzingán consideró los principios políticos de Rousseau, al determinar que la ley es aquella expresión de la voluntad general, siendo los actos emanados de la representación nacional, por lo que el ordenamiento constitucional retomó la propia definición de Rousseau sobre la conformación de un cuerpo político representado en una Asamblea. También, la Constitución Insurgente, señala que la sumisión del ciudadano a las leyes es una muestra del sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general, comprendiendo que el pacto social no significa una reducción de la libertad del individuo, sino que se trata de una renuncia a la libertad natural del hombre a cambio de una libertad convencional o civil (los hombres son obligados a ser libres por la voluntad general), quedando los hombres tan libres como en el estado de naturaleza.

En consecuencia, la influencia de la doctrina política y constitucional francesa es indudable en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, constituyendo o formando los principios políticos modernos de los siglos XVIII y XIX, intentando traducirlos a la realidad de la América, pero que en un momento dado se quedaron cortos, no por el hecho formal de su estudio, sino por las circunstancias de llevarlos a cabo en el terreno de la práctica, concretamente en el caso novohispano en el transcurso de los años entre 1814 y 1815.

<sup>28</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, pp. 14-15.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>27</sup> SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *op. cit.*, pp. 97-98.

Montiel y Duarte en su breve análisis de la Constitución de Apatzingán, expone o trata de resaltar el tema de los principios que conforman al mismo ordenamiento, temas como la soberanía, donde se enaltece el reconocimiento el dogma del pueblo en quien reside originariamente y su ejercicio en la representación nacional, compuesta por diputados elegidos por los ciudadanos. Por lo tanto, el tema monárquico que giraba alrededor de la persona de Fernando VII quedaba superado y relegado totalmente. Además destaca al Supremo Gobierno, colocando a tres personas iguales en autoridad; la presunción de inocencia, la igualdad de los ciudadanos y la protección a la propiedad privada.<sup>30</sup>

Además, respecto a lo señalado en los Artículos 212 y 224, se podía conformar un Tribunal de Residencia, que tendría la función de conocer aquellos asuntos referentes a la responsabilidad política, administrativa e inclusive de carácter penal que llegasen a tener los funcionarios públicos, como los individuos del Supremo Congreso, del Supremo Gobierno y del Supremo Tribunal de Justicia.

Por último, queda revisar y analizar el tema de la vigencia constitucional de Apatzingán y si en realidad se trató de una Constitución.

Silvio Zavala alaba esta Constitución, pero a la par la critica, en función de que fue promulgada en plena guerra y por consecuencia su aplicación resultó una ilusión, señalando que dicha norma fundamental era impracticable por naturaleza; la ley y la realidad mexicana se encontraban distantes.<sup>31</sup> En parte tiene razón Zavala, pero tampoco debe ser criticada dicha carta magna de tal forma, ya que impracticable no lo fue; porque atendiendo a términos técnicos, dicha Constitución sí tuvo una aplicación real, en donde el Congreso legislaba, también existía un poder ejecutivo, y el poder judicial constituido en tribunal que administrara justicia, e inclusive resolviendo algunos casos que se verán más adelante.

Serrano Migallón alega que esta Constitución jamás tuvo vigencia, porque resultó tener el efecto contrario que buscaron los Insurgentes, que consistió en desunir al movimiento en un momento vulnerable de la guerra,<sup>32</sup> y con ello en lugar de consolidar sus ideas en términos jurídicos, lo que realmente sucedió fue la derrota Insurgente, al realizar un esquema constitucional inadecuado e inadaptable para la época tan agitada en donde la lucha por la Independencia era cruenta y crucial.

En mi opinión, por lo que se refiere a la vigencia de dicho ordenamiento constitucional, cabe resaltar que existen dos posturas en términos generales: la primera consiste en que la Constitución de Apatzingán sí es vigente, debido a que su promulgación cumplió con los requisitos formales para su entrada en vigor, además de que los Insurgentes tuvieron cierta influencia en algunas zonas localizadas al sur del país, y en dichos lugares la Constitución se pudo aplicar a los habitantes de estas distintas regiones. Sin embargo, la segunda postura consiste en negar absolutamente la vigencia constitucional de Apatzingán, en razón de que a pesar de haber cumplido con los requisitos formales para la promulgación de una Constitución, la norma fundamental de Apatzingán jamás pudo haber entrado en vigor, porque los Insurgentes no tenían un dominio pleno del territorio novohispano, ya que solo eran partes aisladas, y una Constitución debe ser acatada y aplicada en una población y en un territorio que sean determinados; además de que la causa Insurgente en aquellos momentos de 1814, comenzaba a disminuir en cuanto a su fuerza militar, al perder plazas o lugares que habían tomado estratégicamente.

La segunda postura que se expuso en el párrafo anterior, se entiende como una perspectiva real, porque dicha Constitución no entró en vigor en todo el territorio novohispano, debido a que Morelos y sus hombres no controlaban militarmente para 1814 ni siquiera la mayor parte del territorio; y por ello una Constitución puede considerarse vigente, en el momento en que sus efectos surten en la mayor parte de un ámbito territorial y no exclusivamente en partes aisladas del territorio.

Ahora bien, discutir el tema formalista en saber si se trata de una Constitución o no, en mi opinión radica en su contenido y en su aplicación, porque, de lo contrario, si solamente nos enfocamos en el título de la Constitución de Apatzingán, que figura el término de "Decreto Constitucional", nos podemos complicar en determinar si se trata o no de una Constitución como tal, en función de que dicha terminología busca nombrar a un instrumento jurídico con carácter provisional, que después pueda ser sustituido por una Constitución que esencialmente no tenga una temporalidad determinada.

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, más allá de formalismos y puntos rígidos, sí podemos determinar que es una Constitución, en razón de que claramente está formada por una parte dogmática y por otra parte orgánica, determinando conceptos indispensables, como soberanía, ley, derechos humanos, división de poderes, y la forma en que dichos poderes públicos se organizarían y actuarían conforme al ordenamiento constitucional.

<sup>30</sup> MONTIEL Y DUARTE, Isidro Antonio, *Derecho Público Mexicano*, pp. 41-42.

<sup>31</sup> ZAVALA, Silvio. *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>32</sup> SERRANO MIGALLÓN, Fernando. *op. cit.*, p. 98.

Además, podemos precisar que sí se trata de una Constitución porque llegó a aplicarse a través de los mecanismos jurisdiccionales, y con esto podemos enlazar el tema de su vigencia, ya que si una Constitución se aplica a los individuos, puede llegar a ser considerada como vigente, sin importar su ámbito espacial y mucho menos el ámbito temporal.

Como podemos ver, pienso que la Constitución de Apatzingán, sí puede considerarse seriamente el hecho de que pudo llegar a ser vigente, desde un ángulo práctico, debido a que tuvo aplicación por parte del Supremo Tribunal de Justicia, poder constituido que estuvo realmente en funciones.

En la corta vida de esta Constitución, los Insurgentes como miembros o funcionarios de los órganos que mandaba implementar dicho instrumento constitucional, pusieron todo su empeño en hacer que funcionara, sobre todo cabe destacar la función judicial, como lo he citado en el párrafo anterior.

Los Insurgentes llevaron a la práctica el sistema de Administración de Justicia, que planteaba la Constitución de Apatzingán, instalando el Supremo Tribunal de Justicia en Ario el 7 de marzo de 1815. Este tribunal fue disuelto como de igual manera le sucedió al Congreso en el mes de diciembre de ese mismo año.

De acuerdo a la Constitución, el órgano judicial debía conformarse por cinco magistrados, dos fiscales letrados y dos secretarios. Al comenzar las actividades de dicho órgano, quedó integrado por cuatro magistrados: José María Sánchez Arriola, José María Ponce de León, Antonio de Castro y Mariano Tercero.<sup>33</sup>

Entre las varias consultas interesantes que existieron, una muy interesante la realizó el coronel Rafael González, comandante y administrador principal de alcabalas de Apatzingán, el 31 de julio de 1815, sobre ciertos puntos que tenían que ver con la aplicación de las garantías constitucionales. En el afán de intentar registrar el inmueble de una persona, por presuntas mercancías ilegales que estaban resguardadas en dicho domicilio. La solución visible era un cateo, pero conforme a la Constitución de Apatzingán existía un problema, al establecer entre sus principios la inviolabilidad del domicilio; pero la autoridad judicial afirmó que si bien se garantizaba dicho principio, tampoco se prohibía estrictamente la posibilidad de cateo en asuntos criminales siempre y cuando se obrara con los requisitos previstos por la ley, como así lo expresaba el mismo texto constitucional, y de esta manera la misma autoridad expidió una orden de cateo.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> *Bicentenario de la Constitución de Apatzingán. 1814-2014*, p. 171.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 172-173.

Otra consulta realizada al Supremo Tribunal fue la que elaboró el subdelegado de Huaniqueo: Telésforo José Urbina, en abril de 1815, en donde Urbina reclamó la prohibición constitucional en cuanto a las penas de azotes, medio por el cual los indios obedecían, y el subdelegado justificó dichas penas como necesarias para los indios a través de la argumentación jurídica novohispana. La respuesta de los magistrados fue estrictamente constitucional, contestando que las penas no eran de algún tipo especial para los indios, sino que la prohibición se dirigía para cualquier individuo, citando la igualdad política y jurídica de los individuos (artículos 13 y 19 constitucional), y además ordenándole a Urbina sujetarse a las órdenes superiores que le dictaba la Constitución, conforme al artículo 20, con las que no estaba de acuerdo.<sup>35</sup> En este caso en particular, se muestra con mayor claridad un razonamiento filosófico jurídico, al ordenarle a Urbina que se sujete a la norma, ya que su libertad no se ve perjudicada en someterse al ordenamiento jurídico, sino al contrario, su sumisión representa un sacrificio a la colectividad y no a un interés en particular.

El Supremo Tribunal recibía querellas de manera directa y una vez vista la naturaleza del caso decidía atraerlo para sí o derivarlo a la justicia correspondiente en primera instancia. De acuerdo al ordenamiento constitucional, el Tribunal se encontraba facultado para conocer de forma directa acerca de las actuaciones de los empleados públicos, sobre los recursos de fuerza y confirmar o revocar sentencias dadas por los jueces ordinarios de primera instancia (jueces nacionales). También tenía la facultad de conocer en segunda o tercera instancia las causas civiles o criminales vistas por los jueces nacionales y que fueren apeladas.<sup>36</sup>

El Supremo Tribunal conoció casos como la queja del juez nacional Antón Valencia contra el comandante Miguel Sánchez y el teniente Andrés Sarco, porque ambos habían utilizado recursos violentos para sacar de la cárcel a subordinados suyos acusados de diferentes delitos, y cuyo proceso estaba en sumaria para ser instruido por el juez Valencia, por lo que se atentaba contra la recta administración de la justicia. También, este Supremo Tribunal conoció varios casos de abuso de autoridad de los empleados públicos, y que terminó sancionando a los jueces y militares por su mal comportamiento. También llama la atención un caso en particular, que finalizó como un arreglo extrajudicial, llegando a pactar un convenio en el que las partes quedaren

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 175-176

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 177.

satisfechas (recurriendo a prácticas de conciliación de la Edad Media), tal es el caso de María Úrsula contra las señoras Dasas de la población de Ario.<sup>37</sup>

Entonces, podemos explicar que las ideas constitucionales del período 1813-1814 quedaron sin aplicación alguna en esos años. Empero, lo que cabe rescatar es la vigencia “práctica” del ideal constitucional del Siervo de la Nación, cuya ideología trascendió en el movimiento Iturbidista de manera parcial al buscar la manera de independizarse por un medio constitucional, y principalmente influyendo en el constitucionalismo de 1823 y de 1824. Además de que las funciones judiciales previstas en la Constitución de Apatzingán, tuvieron una real aplicación, por lo que dicha norma fundamental sí se adaptó a las circunstancias difíciles que sucedían en 1815.

En noviembre de 1815, Morelos fue capturado, mientras que, en diciembre del mismo año, Mier y Terán terminó disolviendo al gobierno Insurgente en Tehuacán; significando la partición y la desunión de todos los Insurgentes, convirtiéndose el movimiento en una serie de guerrillas interminables hasta 1820, junto con la breve intervención de Mina en 1817.

La captura y fusilamiento del Siervo de la Nación representó, desde mi punto de vista, la derrota militar Insurgente, convirtiéndose dicho movimiento armado en diversos conflictos aislados y que estaban bien identificados en las distintas regiones del país. Sin embargo, años más tarde, la figura del Generalísimo significó, en cierta medida, la ideología Iturbidista de la Independencia, sobre todo en dos rasgos fundamentales: la idea de legitimar jurídicamente al movimiento independiente, dotándolo de validez y buscando la necesidad de realizar una Constitución (que nunca hizo el primer Congreso mexicano); y además la proyección de los símbolos nativos, regresando no a lo español, sino directamente al aztequismo o indigenismo.

En consecuencia, podemos determinar que el proceso constitucional de la Insurgencia, particularmente el que se produjo en la etapa de José María Morelos, es el inicio del Constitucionalismo moderno en México. La teoría constitucional de López Rayón puede considerarse como el preámbulo u origen de un derecho constitucional en nuestro país, sin embargo, dicha doctrina de Rayón no lleva la connotación de modernidad, como la que sí se encuentra en el pensamiento de Morelos, y que sobre todo se encuentra plasmado en los instrumentos legales que analizamos anteriormente, recayendo todo esto en la simple y sencilla idea de un Republicanismo en la América Septentrional o América Mexicana.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 178-179.

## V. EL PROCESO DEL GENERALÍSIMO

Don José María Morelos fue hecho prisionero, por las fuerzas realistas el 5 de noviembre de 1815, en los alrededores de Temalaca, en lo que actualmente es el Estado de Guerrero. Los Insurgentes fueron emboscados por un escuadrón, perteneciente a las fuerzas del Coronel Manuel de la Concha y comandado por Manuel Gómez Pedraza. Morelos, en su afán de proteger al Congreso, se arriesgó excesivamente, y por ello, ante tal peligro, ordenó a Nicolás Bravo que se encargara de poner a salvo a los diputados, mientras tanto, el propio Morelos intentó cubrir la retirada, teniendo éxito en dicho propósito, pero cuya persona caería en manos realistas.

Una vez que Morelos fue capturado en flagrancia, se ubicó en la hipótesis normativa de que se le juzgara sumariamente bajo la jurisdicción militar, pero el Virrey consideró necesario un proceso ejemplar, por lo que representaba la figura de Morelos para los novohispanos. Su traslado se efectuó a la ciudad de México, y fue procesado ante el Tribunal de la Santa Inquisición y ante autoridad civil, a finales del mes de noviembre de 1815.<sup>38</sup>

El Congreso de Anáhuac solicitó el perdón de la vida a Morelos, por medio de una carta dirigida al Virrey Calleja, fechada el 17 de noviembre de 1815, en la cual podemos destacar:

... Esta representación nacional faltaría a sus deberes si no solicitase de V.E. la conservación de la preciosa vida del general Morelos que es uno de los jefes más principales, y al mismo tiempo miembro de nuestro gobierno americano. Exhortamos, pues, a V.E. en nombre de la nación, y por las penalidades sufridas por causa de esta guerra, a que conserve la vida de D. José María Morelos...

... Reflexione V.E. en que si atenta contra la vida de Morelos, su muerte sería un fatal presagio para V.E. y para todos los de su partido... Examine V.E. nuestra situación y recursos y tiemble por la venganza...

... Finalmente, acuérdesese V.E. de que sesenta mil españoles deberán responder de la menor injuria que se haga al general Morelos. Él es amado sobre toda ponderación de los americanos, su suerte no puede verse con indiferencia, ni aun por los que han sido unos simples espectadores en nuestra terrible lucha...

Indudablemente, la vida o la muerte de Morelos representaban para los Insurgentes, la continuidad y unión de su movimiento, tanto en su ideología política como jurídica, y así también en el terreno de la motivación militar, para conseguir la independencia. La muerte de Morelos significó mucho

<sup>38</sup> GONZÁLEZ LEZAMA, Raúl, *Voces insurgentes. Declaraciones de los caudillos de la Independencia*, p. 225.

para los Insurgentes, que la historia nos terminó relatando que el movimiento Insurgente se dividió y finalizó en diversas guerrillas hasta el año de 1820. La figura del Generalísimo representó las primeras ideas de nación para los novohispanos, la continuidad evidente del movimiento del cura Hidalgo, y cuyo liderazgo político fue difícil de encontrar después de 1815.

Sin embargo, Calleja no hizo caso de la solicitud del perdón, y el proceso de Morelos se realizó, con el propósito de un escarmiento general, para la población y una advertencia del gobierno novohispano.

Antes de analizar el proceso de Morelos, debemos realizar algunas distinciones teóricas y formales.

En el marco teórico del derecho procesal, podemos encontrar dos acepciones en términos generales, en lo que se refiere a un juicio, una es proceso y la otra es procedimiento. En función de la complejidad del juicio realizado a la persona de Morelos, nos guiaremos por estos dos términos. El proceso es aquél conjunto de actos que se llevan a cabo ante una autoridad y las relaciones jurídicas que conllevan, mientras que el procedimiento es la descripción de la sucesión de dichos actos o de una sola etapa; la palabra proceso es genérica, mientras que el vocablo procedimiento se avoca a algo en concreto.<sup>39</sup>

Por lo tanto, de acuerdo a lo escrito en el párrafo anterior, el proceso de José María Morelos se puede determinar como todos aquellos actos que fueron realizados ante la autoridad civil y ante la autoridad eclesiástica, y que consta de diez momentos; mientras que el procedimiento es la manifestación o proyección de cada etapa en términos generales.

A Morelos se le realizaron tres procedimientos: las jurisdicciones unidas, el de la Inquisición y causa de la capitania general.

Por ello, sus jueces comisionados, por la parte eclesiástica, fueron el doctor Félix Flores Alatorre; representando a la autoridad civil, el auditor de guerra Miguel Bataller; y como jueces de sentencia fungieron Pedro de Fonte y el virrey Félix María Calleja,<sup>40</sup> personaje este último que fue persecutor y torturador del propio Morelos en el terreno militar.

El procedimiento de las jurisdicciones unidas tuvo una intervención de la autoridad civil y de la autoridad eclesiástica, en función de que Morelos al haber cometido delitos graves del fuero común, conservaba también su condición de clérigo, por lo que la justicia eclesiástica ordinaria tendría como misión degradarlo de su papel como sacerdote.

Los procesos realizados a clérigos Insurgentes debían tomar su cauce, basándose en las últimas leyes reales sobre delitos que ameritasen la pérdida de inmunidad personal. Estas disposiciones normativas quedaron contenidas en el "Nuevo Código". El juez Flores Alatorre señalaba:

Son las 12, título 9; la 13, título 12; y la 71, título 15, libro primero de dicho Nuevo Código. La 12 declara que los eclesiásticos no deben gozar de inmunidad en los delitos enormes o atroces. La 13 asienta que el conocimiento del crimen de lesa majestad que cometen en levantamientos y sediciones, corresponde a los juicios reales; y la 71, previene el modo; esto es, que si el delito del religioso fuere de los enormes o atroces, se forme el proceso por la jurisdicción real en unión con la ordinaria eclesiástica hasta poner la causa en estado de sentencia, y que si de los autos resultasen méritos para la relajación del reo al brazo secular, pronuncie el eclesiástico la sentencia y los vuelva al secular, para que proceda a sentenciar, obrar y ejecutar, encargándose a ambas jurisdicciones la conformidad y buena armonía...<sup>41</sup>

De esta manera, Flores Alatorre y Miguel Bataller conformaron la jurisdicción unida, formulándole cargos al reo y sin emitir sentencia. Además se atendió al derecho canónico formulado en el concilio de Trento, concretamente, acerca del tema de la degradación sacerdotal como veremos más adelante.

El proceso de Morelos se realizó en diez partes o momentos. La primera sucedió con el primer interrogatorio y las respuestas que otorgó. La segunda fueron los cargos desprendidos de su interrogatorio y de los descargos de Morelos. La tercera fue la defensa que intentó hacer el reo por medio del abogado José María Quiles. La cuarta consistió en el pedimento (buscaba la degradación del sacerdocio) del promotor fiscal del arzobispado. La quinta y sexta, sentencia y ejecución de la degradación (realizada por junta eclesiástica), y que accidentalmente se unió a la pena inquisitorial. La séptima fue el interrogatorio de la autoridad civil. La octava, novena y décima consistieron en el pedimento de la pena de muerte, sentencia y ejecución de la pena.<sup>42</sup>

Entre lo más relevante del proceso podemos mencionar lo siguiente:

La primera parte se dividió en dos secciones, correspondientes a las jurisdicciones civil y eclesiástica. En lo que se refiere a las preguntas de la autoridad civil, encontramos las que se refieren a la responsabilidad generada por la lucha de independencia, sobre el delito de rebeldía (la licitud o ilicitud del levantamiento popular en contra del gobierno); al respecto Morelos sostuvo la ausencia del monarca en el poder, o la posibilidad de que el rey era ilegiti-

<sup>39</sup> SENTIS MELENDO, Santiago, *Estudios de derecho procesal*, p. 222.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ LEZAMA, Raúl, *op. cit.*, p. 226.

<sup>41</sup> HERREJÓN PEREDO, Carlos, *Los procesos de Morelos*, p. 28.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 38-39.

mo. Ahora, en el ámbito eclesiástico, podemos destacar las interrogantes sobre la excomunión del Generalísimo,<sup>43</sup> y que ante tal pregunta, las respuestas de Morelos giraron en torno a que en una nación independiente, solamente el papa o el concilio general podían determinar excomuniones generales, ya que el arzobispo novohispano no tenía autoridad para promulgarlas.

En lo que se refiere a la cuarta, quinta y sexta parte, se destaca la petición del promotor fiscal que pidió la pena de degradación (deposición solemne de Morelos de despojarlo de sus privilegios clericales, para que la jurisdicción civil tuviera vía libre para el pronunciamiento de una sentencia); la sentencia para proceder a la degradación que se dictó conforme a las formalidades de Trento y que la junta eclesiástica al pronunciarla, buscaba asegurar el compromiso de la Iglesia con la Monarquía española, así como la ejecución de dicha sentencia, que se llevó a cabo en una ceremonia el 27 de noviembre de 1815, junto con el pronunciamiento accidental de sentencia de la Inquisición.<sup>44</sup>

El Santo Oficio procesó a Morelos por tratarse de un hereje materialista y deísta, y traidor de lesa majestad divina y humana, y como un enemigo cruel del Santo Oficio; decretando la confiscación de sus bienes, destierro perpetuo, deposición de todo oficio y beneficio eclesiástico, inhabilidad e irregularidad perpetua. Declaró a sus tres hijos, irregulares por los estados sacerdotales del padre, incurso en las penas de infamia y demás que imponen los cánones y leyes a los descendientes de herejes.

Dentro de la séptima parte del proceso, cabe señalar que se procedió a otro interrogatorio por parte de la jurisdicción civil, denominado causa de la capitánía general, en donde más que un procedimiento, consistió en una fuente de información para los realistas, en función de que Morelos comunicó a las autoridades novohispanas gran parte del organigrama y de la logística Insurgente, entre algunas cosas como las armas, los principales comandantes, los intentos de alianza con Estados Unidos y la economía de la revolución Insurgente.<sup>45</sup> Además de que la captura del Generalísimo significó la caída del movimiento Insurgente, debemos mencionar que esta confesión brindó auxilio a las tropas realistas, sin olvidar que las autoridades novohispanas ya estaban informadas de lo que declaró el propio Morelos, pero que dicha información ayudó a los realistas a confirmar sus propias conjeturas, y así comenzar el desmembramiento de los Insurgentes.

Por lo tanto, podemos observar que el proceso que se instauró en contra de Morelos, fue conforme al orden jurídico novohispano, atendiendo a un

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 40-45.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 50-67.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 71-73.

fiero eclesiástico, ya que en principio estuvo condenado por el Tribunal de la Santa Inquisición o Santo Oficio y por una jurisdicción unida (autoridad civil y eclesiástica juntas) para ser degradado como sacerdote, y posteriormente fue condenado a muerte por una autoridad civil, ya que además recordemos que los tribunales eclesiásticos novohispanos no dictaban una sentencia de muerte por limitaciones propias de dicha jurisdicción, y por ende la responsabilidad de estas condenas la tenían los tribunales del orden civil.

Por último, en lo que se refiere a la octava, novena y décima parte del proceso, el auditor de la causa, Bataller, pidió la pena de muerte, el fusilamiento por la espalda y que separada la cabeza del reo fuera puesta en una jaula de hierro en la plaza mayor de la ciudad de México y la mano derecha enviada a Oaxaca con el mismo fin. La sentencia dictada por Calleja condenó a Morelos a la pena capital exclusivamente, y que sería ejecutado sin mutilación, fuera de la capital, en el pueblo cercano de San Cristóbal Ecatepec.<sup>46</sup>

En consecuencia, el debate que pueda existir sobre el proceso judicial del Generalísimo, gira en torno a dos puntos muy importantes, uno jurídico y otro de carácter político. En torno al punto jurídico, debemos destacar que el proceso de Morelos sí se llevó a cabo conforme al ordenamiento jurídico novohispano, sin violar ninguna norma o regla, ya que las autoridades fundaron y motivaron el proceso realizado en diversas normas jurídicas. Ahora, respecto al punto político, se puede afirmar que el multicitado proceso judicial tuvo características de único y ejemplar, en función de que el Virrey Calleja buscaba producir un escarmiento y un fuerte efecto dirigido a la sociedad novohispana, para disolver y desmoralizar al movimiento Insurgente, y también para que la población se informara de lo que podría sucederle si se llegaba a unir a la causa independentista.

## VI. MUERTE Y LEGADO DE MORELOS

El 22 de diciembre de 1815, José María Morelos fue sacado de su prisión en la Ciudadela, por el Coronel Manuel de la Concha. Durante su trayecto con dirección a San Cristóbal Ecatepec, el cura Morelos pidió que se le permitiera orar en la ermita del Pocito, ubicada muy cerca de la Antigua Basílica de Guadalupe, y cuyo permiso fue concedido. El reo llegó a Ecatepec y en la

<sup>46</sup> ZAVALA, Silvio, *op. cit.*, pp. 37-38.

tarde del mismo 22 de diciembre fue fusilado por la espalda.<sup>47</sup> Así lo informó Manuel de la Concha al Virrey Calleja:

Excmo. Sr. Virrey, D. Félix María Calleja.

En cumplimiento de la superior orden que V.E. se sirvió comunicarme la noche del 21 del corriente, salí a las 6 de la mañana subsecuente de esta Capital, conduciendo desde su Ciudadela la persona del rebelde José María Morelos, a quien mandé fusilar por la espalda, como a traidor, a las tres de la tarde de hoy, a presencia de toda la sección de mi mando y de la guarnición destacada en este punto.

A las 4 de la propia tarde, se le dio sepultura en la parroquia de este pueblo por su cura, el Br. D. José Miguel Ayala, como consta del oficio que acompaño a V.E., junto con la respuesta que me dio de otro preventivo que le libré a mi llegada, que fue a las 11 del día...<sup>48</sup>

El 23 de diciembre de 1815, la Gaceta del Gobierno de México informó la muerte de Morelos:

México 22 de diciembre

#### EJECUCIÓN DEL REBELDE JOSÉ MARÍA MORELOS

Hoy 22 fue pasado por las armas este infame cabecilla, cuyas atrocidades sin ejemplo han llenado de luto estos países; y para noticia del público se insertan en la presente gaceta el extracto de sus causas, el dictamen del sr. auditor de guerra y la sentencia del Excmo. Sr. Virrey...<sup>49</sup>

Tras la muerte de Morelos, el movimiento revolucionario Insurgente fracasó de manera temporal, y hasta 1820 la lucha por la Independencia se fragmentó en diversas guerrillas en zonas aisladas del territorio novohispano, lideradas por figuras como Vicente Guerrero y Guadalupe Victoria.

El legado de Morelos, que estudiamos en este breve ensayo, se resume en tres aspectos fundamentales: legitimidad, republicanismo y el retorno al indigenismo.

La legitimidad de Morelos consiste en fundamentar el movimiento independentista de los Insurgentes en una norma jurídica, principalmente en una norma fundamental, a través de una estructura jurídica propia, organizada

<sup>47</sup> GONZÁLEZ LEZAMA, Raúl, *op. cit.*, p. 226.

<sup>48</sup> LEMOINE VILLICAÑA, Ernesto, *Morelos, su vida revolucionaria a través de sus escritos y de otros testimonios de la época*, p. 656.

<sup>49</sup> *Gaceta del Gobierno de México*, <http://www.hndm.unam.mx/Default.aspx>.

por un Congreso elegido por méritos y por vía popular, para sentar las bases del nuevo Estado entres los años de 1813 y 1814. Fue la ruta que López Rayón entendió como necesaria, y Morelos la trazó definitivamente, con un rumbo constitucional bien definido. El genio Morelos entendió que el camino del movimiento armado iniciado por Hidalgo, debía legitimarse por una vía jurídica, y así construir al nuevo Estado a partir de una Constitución.

El republicanismo de Morelos se muestra en sus conversaciones con López Rayón, el Acta de Independencia de la América Septentrional y queda perfectamente definido en la Constitución de Apatzingán. Sobre todo influido por el constitucionalismo francés, dividiendo al Supremo Gobierno o Poder Ejecutivo en tres personas. La idea para Morelos era clara, no más monarquías europeas en el nuevo mundo, porque América no es, geográficamente ni socialmente, Europa, y no podía tener una monarquía al estilo europeo, ya que los americanos siempre desconocieron dicha forma de gobierno absolutamente.

El retorno al indigenismo se explica de manera contundente, en el Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional, en donde se señaló que dicha América había recobrado el ejercicio de su soberanía, tomada por los españoles a los naturales del lugar, por lo que la habían usurpado. La independencia apela a las raíces americanas, a todas aquellas civilizaciones o culturas que estaban asentadas, anteriormente a la cultura española, en el territorio americano; por lo que al romper cualquier lazo o cadena con todo lo que fuera español, el único hilo del que se podría sostener la idea independentista, era en torno a la figura del indigenismo, a lo estrictamente americano.

A doscientos años de la muerte del Siervo de la Nación, debemos recordar y conmemorar su figura de la forma que se merece. Más allá de cualquier homenaje o festejo, debemos practicar, todos los mexicanos, sus ideas y sobre todo sus Sentimientos, aprendiendo a moderar la opulencia y la indigencia, pero fundamentalmente aprendiendo a ser felices, porque el único objetivo de las asociaciones políticas y de los gobiernos debe ser la felicidad, traducándose en el goce y respeto de los derechos y obligaciones que cualquier ciudadano debe tener por mandato constitucional.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, *Un modo de ser libres. Independencia y Constitución en México (1816-1822)*, México, 2a. edición, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010.
- BUSTAMANTE, Carlos María de, *Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana de 1810*, México, Fondo de Cultura Económica e Instituto Cultural Helénico-Comisión Nacional para las celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, (colección) T. III, 1985.
- BULNES, Francisco, *La Guerra de Independencia. Hidalgo-Iturbide*, México, Universidad Iberoamericana Departamento de Historia, Edición Facsimilar, 1992.
- CATAÑO MORLET, Luis, "Symposium Nacional de Historia sobre la Constitución de Apatzingán, discurso de clausura", México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, 1964.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, 2a. edición, Oxford University Press, 2004, 1042 pp.
- GALEANA, Patricia (Coordinadora), *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*, México, Senado de la República, LXI Legislatura, Estudios por el Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución Mexicana, Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- GONZÁLEZ LEZAMA, Raúl (Introducción, edición y notas), *Voces insurgentes. Declaraciones de los caudillos de la Independencia*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, (Colección Clásicos de la Independencia), 2010.
- HERREJÓN PEREDO, Carlos, *Los procesos de Morelos*, México, El Colegio de Michoacán, 1985.
- IBARRA, Ana Carolina (Compilación e introducción), *Andrés Quintana Roo*, México, Senado de la República LXIII Legislatura (Serie los Senadores), 1987.

- LEMOINE VILICAÑA, Ernesto, *Morelos, su vida revolucionaria a través de sus escritos y de otros testimonios de la época*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- \_\_\_\_\_, *La Revolución de Independencia 1808-1821*, México, Procuraduría General de la República, 1994.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro Antonio, *Derecho Público Mexicano*, Compilación, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, (colección) T. I, 1871.
- MORA, José María Luis, *México y sus revoluciones*, México, (colección) T. III, Fondo de Cultura Económica e Instituto Cultural Helénico, 1986.
- O'GORMAN, Edmundo, *México: El trauma de su historia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- RABASA, Emilio, *La evolución histórica de México*, México, Ediciones Frente Cultural, 1937.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Barcelona, España, Ed. Tecnos, 1988.
- SENTIS MELENDO, Santiago, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, V. I, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Historia Mínima de las Constituciones en México*, México, El Colegio de México, 2013.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, México, 25a. edición actualizada, Ed. Porrúa, 2008.
- VASCONCELOS, José, *Breve historia de México*, México, 20a. impresión, Compañía Editorial Continental, 1976.
- ZAVALA, Lorenzo de, *Ensayo histórico de las Revoluciones de México desde 1808 hasta 1830*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- ZAVALA, Silvio, *Apuntes de historia nacional 1808-1974*, México, Secretaría de Educación Pública, 1981.

*Consultas especiales*

*Actas de Independencia y Constituciones de México*, México, Archivo General de la Nación, Colección de Documentos del Congreso de Chilpancingo (Manuscrito Cárdenas), Vol. I

*Bicentenario de la Constitución de Apatzingán, 1814-2014*. México, Senado de la República LXII Legislatura, Quinta Chilla Ediciones, 2014.

*El Primer Congreso de Anáhuac* (Selección). México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México y Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística (1a. edición íntegra de la *Memoria del Symposium Nacional de Historia sobre el Primer Congreso de Anáhuac*), 2013.

*Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Coordinación de Humanidades, 1964.

*Los sentimientos de la Nación de José María Morelos*. Antología documental, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2013.

*Nueva Historia general de México*, México, El Colegio de México, 2013.

*Plan de Iguala*. Plan de Independencia de México, proclamada y jurada en el pueblo de Iguala en los días 1 y 2 de marzo de 1821 por el Serenísimo Sr. D. Agustín de Iturbide, Generalísimo Almirante, y Presidente de la Regencia Gobernadora Interina del Imperio. México, Universidad Autónoma de Guerrero (Documentos Históricos del Estado de Guerrero), 26 pp.

*Planes en la Nación Mexicana, 1808-1830*, México, Senado de la República LIII Legislatura, (Colección) Libro 1, 1987.

*Primer proyecto constitucional para el México independiente*, México, Edición conmemorativa en el bicentenario del documento (1812-2012), Suprema Corte de Justicia de la Nación y Miguel Ángel Porrúa, 2012.

*Web*

*Diario Oficial de la Federación*, Acuerdo por el que se declara “2015, Año del Generalísimo José María Morelos y Pavón”, Secretaría de Gobernación, 23 de diciembre de 2014. Consultado el 20 de mayo de 2015 en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5377363&fecha=26/12/2014](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377363&fecha=26/12/2014)

*Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional*. Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos. Consultado el 21 de mayo de 2015 en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/ACTA.pdf>

*Bando especial de Miguel Hidalgo del 6 de diciembre de 1810*, Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Consultado el 21 de mayo de 2015 en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1810.pdf>

*Sentimientos de la Nación*, Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Consultado el 21 de mayo de 2015 en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf>

*Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Consultado el 21 de mayo de 2015 en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1814.pdf>

*Gaceta del Gobierno de México*, Tomo VI, Número 839, Sábado 23 de diciembre de 1815, Hemeroteca Nacional Digital de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Bibliográficas y Biblioteca Nacional, Consultado el 21 de julio de 2015 en: <http://www.hndm.unam.mx/Default.aspx>

## EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN EL EJERCICIO JUDICIAL EN MÉXICO

UN BREVE ANÁLISIS DE SU INCORPORACIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ\*

### 1. INTRODUCCIÓN

El juicio de ponderación se ha vuelto una de las reflexiones principales en el ámbito de la aplicación y la construcción de los derechos fundamentales. A su vez, guarda relación con temas importantes en la Teoría del Derecho y en el Derecho constitucional, como es la distinción de las normas jurídicas en principios y reglas. Estos han ido influyendo cada vez más en el ámbito jurídico mexicano, como se puede observar en las resoluciones de la judicatura federal.

En este artículo, de carácter exploratorio, pretendemos mostrar cómo la judicatura federal ha evolucionado de una aplicación de los derechos fundamentales, comprendidos solo como reglas y a través del juicio de subsunción, a una mayor complejidad, que incluye, de alguna manera, la ponderación.

El camino que seguiremos será el siguiente: en primer lugar, expondremos algunas posiciones que defienden la construcción de los derechos fundamentales como principios; en seguida, analizaremos de manera sucinta en qué consiste la ponderación como método para resolver las colisiones entre principios; en tercer lugar, problematizaremos la tensión en que se encuentra la ponderación entre ser un sistema de resolución particularista de conflictos y ser sistema con pretensión de generalidad; por último, siguiendo los modelos

\* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

de ponderación de diversos autores, veremos algunos conflictos de derechos resueltos por el Poder Judicial Federal mexicano, para analizar cuál fue la racionalidad que utilizaron, es decir, cuál fue el modelo de ponderación que aplicaron.

## 2. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS O COMO REGLAS

La discusión sobre la manera en que los derechos fundamentales deben estar estructurados en un texto constitucional o iusfundamental, ha sido bastante difundida: si como reglas o como principios. Entre las diversas problemáticas que esto acarrea, nos interesan dos: si realmente se puede defender una diferencia entre las normas jurídicas llamadas principios y las llamadas reglas, y cuál debería ser la estructura más adecuada para los derechos fundamentales.

Para las corrientes que se engloban en el neoconstitucionalismo, en términos generales, los derechos fundamentales son la base del sistema jurídico y, al estar contenidos en la Constitución, funcionan como límites al legislador. En efecto, la legislación se encuentra sometida tanto formal como materialmente a la Constitución, en especial a su parte dogmática. Esto significaría el tránsito de un *Estado legal* a un *Estado constitucional*, donde las normas jurídicas no sólo están sometidas a un juicio de vigencia sino también a uno de validez. Y ésta no es solo una cuestión formal sino sustancial, en cuanto que valora la coherencia de la ley con las normas constitucionales. Por eso se habla de que se está no solo ante una *mera legalidad* sino ante una *estricta legalidad*.

Uno de los más famosos temas que ha acarreado la importancia de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo es el referente a la relación entre derecho y moral, pues se considera, en términos generales, que la división y separación categóricas ya no es procedente. La defensa del legalismo ético se considera, en términos de Bobbio,<sup>1</sup> como un positivismo ideológico que, después de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial, ya no responde a los nuevos estados democráticos y constitucionales.

En cuanto a la discusión sobre cómo deben estructurarse los derechos fundamentales en la Constitución para su mejor funcionamiento en el sistema jurídico, suelen darse tres modelos: como principios, como reglas o de forma mixta. Esto tiene que ver, en gran parte, con una teoría de la norma.

Existen tres posiciones básicas respecto a los tipos de normas jurídicas. En primer lugar, la que sostiene que existen dos tipos de normas jurídicas, a

<sup>1</sup> Cf. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 1992.

saber, los principios y las reglas, y que se pueden establecer criterios claros y definitivos para diferenciarlos (*tesis fuerte de la separación*). En segundo lugar, la que sostiene que si bien existen los dos tipos de normas, la determinación no puede darse directamente sobre el texto constitucional, sino en función de cómo se construye la norma jurídica por parte del intérprete; es decir, que existe una diferencia entre lo que es el texto normativo y la norma jurídica, pues de aquél pueden generarse diversas normas jurídicas en función del trabajo del intérprete y, por lo tanto, puede generar tanto reglas como principios (*tesis débil de la separación*). Y en tercer lugar, la que sostiene que no existe tal distinción y que, además, no es necesaria (*tesis de la conformidad*).

Las teorías neoconstitucionales son, en general, teorías principialistas al asumir la primera o segunda posición arriba mencionadas. Es obvio que negar la distinción entre reglas y principios, afirmando que toda norma jurídica es una regla, imposibilitaría hablar de una teoría principialista y, por lo tanto, no habría discusión sobre si los derechos fundamentales deben construirse como reglas o como principios. Por lo tanto, asumimos que, ya sea de manera fuerte o débil —cuestión que no profundizaremos—, se puede hablar de la existencia de dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas.

Se han establecido diversos criterios para distinguir las reglas y los principios. En este trabajo, explicaremos algunos de ellos, pero advertimos que ninguno es completo ni suficiente para distinguir con claridad las reglas y los principios; pero son importantes, pues de ellos dependerá la manera en que el intérprete generará la norma nacida del texto jurídico: si como principio o como regla.

Tres de las diferencias clásicas para distinguir principios y reglas son “el carácter hipotético-condicional”, el “modo final de aplicación” y el “conflicto normativo”.<sup>2</sup> Hagamos un breve comentario de cada uno.

- \* El carácter hipotético-condicional: Según este criterio, las reglas están construidas con un carácter de “Si... entonces”, “Si A entonces B”, donde claramente se establecen el supuesto y la consecuencia y, por lo tanto, si se cumple en los hechos el contenido del antecedente se debe cumplir el consecuente. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro (A) comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 5 a 10 años de prisión (B)”. En cambio, los principios no tienen esta estructura y, más bien, son sólo la descripción de una situación ideal; es decir, una

<sup>2</sup> Cf. ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, pp. 58-70.

estructura de "Debe ser C". Por ejemplo, "el hombre y la mujer son iguales ante la ley".

\* El criterio de "modo final de aplicación": Según este criterio, las reglas se aplican a través de un silogismo, de un juicio de subsunción. Es decir, si la estructura de la regla es "Si A entonces B", se debe comprobar que en los hechos se actualiza la hipótesis A y, por lo tanto, debe darse la consecuencia. Por ejemplo, "Quien priva de la vida a otro comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 10 años de prisión". "Juan mató a Pedro". "Entonces Juan cometió el delito de homicidio y tendrá 10 años de prisión". En cambio, los principios requieren de un trabajo argumentativo que justifique su aplicación al caso concreto e implica un juicio de ponderación.

\* El criterio del "conflicto normativo": Este es, tal vez, el más conocido, debido a que ha cobrado gran importancia en la teoría de los derechos fundamentales. El conflicto normativo puede darse en abstracto y en concreto. El primero se refiere a "un conflicto conceptual que se produce cada vez que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (por lo tanto ofrecen dos soluciones incompatibles) a dos clases de hechos jurídicos".<sup>3</sup> Es decir, este conflicto no requiere de un hecho concreto que actualice el supuesto normativo y, por lo tanto, esas reglas no pueden "convivir" en el sistema jurídico, ya que se entiende que éste es coherente. Por su parte, el conflicto en concreto aparece en la fase de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto, que "en abstracto" no se muestran como contradictorias. Supuesto esto, se afirma que el conflicto normativo de las reglas se da en abstracto, por lo tanto, una de las reglas en conflicto debe quedar sin validez o contener una excepción que supere el conflicto, y así salvar la coherencia del sistema jurídico. En cambio, el conflicto normativo de los principios se da en concreto, pues es necesario un caso concreto donde se dé cuenta que dos o más principios, que pueden convivir sin problemas en abstracto en el sistema jurídico, están en conflicto.

Estas tres diferencias entre principios y reglas han sido la base de análisis más profundos al respecto. Se trata de análisis que sostienen las limitaciones de dichos criterios y la necesidad de establecer criterios más sólidos. Veamos unos casos.

<sup>3</sup> SERPE, Alessandro, "Argumentando a partir de los Derechos Humanos. La ponderación en serio" en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, p. 48.

Robert Alexy es uno de los exponentes más conocidos de la teoría principialista, a partir de su obra *Theorie der Grundrechte* ("Teoría de los derechos fundamentales"), publicada en 1985. En ella analiza la estructura de las normas consideradas derechos fundamentales y establece que las normas pueden dividirse en dos clases: principios y reglas.<sup>4</sup> Alexy se inclinó por la postura que considera la separación de principios y reglas de manera fuerte, pues para él existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios: los principios son *mandatos de optimización* y las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no.

Para Alexy, los principios son normas jurídicas que "ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".<sup>5</sup> Entonces, los principios son mandatos de optimización, que pueden cumplirse en diferente grado y que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; en este sentido, las posibilidades jurídicas se determinan por principios y reglas opuestos al principio en cuestión. Por su parte, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no; son del *todo o nada*. Si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.<sup>6</sup>

Otra diferencia consiste en el carácter *prima facie* que existe entre las reglas y los principios. Los principios, al establecer que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, no es un mandato definitivo sino sólo *prima facie*,<sup>7</sup> es decir, que en un primer momento los principios mandan realizar algo, pero en un segundo momento su grado de cumplimiento será diferente según el caso concreto. En cambio, las reglas, al ser mandatos definitivos, contienen una determinación considerando las posibilidades jurídicas y fácticas, y si cuenta con imposibilidades de este tipo entonces será una regla inválida, de lo contrario contará con validez definitiva. Ahora bien, esta validez puede perderse con cláusulas de excepción.

Un análisis también interesante sobre los criterios diferenciadores es el realizado por Humberto Ávila.<sup>8</sup> Después de criticar las limitaciones de los criterios tradicionales, propone una diferenciación heurística. De hecho, él se ubica en la tesis débil de la separación, pues su criterio no se basa prin-

<sup>4</sup> Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>8</sup> Cf. ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, pp. 64-70.

principalmente en el texto normativo en sí mismo, sino en la manera en que el intérprete genera la norma jurídica; por eso se admite la coexistencia de principios y reglas en razón de una misma disposición. Para ello establece tres criterios diferenciadores:

1. Criterio de la naturaleza del comportamiento descrito: Este criterio se basa en el hecho de que tanto los principios como las reglas describen un comportamiento que se debe de adoptar. En este sentido, las reglas son normas *inmediatamente descriptivas*, pues establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante *la descripción de la conducta a ser adoptada*. Por su parte, los principios son normas *inmediatamente finalistas*, pues establecen *un estado de cosas* que requiere adoptar ciertos comportamientos para su realización.

Al ser normas jurídicas, tanto principios como reglas establecen un deber a cumplir. Pero por la manera de describir el comportamiento, los deberes mediano e inmediato son diferentes en cada tipo de norma. Así, el deber inmediato para los principios es la promoción del estado ideal de las cosas, mientras que para las reglas es la adopción de las conductas descritas. Y el deber mediano para las reglas es adoptar la conducta necesaria para lograr el estado ideal de las cosas, y el de las reglas es mantener la fidelidad a la finalidad subyacente y a los principios superiores que reportan a la regla.

2. Criterio de la naturaleza de la justificación exigida: Este criterio se refiere a las exigencias de argumentación que impone cada tipo de norma. La aplicación de las reglas requieren evaluar la correspondencia entre la construcción de los hechos y la construcción de la norma y de la finalidad que le da soporte. En cambio, la aplicación de los principios exigen evaluar la correlación entre las consecuencias de la conducta considerada necesaria y la realización del estado de cosas puesto como fin.
3. Criterio de la medida de contribución a la decisión: Este criterio se refiere a la pretensión que tiene la norma de aportar a la decisión sobre el caso concreto. Los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminarmente parciales, en la medida en que, además de comprender sólo parte de los aspectos relevantes para una toma de decisión, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino de contribuir, junto a otras razones, a la toma de decisión.

Estos criterios de diferenciación conducen a Ávila a establecer las siguientes definiciones de principios y reglas:

Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.<sup>9</sup>

Las principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción.<sup>10</sup>

Aunque con diferencias, la posición de Alexy y Ávila son cercanas en el sentido de que comprenden los principios como mandatos a construir o realizar un estado deseado. Ya sea por considerarlos como mandatos de optimización o como normas inmediatamente finalistas. Siendo así, finalmente, es necesario un trabajo de interpretación y argumentación que posibilite la aplicación del principio, que sin duda es diferente al de la aplicación de la regla.

En cuanto a la construcción de los derechos fundamentales, Alexy se pregunta cuál es el mejor modelo, y analiza las ventajas y desventajas de construir las normas como principios o como reglas; para él, ésta es una cuestión importantísima, pues sin dicha distinción no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría completa acerca del papel que tienen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

A partir de ese supuesto, Alexy separa las formas de aplicación de los principios en tres modelos. El primer modelo sería el "puro de principios", donde las normas iusfundamentales serían principios y las reglas serían el resultado de ponderaciones. Sobre él, Alexy señala que sería "una 'ilusión' pensar que el problema de los límites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la Ley Fundamental". Al segundo le llama "modelo puro de reglas", donde las normas de derechos fundamentales deben estar libres de ponderación; en este caso se plantearían los derechos fundamentales en tres tipos: sin reserva alguna, con reserva simple y con reserva cualificada. Sobre este, en general, Alexy considera que puede en unos casos proteger poco y en otro

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>10</sup> *Ídem*.

demasiado el contenido de los derechos. El tercer modelo, al que se suscribe Alexy, es el mixto, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas. En este sentido, en la mayoría de las Constituciones de los Estados que se adscriben al neoconstitucionalismo encontramos el modelo mixto; es decir, una construcción de derechos fundamentales como principios tanto como reglas.<sup>11</sup> Creemos que, en general, en la Constitución mexicana, los derechos fundamentales están establecidos como reglas y como principios.

### 3. EL CONFLICTO NORMATIVO Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN

Una de las distinciones más defendidas entre reglas y principios tiene que ver, como ya mencionamos, con la solución de conflictos entre normas; es decir, cómo se resuelve el hecho de que dos normas jurídicas conducen a distintas soluciones. Ya comentamos que los principios, por lo general, no implican un conflicto en abstracto pero sí en concreto. Por ejemplo, nadie pensaría que el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida sean contradictorios; de hecho, en la mayoría de las Constituciones modernas y en varios tratados internacionales conviven sin problema alguno, siendo ambas normas jurídicas válidas. No obstante, puede suceder que en un caso concreto, un grupo religioso argumente que bajo la protección de su libertad religiosa puede realizar sacrificios de infantes, debido a que es un postulado de su fe y que el Estado no puede expedir norma alguna que se los prohíba ni ejercer persecución en contra de su práctica.<sup>12</sup> Pero, por otro lado, existe el derecho a la vida, lo que en el caso concreto significaría la obligación del Estado de expedir leyes que eviten la privación de la vida.<sup>13</sup> En efecto, nos encontramos con un conflicto de principios, pero solo en el caso concreto.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Cf. *Ibidem*, pp. 115-137.

<sup>12</sup> Pensemos, por ejemplo, en el Artículo 12.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: "Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias".

<sup>13</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 4.1, señala: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley..."

<sup>14</sup> Cabe señalar que este ejemplo nos sirve para profundizar en las razones que tienen los defensores de la tesis principialista en la construcción de derechos fundamentales. Si el derecho a la libertad religiosa fuera una regla (o solo una regla), entonces al conformar un mandato definitivo, de aplicación absoluta, el legislador no podría establecer norma alguna que impidiera las prácticas religiosas. Por lo tanto, el delito de infanticidio sería inconstitucional y violatorio del derecho a la libertad religiosa en contra del grupo religioso del ejemplo. No obstante, al constituirse como principio entra en conflicto con otros principios en casos concretos.

Para Alexy, el conflicto entre reglas es solucionado a través de dos opciones: introduciendo una cláusula de excepción a una de las reglas que supera el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Por lo tanto, la anulación de una de las reglas puede darse a través de postulados jurídicos como "ley posterior deroga ley anterior" o "ley especial deroga ley general". En cambio, cuando dos principios entran en conflicto, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero esto solo bajo circunstancias concretas. El principio que es aplicado es aquel que, en función del caso concreto, tiene mayor peso:

Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.<sup>15</sup>

Lo anterior tiene como supuesto que los Derechos Humanos —estructurados como principios— no son absolutos, pues, en lo general, admiten restricciones y son *derrotables* ante otros principios o Derechos Humanos. En este sentido, existen criterios por parte del Poder Judicial Federal en México, como el siguiente:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SUS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS. La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que contienen un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier afectación a éste resulta ilícita, y sólo en su periferia pueden establecerse las limitaciones y restricciones necesarias y justificadas, así como expandirse las condiciones de su ejercicio, partiendo de la base de que estos derechos no son absolutos y su ejercicio está sujeto a límites, más allá de los cuales, éste resulta ilegítimo. En estas condiciones, la delimitación de ese núcleo intangible debe ser a partir de la subsistencia del derecho a la libertad y la posibilidad de ejercerlo; esto es, de un efectivo disfrute, de forma tal que los límites internos son aquellos que emergen al momento de definir los alcances del objeto concretamente protegido por cada derecho fundamental, es decir, sirven para definir el contenido del derecho, intrínseco a la propia definición y alcance del bien y fin tutelado, por lo cual cualquier supuesto que desborde esas fronteras es otra realidad carente de protección. Por otro lado, es posible delimitar el campo de acción a partir de las restricciones externas, al existir otros derechos, fines o bienes constitucionales que también merecen tutela y eficacia; única razón susceptible de generar la limitación, que alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y la

<sup>15</sup> ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 89.

protección real que ofrecen en los casos concretos, una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses, que pueden apuntar en direcciones distintas e, incluso, opuestas a las que derivan de su contenido normativo.<sup>16</sup>

Las restricciones a los derechos fundamentales se encuentran en la propia Constitución, ya sea que en su mismo texto se enumeren los principios por los cuales otro principio es “derrotable” (restricciones constitucionales directas) o bien que expresamente el constituyente haya delegado al legislador ordinario la tarea de restringir el derecho (restricciones constitucionales indirectas).<sup>17</sup> Pero también sucede que el legislador ordinario expida una ley que restrinja un derecho humano en razón de cumplir otro derecho humano.

Si bien los Derechos Humanos no son absolutos y admiten restricciones, éstas no pueden ser discrecionales por parte del legislador, pues tiene la obligación de argumentar razones para limitarlos. El legislador debe demostrar que su acción establece una regla que está en función de cumplir un principio que tiene mayor peso que el principio restringido. Pero también pueden darse los *casos difíciles* en controversias judiciales, donde dos principios que contienen Derechos Humanos colisionen.

Ante dichas situaciones, tanto el legislador como el juzgador deben atender a un *test* de razonabilidad. La determinación del principio con mayor peso específico se realiza, siguiendo a Alexy, a través del juicio de ponderación. Al respecto, señala Marco Aurelio González:

Alexy comienza enunciando las condiciones limitadoras de una argumentación jurídica; a saber: la sujeción a la ley y la consideración a los precedentes, a la dogmática y a las reglas del ordenamiento procesal. Estas condiciones limitadoras logran excluir algunos enunciados posibles e incluir o determinar las posibles soluciones. A partir de este escenario, entiende que la discusión ponderativa que sigue debe entenderse como una tópica que consiste en dotar de razón a las concepciones valorativas a través de una argumentación coherente, que al momento de reconocer la libertad de ideas, garantice la racionalidad de las mismas.<sup>18</sup>

El juicio de ponderación tiene su fundamento en el *principio de proporcionalidad*, que se le ha catalogado como un *metaprincipio* del ordenamiento

<sup>16</sup> Época: Décima Época. Registro: 2003269. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.4o.A.17 K (10a.). Página: 2110. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 257/2012. Ruth Corona Muñoz. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

<sup>17</sup> Cf. ROBERT, Alexy, *op. cit.*, p. 273.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, p. 35.

jurídico, es decir, un principio último al que deben atender las restricciones de los Derechos Humanos y que es un medio óptimo para resolver los conflictos.<sup>19</sup> A su vez, este principio contiene tres subprincipios, que son: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El *subprincipio de adecuación* consiste en determinar si la medida es idónea para promover el principio o derecho que se busca satisfacer; es decir, se debe demostrar que esa medida que imponga el legislador, el juez o el ejecutivo verdaderamente sirve para proteger un derecho o principio. Por lo tanto, solo se puede afectar un determinado principio cuando la medida promueva a la vez otro principio. El juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, el sacrificio o la lesión de un derecho fundamental cumplen estas exigencias, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad.<sup>20</sup>

El *subprincipio de necesidad* consiste en que entre las diversas opciones que pueden existir para satisfacer un principio, se debe elegir la que afecte en la menor medida al otro principio. Este subprincipio está condicionado al de idoneidad, es decir, presume la existencia de varios medios entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un camino idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será necesario debido a que no habrá elección posible.<sup>21</sup>

Por último, una vez que se verifica que la medida es idónea y necesaria, se requiere demostrar su proporcionalidad. Para esto, el *subprincipio de proporcionalidad* en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación, que se compone principalmente por la ley de la ponderación y la fórmula del peso.

Alexy enuncia la **ley de ponderación** de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>22</sup> En efecto, la ponderación consiste en tres escalones: a) Determinar el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios; b) determinar la importancia

<sup>19</sup> Cf. Tesis: 1a. CCCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, Septiembre de 2014, p. 590. Rubro: PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.

<sup>20</sup> Cf. CASTILLO, Luis, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, p. 305.

<sup>21</sup> Cf. FERNÁNDEZ, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, p. 359.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 30.

de la satisfacción del principio contrario; *c*) determinar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

La **fórmula del peso** es propuesta por Alexy para demostrar la racionalidad que existe dentro del juicio de ponderación, con tres variables: 1. el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2. el peso abstracto de los principios relevantes; 3. la seguridad de las apreciaciones empíricas.<sup>23</sup> La establece de la siguiente manera:

$$Gi.j = \frac{Ii.Gi.Si}{Ij.Gj.Sj}$$

Donde *I* es el grado de intromisión o cumplimiento de los principios *i* y *j*; *G* es el peso abstracto de los principios en colisión; y *S* es el grado de seguridad de que empíricamente se lleve a cabo la afectación y el cumplimiento. El cociente de la fórmula resolvería el conflicto, es decir, señalaría si la satisfacción del principio *j* es mayor que la afectación al principio *i*.<sup>24</sup>

Alexy reconoce que en la interpretación y argumentación jurídicas y, en especial en la de carácter constitucional, no se utilizan números y que estos son necesarios para obtener un resultado en la fórmula propuesta. Sin embargo, para él, “la respuesta a esta objeción puede comenzar con la observación de que las fórmulas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica, sin embargo, esto no cambia que ellas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas”.<sup>25</sup> En efecto, se puede usar para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso. Es decir, que para referirse a los grados de interferencia (afectación o cumplimiento) en los principios se utiliza tres valores: leve (*l*), medio (*m*) y grave (*s*). Lo que toma importancia es la forma en que se puede justificar los grados de interferencia, es decir, por qué se dice que la interferencia de un principio es medianamente grave, ligeramente mediana o medianamente media. Esta manera de justificar las oraciones sobre la intensidad es, sin embargo, un presupuesto de la racionalidad de la ponderación. Para hacer aún más fácil la aplicación, Alexy adjudica un valor numérico para representar cada uno de

<sup>23</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 30.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 33

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 34.

los grados de interferencia antes mencionados: leve = 1 (20), medio = 2 (21) y grave = 4 (22). En la fórmula del peso las premisas se representan a través de cantidades numéricas, que se apoyan en juicios.

De lo anterior se concluye que las vulneraciones leves de un derecho fundamental (con valor 1) ceden ante la protección media y grave de otro derecho fundamental (con valores 2 ó 4); las vulneraciones medias de un derecho fundamental (con valor 2) ceden ante las protecciones graves (con valor 4). Al contrario, las vulneraciones graves y medias de derechos fundamentales (con valor 4 y 2) no ceden ante protecciones leves de otro derecho fundamental (con valor 1), y las vulneraciones graves (con valor 4) no ceden ante protecciones medias (con valor 2). Con lo cual nos quedan tres casos de empate, que según Alexy el legislador goza de cierta discreción para afectar uno u otro derecho; es decir, que en caso de empate, las restricciones establecidas por la ley al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Con esta fórmula del peso, Alexy busca demostrar que la ponderación es una forma de argumentación del discurso jurídico racional, y explica:

Como un esquema de interferencial expresado por la fórmula del peso, la ponderación es una estructura formal, que como tal no contiene sustancia alguna. La aplicación de la fórmula del peso requiere, sin embargo, que el contenido —explicado por juicios sobre la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas— sea puesto en las variables de la fórmula del peso. Por esta razón uno puede decir que la ponderación es procedualmente sustantiva.<sup>26</sup>

Cabe insistir que Alexy pretende, con esta fórmula, demostrar que la ponderación es un juicio racional. Pero por la naturaleza interpretativa y argumentativa del derecho, la fórmula es solo una propuesta que requiere de justificación para los valores dados, tomando en cuenta que sólo se puede justificar aquello que se puede comprender. Es decir, la representación matemática de la fórmula es una herramienta del Derecho, que no se aplica como si fuera de una ciencia exacta, pues no buscan soluciones precisas o unívocas, sino que es una ayuda a encontrar la mejor solución a casos concretos. Pero los valores no surgen directamente de los hechos, sino que será mediante el uso de argumentos que se podrá justificar cada uno de los valores dados en fórmula.

Ahora bien, ¿la racionalidad de la ponderación queda demostrada totalmente con la fórmula del peso? Es decir, en un caso concreto, ¿basta con una interpretación y una argumentación que dotan de valores a la fórmula para

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 37, cita 40.

hacer correctamente una ponderación de derechos? En este punto, han existido diversas objeciones a Alexy, considerando que el juicio de ponderación no se agota con la fórmula del peso. Veamos una de estas críticas y cómo se han ido construyendo otros modelos de ponderación.

#### 4. EL JUICIO DE PONDERACIÓN:

##### ¿GENERALIDAD O PARTICULARISMO?

La aplicabilidad de los derechos fundamentales, sobre todo en el caso de la ponderación, ha implicado una discusión sobre la generalidad de la ley y, por lo tanto, sobre el cumplimiento de la seguridad jurídica o principio de legalidad. En efecto, si la ponderación en casos concretos es siempre *ad hoc*, esto conlleva que una sola característica peculiar del caso puede ser la justificación para dar una solución totalmente distinta de aquella que se dio a un caso anterior.<sup>27</sup> Al respecto, señala José Juan Moreso:

De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.<sup>28</sup>

En otras palabras, la jurisprudencia deja de ser un elemento importante en el sistema jurídico, y su pretensión de establecer criterios para unificar en lo posible los criterios judiciales dejaría de existir. El Derecho no sería un sistema general de toma de decisiones para solucionar conflictos, sino que se vuelve un sistema de toma de decisiones particularistas.

Esto nos regresa a lo comentado en líneas anteriores sobre los modelos de construcción de los derechos fundamentales. Un sistema basado en reglas aseguraría ser generalista, pues al ser mandatos definitivos no habría necesidad de ponderar y, por lo tanto, bastaría con la construcción conceptual del hecho para subsumirlo al supuesto normativo. Los precedentes judiciales tendrían la función de unificar los criterios de interpretación y comprensión de los hechos, pero es claro que no habría una acción judicial más profunda,

<sup>27</sup> Cf. PULIDO, Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 188-189.

<sup>28</sup> MORESO, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación" en *Derechos sociales y ponderación*, p. 234.

que pudiera ser creadora de normas o de derecho. En cambio, un sistema basado en principios conduciría a un sistema particularista, donde cada caso podría ser resuelto de modo totalmente diferente a los anteriores, pues bastaría encontrar una sola diferencia para construir un juicio de ponderación distinto. Los precedentes judiciales perderían su función de armonizar la tarea judicial, pues se daría pie a un activismo judicial tan amplio que los jueces se vuelven auténticos legisladores para cada caso en concreto.

Lo anterior nos llevaría a asumir una de dos posiciones: Considerar que la única manera de asegurar la generalidad del sistema jurídico es el uso de reglas y del juicio de subsunción, excluyendo la formulación y uso de principios y el juicio de ponderación; o considerar que el juicio de ponderación y el uso de principios no puede ser sometido a un control racional, dando pie al equivocismo. No obstante, desde otros modelos de ponderación, podemos completar la propuesta de Alexy, evitando caer en el particularismo, sin sacrificar el reconocimiento de las diferencias en los casos concretos.

#### 5. LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA PONDERACIÓN EN MÉXICO

En función de lo expuesto en páginas anteriores, en esta sección delinearemos algunos comentarios críticos como la manera en que se han aplicado los derechos fundamentales en la judicatura mexicana. Tomaré algunos ejemplos, que nos ayuden a ejemplificar la función del Poder Judicial. Para este fin, nos valdremos de autores críticos a Alexy que han propuesto otros modelos de ponderación.<sup>29</sup>

Partiremos de las definiciones de reglas y principios dadas por Humberto Ávila, comentadas en párrafos anteriores. En ellas, uno de los elementos diferenciadores se refería a la manera en que la norma jurídica establece la conducta debida. Los principios, señalamos, son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción. En efecto, la tarea de aplicación de los principios, a través de un juicio de ponderación, no es sólo determinar cuál principio tiene más peso —cuál principio debe ceder

<sup>29</sup> Principalmente seguiremos a MORESO, José Juan, *op. cit.* ÁVILA, Humberto, *op. cit.* MARTÍNEZ ZORRILLA David "Los conflictos entre principios y la ponderación", en *Metodología jurídica y argumentación*, pp. 129-179.

ante otro—, sino también lograr *especificar* para un caso concreto la conducta debida que logre el fin establecido en el principio. Es decir, una tarea de la ponderación es lograr que los principios sean especificados a través de *nuevas* reglas que establezcan descriptivamente la conducta debida. Por supuesto, se trataría de una conducta debida en función de su correspondencia con el logro de la finalidad establecida en el principio, y que corresponde a las características del caso concreto. No obstante, esta tarea de *especificar* generaría un conjunto de *nuevas* reglas que podrán no solo resolver el caso en concreto, sino todos aquellos que guarden *semejanza*.

Veamos cómo, un modelo así de ponderación, pondría ser útil para analizar algunas resoluciones del Poder Judicial Federal, para lo cual tomaremos dos ejemplos. En el primero, más antiguo (1996), la resolución no desarrolló un juicio de ponderación y, por lo tanto, aplicó el derecho fundamental como regla a través de una subsunción; por lo tanto, revisaremos cómo podría haber resuelto la SCJN a través de la ponderación y las ventajas de ello. En el segundo ejemplo, la resolución se basa en la ponderación, pero en los argumentos del Tribunal se echa de menos algunos elementos para construir una argumentación completa y sólida.

### 5.1. De la subsunción de reglas...

Recordemos el caso del inicio del programa “Hoy-no-circula” en la Ciudad de México. Como se sabe, este programa impide la circulación un día de la semana a los automóviles. En su momento, se recurrió al amparo, bajo el argumento que el programa violaba el Artículo 11 de la Constitución que establece el derecho de libertad de tránsito. Este artículo señala que “todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes”, y las limitaciones a que se refiere son las establecidas por la autoridad judicial en casos de responsabilidad criminal o civil, y por la autoridad administrativa en casos de emigración, inmigración y salubridad. El texto constitucional bien puede ser considerado un principio, pues describe un estado ideal, una finalidad que lograr o, en términos de Alexy, es un mandato de optimización. En este sentido, una pregunta para el amparo podría ser: ¿La conducta establecida en el reglamento de la Ley ecológica es o no acorde a tal finalidad? Es decir, ¿impedir el uso por un día del vehículo es contrario a la finalidad establecida en el derecho de libertad de tránsito?

Ahora bien, el asunto fue resuelto por la SCJN de la siguiente manera:

VEHICULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTICULOS 7o., FRACCION VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLOGICA PARA LA PREVENCION Y CONTROL DE LA CONTAMINACION GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTICULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO. Los ordenamientos legales invocados no vulneran la garantía de libre tránsito contenida en el Artículo 11 constitucional, pues aun cuando establecen restricciones a la circulación de vehículos automotores en el Distrito Federal y su zona conurbada, ello no implica que se esté coartando al gobernado la posibilidad de transitar libremente por el territorio nacional, incluyendo el área especificada, habida cuenta que la garantía individual que consagra la norma constitucional supracitada no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía del libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo.<sup>30</sup>

En este caso, la SCJN no reparó en la diferencia entre las normas constitucionales que son principios y las que son reglas,<sup>31</sup> y su trabajo como intérprete del Artículo 11 constitucional fue construir la norma como regla. Así, su manera de resolver el amparo fue a través de la subsunción y utilizó técnicas clásicas de interpretación: interpreta el supuesto normativo de la regla, para luego realizar el silogismo donde la premisa inferior es el contenido del reglamento de la Ley ecológica. Es decir:

**Premisa mayor:** Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. [Acto de interpretación: “Todo hombre” se refiere a la persona física y no incluye vehículos automotores].

<sup>30</sup> Época: Novena Época. Registro: 200219. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo III, Febrero de 1996. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: P. V/96. Página: 173. Amparo en revisión 4512/90. Gilberto Luna Hernández. 14 de noviembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba. El pleno aprobó, con el número V/1996 la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia.

<sup>31</sup> Cabe señalar que la jurisprudencia es de 1996. De entonces a la fecha, tanto el marco de interpretación que ofrece la Constitución mexicana, como los modos de argumentación del Poder Judicial Federal, han cambiado. Tomamos el caso porque constituye un buen ejemplo para ilustrar nuestra propuesta y porque muestra con claridad el cambio en la forma de argumentar, como veremos más adelante.

**Premisa menor:** El reglamento de la Ley ecológica restringe el tránsito a vehículos, no a personas físicas.

**Conclusión:** El reglamento de la Ley ecológica no viola la libertad de tránsito.

Este ejemplo nos ilustra una de las razones, comentadas anteriormente, por las que Robert Alexy considera necesario que el modelo de construcción de derechos fundamentales en las constituciones sea mixto. La SCJN pudo optar por un juicio de ponderación para resolver este amparo, lo que le hubiera posibilitado llegar a la misma conclusión pero con el respaldo de una argumentación más sólida y construyendo un mejor precedente judicial.

Tomemos en cuenta que al establecer jurisprudencia al respecto, la SCJN señaló una restricción general a la libertad de tránsito: esta libertad no incluye el vehículo en que se mueve la persona. Pero, desgraciadamente, se trata de una restricción que fue construida *ad hoc* para el caso concreto, sin tomar en cuenta las circunstancias de otros casos. Por ejemplo, si un Estado de la República estableciera en su Ley de Tránsito la restricción de que ningún automóvil puede salir de la ciudad si no muestra una autorización especial de la Secretaría de Gobierno, entonces no se estaría violando la libertad de tránsito, pues ésta no protege el vehículo sino solo a las personas. Entonces se podría llegar a la situación, si la Secretaría de Gobierno negara los permisos, de vivir en un cerco de facto pues si una persona deseara salir de la ciudad tendría que hacerlo a pie. Es obvio que esto dejaría irreconocible el contenido de la libertad de tránsito, pues en los hechos se está imposibilitando que una persona se mueva, por ejemplo, de San Luis Potosí a Aguascalientes.

El otro camino para resolver el asunto sería construir la norma jurídica como principio, y establecer el conflicto con otro principio. Así se tendría una colisión entre el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a un medio ambiente sano. Siguiendo el esquema de Alexy, se tendría que establecer en el juicio de ponderación, por lo menos, el grado de interferencia a cada principio, y se debería argumentar que la satisfacción al derecho al medio ambiente sano es mayor que la restricción a la libertad de tránsito. De alguna forma se tendría que demostrar, por ejemplo, que el grado de satisfacción al derecho al medio sano es media o grave (valor de 2 ó 4) y que la restricción a la libertad de tránsito es leve (valor de 1). No obstante, como ya dijimos, esta ponderación sería totalmente particularista y no aportaría a los precedentes judiciales, ni a un sistema con pretensión de decisión general.

Ahora bien, el otro camino para realizar la ponderación sería buscar especificar las conductas que son debidas al estado ideal establecido como finalidad en el principio y, desde ahí, generar las reglas necesarias. Es decir, conside-

rar la ponderación como “la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios —pautas con las condiciones de aplicación abiertas—, a reglas —pautas con las condiciones de aplicación clausuradas— con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado”.<sup>32</sup> Veamos en qué consistiría, siguiendo el mismo ejemplo.

La primera etapa de la ponderación sería delimitar el problema normativo o, en otras palabras, el universo del discurso. De todas las acciones que podrían abarcar el asunto, se reduciría a un conjunto. En el ejemplo, el *universo del discurso* podría ser: las acciones de la administración pública sobre la protección **al medio ambiente** que afectan el tránsito de vehículos. Por supuesto que esta decisión tiene que estar justificada a través de una argumentación, pues el intérprete podría establecer otro universo del discurso, por ejemplo, “las acciones de la administración pública sobre la protección **a la salud** que afectan el tránsito de vehículos”.

La segunda etapa consistiría en identificar las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Es decir, los derechos fundamentales o los bienes jurídicamente protegidos en la Constitución. Es obvio que en nuestro ejemplo estaríamos hablando de los principios de libertad de tránsito y derecho a un ambiente sano. Pero, además de esta identificación, es importante cambiar *los fines vagos por el fin específico* de los principios. Es decir, se requiere argumentar que el fin general establecido por el principio, significa un fin específico en el caso concreto. Por ejemplo, se tendría que argumentar que el derecho al medio ambiente sano, que como fin general significa que toda persona debe disfrutar de un ambiente adecuado, tiene como un fin específico la protección de la calidad del aire que se respira. En otras palabras, de la obligación general del Estado a cuidar el ambiente, se especificaría a la obligación de cuidar la calidad del aire. Por otro lado, se tendría que demostrar —al contrario como lo hizo la SCJN— que la obligación del Estado de respetar la libertad de tránsito de “todo hombre”, incluye la obligación de respetar el medio en que se transporta.<sup>33</sup>

Las siguientes etapas están estrechamente ligadas entre sí; si las presentamos en un orden es por razones de exposición, pero caminan en cierta forma

<sup>32</sup> MORESO, José Juan, *op. cit.*, pp. 237-238.

<sup>33</sup> Para hacer esta tarea, por ejemplo, Humberto Ávila recomienda: “(a) leer la Constitución Federal, con especial atención en las disposiciones relacionadas con el principio objeto de análisis; (b) relacionar las disposiciones en función de los principios fundamentales; (c) intentar disminuir la vaguedad de los fines mediante el análisis de las normas constitucionales que pueda, de forma directa o indirecta, restringir el ámbito de aplicación el principio” (ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 82).

de manera paralela para lograr el fin principal: "sustituir el fin vago por conductas necesarias para su realización".<sup>34</sup>

En la tercera etapa, se determinarían casos paradigmáticos que puedan colaborar con la aclaración de las condiciones que componen el estado ideal de cosas que han de buscar los comportamientos necesarios para su realización. Pueden ser casos reales o hipotéticos que refieran el ámbito normativo establecido en las etapas anteriores. Aquí es donde la ponderación estaría recuperando los precedentes judiciales, evitando caer en una decisión particularista que ignorara la jurisprudencia. Por ejemplo, se podrían revisar jurisprudencias sobre otras políticas públicas en materia ambiental o maneras en que se trató las limitaciones de la libertad de tránsito en otros asuntos.

En un cuarto momento, se establecerían las *propiedades relevantes* del universo del discurso. En otras palabras: en función de las otras etapas, ¿cuáles serían las características que se vuelven relevantes para comprender los fines propuestos por los principios en conflicto? ¿Cuáles serían las propiedades relevantes para especificar las conductas necesarias cuyos efectos son coherentes con los fines señalados? Además, esta etapa también consistiría en verificar la existencia de criterios capaces de posibilitar la delimitación de los bienes jurídicos que componen el estado ideal de cosas y de los comportamientos considerados necesarios para su realización.

En el ejemplo que nos ocupa, sin profundizar por razones de espacio, podríamos, por lo menos, establecer las siguientes *propiedades relevantes*:

- a) Temporalidad de la restricción de uso del vehículo.
- b) Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo.
- c) Situación del tráfico en el área a imponer la restricción.

Por supuesto que se podrían establecer más propiedades relevantes, pero probablemente muchas de ellas no corresponderían al universo del discurso establecido previamente. Por ejemplo, tomar en cuenta el uso o tipo del transporte, pues podría ser para personas con discapacidad, para servicio público o para servicio escolar, con lo que se pondrían en juego otros principios constitucionales (no-discriminación, derecho a la movilidad y derecho a la educación, respectivamente).

La sexta etapa, tal vez una de las centrales, consistiría en la formulación de las reglas que resolverían todos los casos semejantes. Se establecerían las reglas para resolver casos que son semejantes entre sí debido a participar en

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto, *idem*.

el mismo universo del discurso y que le son aplicables los mismos principios, pero que entre ellos guardan diferencia.

En esta etapa es cuando el modelo de Alexy entra en función, pues los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad se utilizarían en la formulación de las reglas. Así, en nuestro ejemplo, la idoneidad y la necesidad de la medida del "hoy no circula" estarían presentes en la formulación de las reglas a partir de las tres propiedades relevantes que establecimos: Para proteger la calidad del aire, ¿es idóneo que los vehículos dejen de transitar un día? ¿A cuáles vehículos es necesario limitar su tránsito para cuidar la calidad del aire? Según la ciudad de que se trata, ¿no existirían otras medidas menos lesivas a la libertad de tránsito que logran proteger igualmente la calidad del aire? ¿La medida es necesario aplicarla de la misma manera todos los días y épocas del año? También funcionaría el subprincipio de proporcionalidad y la fórmula del peso: ¿Cuánto tiempo podría durar la restricción a la circulación del automóvil para que su afectación sea menor que el grado de satisfacción de la protección de la calidad del aire? La respuesta a estas preguntas constituiría parte de la argumentación necesaria para la construcción de las reglas.

Sin ahondar a profundidad, veamos las reglas que se generarían, considerando las tres propiedades relevantes: T = Temporalidad de la restricción; R = Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo; S = Situación del tráfico. En efecto, se podrían establecer los siguientes criterios:

- T = Una suspensión de más de 48 horas a la semana, sería improporcionada y dejaría irreconocible el contenido del derecho fundamental de libertad de tránsito. Pero una suspensión de 48 horas o menos a la semana, en función de una medida idónea y necesaria, no violaría el derecho de tránsito.
- R = Sólo los automóviles cuya emisión de gases impacten significativamente en la calidad del aire, es idónea y necesaria su restricción.
- S = En los días, épocas del año o en ciudades donde el parque vehicular o la densidad del tráfico es significativo en el impacto de la calidad del aire, la satisfacción al cuidado del medio ambiente tendría más peso que la restricción a la libertad de tránsito.

Siguiendo estos criterios, que por supuesto deberán estar debidamente argumentados y sustentados en interacción con las otras etapas, tendríamos las siguientes combinaciones:

Caso	T	R	S	R1	R2	R3
1	*	*	*			DAS > DLT
2	*	*	X		DLT > DAS	
3	*	X	*		DLT > DAS	
4	*	X	X		DLT > DAS	
5	X	*	*	DLT > DAS		
6	X	*	X	DLT > DAS		
7	X	X	*	DLT > DAS		
8	X	X	X	DLT > DAS		

DAS = Derecho a un ambiente sano; DLT = Derecho de libertad de tránsito

De lo cual se formulan las siguientes reglas:

R1 = El Derecho a la libertad de tránsito prevalece sobre el Derecho al ambiente sano si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo no es proporcional (48 horas a la semana como máximo).

R2 = El Derecho a la libertad de tránsito prevalece sobre el Derecho al ambiente sano si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo es proporcional, la generación de gases del vehículo no impacta significativamente con la calidad del aire o la situación del tráfico, según la época, el día o la ciudad, no tiene gran impacto en la calidad del aire.

R3 = El Derecho al medio ambiente sano prevalece si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo es proporcional, la generación de gases del vehículo impacta significativamente con la calidad del aire y la situación del tráfico, según la época, el día o la ciudad, tiene gran impacto en la calidad del aire.

Como vemos, aunque partimos de un caso concreto, la racionalidad que sustenta la ponderación posibilita establecer las reglas para resolver los casos semejantes, que comparten las mismas propiedades relevantes. Esto posibilita que la ponderación no sea simplemente un sistema particularista de resolución de colisiones de derechos, sino que tendría la pretensión de ge-

neralidad sin caer en la univocidad. En función de la tabla anterior, la SCJN pudo haber resuelto la constitucionalidad del "Hoy no circula" aplicando la regla R3, pues el caso que analiza es el "1". Esto sin la necesidad de señalar que el automóvil no está protegido por la libertad de tránsito.

Una última etapa consistiría en analizar otros casos que deberían o podrían decidirse con base en los resultados de la misma ponderación. Así, por ejemplo, a partir de las reglas generadas, podríamos resolver casos semejantes:

- El caso "3" sería, por ejemplo, la aplicación de un programa "Hoy no circula" que se aplicara en una ciudad con alto parque vehicular, pero que pretendiera restringir la circulación de vehículos eléctricos o de bicicletas. En efecto, se aplicaría la regla R2 y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.
- El caso "5" sería, por ejemplo, la aplicación del "Hoy no circula" en la Ciudad de México, pero con una restricción temporal desproporcionada, donde se prohibiera la circulación durante tres días por semana. Por lo tanto, se aplicaría la regla R1 y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.
- El caso "2" sería, por ejemplo, la aplicación del "Hoy no circula" en la Ciudad de México, los días domingo, cuando la carga del tráfico no impacta en la calidad del aire. Por lo tanto, se aplicaría la regla R2 y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.

Una ponderación de este tipo posibilita no solo resolver el caso individual en disputa, sino también todos aquellos otros que comparta las mismas propiedades relevantes, pero considerando sus propias características. Esto contribuye a la generación de una jurisprudencia sólida y también a la seguridad jurídica.

Sin embargo, hay que tener cuidado de no ver en la ponderación una construcción universalista y unívoca de la aplicación de principios. Es necesario siempre estar alerta a las circunstancias particulares de un caso que pudieran generar una respuesta distinta y más justa. Por ejemplo, estar atentos a la delimitación del universo del discurso o a las propiedades relevantes que podrían marcar la diferencia en cada caso.

## 5.2. ...A la ponderación

Una revisión de la jurisprudencia del Poder Judicial Federal de México nos muestra que la teoría principialista incursionó en la aplicación de los derechos fundamentales, antes de la reforma en materia de Derechos Humanos de junio de 2011. A diferencia de la jurisprudencia analizada en el apartado anterior, donde se desconoció la ponderación, a partir del año 2008 encontramos una cantidad considerable de tesis aisladas y jurisprudenciales —algunas que hemos referido anteriormente— que hacen referencia a elementos que hemos analizado en este artículo. A continuación mencionaremos algunos criterios que incorporan elementos de la teoría principialista y del juicio de ponderación, para después analizar una resolución reciente que tiene conexión con la comentada en el apartado anterior.

### 5.2.1. La teoría principialista en los criterios del PJJ

El Pleno de la SCJN ha reconocido la existencia de reglas y principios, a la par de considerar que los derechos fundamentales no son ilimitados y que pueden entrar en conflicto en casos concretos, en el siguiente tenor:

...su estructura normativa típica [de los derechos fundamentales] no es la propia de las reglas —normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos— sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas.<sup>35</sup>

Diversas tesis del PJJ han señalado que los derechos fundamentales tienden a colisionar, a entrar en conflicto, y que son susceptibles de limitaciones o restricciones. Así, por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN afirmó que “[d]ada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión

<sup>35</sup> Época: Novena Época. Registro: 161368. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, agosto de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XII/2011. Página: 23

porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación”.<sup>36</sup> Como se observa, se acepta que los derechos fundamentales no son mandatos definitivos o reglas, sino principios, ya que la labor interpretativa tiene que ver con especificar los criterios de aplicación de los derechos y de ahí su tendencia a colisionar entre sí.

El test o juicio de ponderación se menciona en diversas tesis como el método o uno de los métodos pertinentes para resolver los conflictos de principios y derechos.<sup>37</sup> Por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN señaló que “cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas.”<sup>38</sup> En esos criterios, aunque con descripciones distintas, se hace mención a los tres subprincipios de la estructura de la ponderación de Alexy. Así, la misma Primera Sala señala que las restricciones a los derechos fundamentales deben superar “un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática”. En otras palabras, esta tesis contiene los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En general, lo que se puede detectar en los últimos años es una tendencia del PJJ a asumir la ponderación como método para solucionar los conflictos entre derechos y principios (incluyendo fines y bienes constitucionalmente protegidos), siguiendo la estructura propuesta por Alexy. Por ejemplo, el Pleno de la SCJN ha señalado que “los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización”.<sup>39</sup> No obstante, en el análisis de las mismas y otras tesis, podemos encontrar también elementos que complementan el juicio de ponderación según Alexy con el modelo de ponderación que busca especificar las reglas que resuelven la colisión.

En cuanto al particularismo de que es acusada la ponderación —por lo menos en alguno de sus modelos— el Pleno de la SCJN ha señalado que la resolución de conflictos de derechos fundamentales que se da en casos concretos no parte de cero, sino que el sistema jurídico contiene un conjunto de reglas

<sup>36</sup> También pueden verse las tesis aisladas con los registros 161368, 162408, 160267 y 174338.

<sup>37</sup> Véanse las tesis con registros tesis aisladas 160267, 2003809, 2009625, 2003923, 2003330, 160744, 162084, 165344, 168069, 2004712 y 2003975.

<sup>38</sup> Época: Novena Época. Registro: 162408. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, abril de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XCVII/2010. p. 305

<sup>39</sup> Época: Novena Época. Registro: 161368. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, agosto de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XII/2011. p. 23.

y criterios previos. En efecto, la SCJN estaría apoyando una ponderación que vaya más allá del particularismo:

...en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de Derechos Humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes.<sup>40</sup>

Por otro lado, la Primera Sala ha señalado que ante un conflicto de derechos fundamentales, la tarea de la SCJN “consiste en precisar, a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de precedencia de las normas constitucionales en conflicto”. Es decir, estamos ante una afirmación que asume la ponderación como un proceso de especificación de reglas (condiciones) que permiten resolver el caso concreto pero también establecer criterios para solucionar casos semejantes.

Por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito, encontramos la siguiente afirmación en una tesis aislada, que es interesante en su parte final:

...el principio de proporcionalidad como instrumento de interpretación, sirve para hacer una ponderación sobre la idoneidad, fin legítimo y debida adecuación de la intervención estatal en los derechos fundamentales del gobernado. También supone una característica de necesidad e indispensabilidad de la intervención por una parte, al tiempo que de moderación por otra. En suma, la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad es la siguiente: 1) determinar la importancia del derecho fundamental y el fin judicial o legislativo que se le opone; 2) comparar la relevancia de ambos, es decir, las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél; y 3) **formular una regla de precedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin judicial o legislativo.**<sup>41</sup>

En el último paso de esta comprensión de la ponderación que hace un Tribunal Colegiado de Circuito, se encuentra la función creadora de reglas en el juicio de ponderación que hemos analizado en el apartado anterior. Es decir,

<sup>40</sup> *Ídem.*

<sup>41</sup> Época: Novena Época. Registro: 168824. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, septiembre de 2008. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.C.26 K. p: 1392

que la ponderación es un ejercicio argumentativo que conduce a la creación de nuevas reglas que resuelven el caso concreto y posibilita establecer criterios (reglas) para resolver otros casos semejantes.

### 5.2.2. La aplicación de la ponderación en casos

A continuación analizaremos una resolución que nos puede ilustrar cómo el PJF ha complejizado la aplicación de los derechos fundamentales. Se puede observar una transición que va de una mera aplicación de reglas a través de la subsunción (como en el caso del “hoy no circula” en la década de los 1990) a reconocer la estructura de los derechos como principios, establecer la posibilidad de colisiones entre ellos en casos concretos y resolver los conflictos a través del juicio de ponderación.

Analizaremos la jurisprudencia que, por reiteración, se estableció en Tribunales Colegiados de Circuito respecto al actual programa de verificación vehicular en la zona metropolitana de la Ciudad de México. La impugnación versaba en que el criterio para obtener el holograma “0” consistente en que el automóvil fuera de modelo 2006 o posterior, era violatorio del derecho de igualdad. La sentencia dio la razón al quejoso, en el siguiente sentido:

VERIFICACIÓN VEHICULAR OBLIGATORIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL NUMERAL 7.4.1. DEL PROGRAMA RELATIVO PARA EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2014, VIOLA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, AL PREVER UNA DISTINCIÓN INJUSTIFICADA ENTRE LOS PROPIETARIOS DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES, ATENDIENDO ÚNICAMENTE AL MODELO, CON INDEPENDENCIA DE SU NIVEL DE EMISIÓN DE CONTAMINANTES. Conforme al criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la jurisprudencia 2a./J. 42/2010, de rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA”, para que se considere constitucional una norma que establezca un trato distinto entre dos o más sujetos o grupos en igualdad de circunstancias, es necesario que se acredite que **la medida diferenciadora persigue una finalidad válida, para lo cual, además de ser constitucionalmente aceptable, debe ser adecuada para alcanzar el fin buscado y guardar una relación razonable con lo que se pretende obtener.** Por su parte, del numeral 7.4.1. del programa mencionado se advierte que sólo podrán obtener el holograma cero los automotores de uso particular modelos dos mil seis y posteriores, de lo que se deduce que dicha norma da un trato diferenciado a los propietarios de vehículos, atendiendo al modelo, pues a los que cuenten con uno dos mil cinco o anterior les está vedada la posibilidad de obtener el holograma cero, aun cuando sus emanaciones de contaminantes pudieran estar dentro del rango

establecido para acceder a éste. En consecuencia, no obstante que esta medida no está expresamente prohibida, lo cierto es que no es proporcional y, por tanto, no resulta adecuada para alcanzar el fin que se pretende, lo cual hace que la porción normativa indicada viole el Derecho constitucional de igualdad, en virtud de que, si la restricción de acceder a un determinado certificado de verificación y, por tanto, a circular diariamente, contenida en la norma reclamada, tiene como finalidad la protección al ambiente para evitar que circulen automóviles que emitan excesivas cantidades de contaminantes, lo objetivamente congruente con la naturaleza de esa medida es que el acceso al holograma cero dependa del nivel de contaminantes emitidos por cada automotor, obtenido como resultado de las pruebas que se le practiquen para ese efecto y no, como se establece en el programa en cita, atender exclusivamente a la antigüedad del vehículo que corresponda, al no ser un elemento apto y determinante para conocer el grado de afectación al ambiente que se genera con su circulación.<sup>42</sup>

Esta resolución es un ejemplo del uso del juicio de ponderación siguiendo la estructura propuesta por Alexy. Como se observa, el Tribunal estableció un conflicto de derechos o principios: el derecho a la igualdad y el derecho a un ambiente sano. A partir de esto, reconoce que existe una restricción al derecho a la igualdad y se deben de analizar tres cuestiones: a) Si la finalidad perseguida con el trato diferenciado debe ser constitucionalmente aceptable; b) Si la diferenciación advertida debe ser adecuada para el logro del fin buscado; c) Si la medida legislativa de que se trate es proporcional.<sup>43</sup> En otras palabras, son los tres subprincipios de la estructura de la ponderación de Alexy:

a) El *subprincipio de adecuación*: Se debe determinar si la diferenciación responde a un principio constitucional. En este caso, creemos que se cumple la adecuación, debido a que la diferenciación busca proteger el derecho a un ambiente sano. No obstante, el mismo Tribunal es equívoco al respecto, pues en la ejecutoria establece que “la restricción establecida en el programa de referencia no podría considerarse que su finalidad sea la de proteger el derecho de las personas a un ambiente sano, como sostiene la recurrente”.

El Tribunal no distingue con claridad los distintos subprincipios de la ponderación, pues el reconocer que una medida responde a una finalidad constitucional no significa que sea proporcional ni necesaria, solo

<sup>42</sup> Época: Décima Época. Registro: 2008895. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, abril de 2015, Tomo II.

Materia(s): Constitucional. Tesis: I.1o.A. J/8 (10a.). Página: 1642

<sup>43</sup> Cfr. Ejecutoria del AMPARO EN REVISIÓN 2/2015. Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal. 12 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: José de Jesús Alcaraz Orozco.

adecuada. En este caso, consideramos que la restricción sí responde a una finalidad constitucional;<sup>44</sup> otra cosa será revisar su necesidad y proporcionalidad.

b) El *subprincipio de necesidad*: Se determina si la medida que restringe el derecho a la igualdad es necesaria, es decir, que no hay otro medio para lograr el mismo fin. En este punto, el Tribunal decide que la medida no cumple el subprincipio de necesidad en los siguientes términos:

Aun cuando no se desconoce la facultad de la autoridad para emprender acciones para lograr la protección del ambiente y contribuir a una mejor calidad del aire, beneficiando la salud de las personas, lo cierto es que la restricción establecida en el programa de referencia no podría considerarse que su finalidad sea la de proteger el derecho de las personas a un ambiente sano, como sostiene la recurrente.

Lo anterior, en virtud de que la condicionante del modelo del vehículo para tener el derecho a obtener el holograma tipo cero es un aspecto que resulta ajeno al bien jurídico que se pretende tutelar con la disposición normativa —protección al medio ambiente—, puesto que no guarda relación lógica ni existe un nexo causal entre el modelo del vehículo y el grado de afectación al medio ambiente que se produce por la antigüedad del automotor.

Tal afirmación se corrobora con el hecho de que, aun cuando se considerara como válida la afirmación de la recurrente, en el sentido de que el transcurso del tiempo y el uso habitual de los vehículos tienden a originar que sufran desgaste en sus partes, lo cual, eventualmente, pudiera influir en el aumento en la emisión de contaminantes, lo cierto es que el modelo del vehículo no es un elemento que, por sí, sea apto para definir el grado de emisión de contaminantes del automotor.

Es decir, el modelo del vehículo, por sí, no es suficiente para determinar el grado de afectación al ambiente que se genera con su circulación, dado que eso dependerá de si sus niveles de emisiones de contaminantes se encuentran o no dentro de los parámetros legales permitidos.<sup>45</sup>

c) El *subprincipio de proporcionalidad*: En este caso, el Tribunal no profundiza y señala someramente que “una restricción para la circulación del vehículo por razón del modelo que no es proporcional y, por tanto, no resulta adecuada para alcanzar el fin que se pretende.

El Tribunal no parece profundizar sobre el subprincipio de proporcionalidad ni argumenta los grados de satisfacción ni afectación de los derechos en conflicto para aplicar la fórmula del peso. Es decir, su afirmación sobre la no proporcionalidad de la restricción no está debidamente argumentada, pero en

<sup>44</sup> De hecho, como se verá en la cita del próximo inciso, el Tribunal da cierta razón a la afirmación de la autoridad sobre que la antigüedad del automóvil influye en la cantidad de los gases que expide.

<sup>45</sup> Ejecutoria del AMPARO EN REVISIÓN 2/2015, *op. cit.*

realidad, según el esquema que asume, no es necesario pues el amparo procede, en realidad, por demostrar que la medida no es necesaria (y parece ser que tampoco idónea). La diferenciación en función del modelo de automóvil no es una medida necesaria, pues en sí misma no tiene una relación directa con el cuidado del ambiente, y bien puede ser sustituida por otra (como es la medición de los gases contaminantes).

En cuanto al modelo de ponderación de especificación, el Tribunal realiza algunos de sus elementos pero queda corto, en general, en su aplicación. En primer lugar, determina el *universo del discurso*: las acciones de la administración pública sobre la protección al medio ambiente que se aplica a través de diferencias que afectan el derecho a la igualdad. La segunda etapa también la encontramos, cuando de los *fines vagos* como cuidado al medio ambiente, el Tribunal reconoce que el cuidado de la calidad del aire es un *fin específico* del derecho al ambiente sano e igualmente establece que el derecho a la igualdad tiene como un *fin específico* evitar las distinciones legales que no tengan justificación. La tercera etapa también es abordada por el Tribunal, al tomar en cuenta tesis dadas por otros órganos judiciales que ayudan a resolver el caso. No obstante, no se ve con claridad que el Tribunal haya destacado los elementos relevantes del caso ni generado la o las reglas que resolverían este caso y los semejantes.

En cuanto a los elementos relevantes, podemos suponer que el Tribunal consideró que son: 1) El trato diferenciado establecido por el programa (D); y 2) los índices de los gases emitidos por el automóvil que impactan en la calidad del aire (I). Tomemos en cuenta que el programa realiza, en realidad, dos tipos de diferenciaciones, pues establece un par de requisitos para acceder al holograma "0":

7.4. Constancia de verificación tipo cero '0' (holograma '0'). Podrán obtener este tipo de holograma:

7.4.1. Los vehículos a gasolina cuyos niveles de emisión no sobrepasen 100 partes por millón (ppm) de hidrocarburos, 0.6% en volumen de monóxido de carbono, 1000 ppm de óxidos de nitrógeno y 0.6% en volumen de oxígeno, con un lambda no mayor a 1.05, en tanto que el resultado de la suma del monóxido de carbono y bióxido de carbono no deberá salirse del intervalo de 13 a 16.5% en volumen y que, además, cumplan con el siguiente requerimiento respecto a su modelo:

a) Vehículos de uso particular, de carga y transporte colectivo de pasajeros a gasolina año modelo 2006 y posteriores.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> *Ídem*.

La afectación al derecho a la igualdad se realiza a través de dos criterios: en razón de las características de los gases emitidos por el automóvil y debido al modelo del automóvil. Aunque no es el reclamo concreto en el amparo en cuestión, podría darse el caso en que otro quejoso, dueño de un automóvil que tuviera índices de emisión de gases superiores a los establecidos, argumentara un trato desigual porque se le restringe el uso de su automóvil de manera desigual que a otro ciudadano. Pensemos, por ejemplo, en el programa "Hoy no circula" cuando no establecía esta diferencia, y que todo automóvil, sin importar factor alguno, tenía que dejar de circular un día a la semana. Entonces no había ninguna afectación al derecho a la igualdad y, por lo tanto, no era un elemento relevante del universo del discurso. Si consideramos como un elemento relevante el criterio de diferenciación, se debería argumentar, primeramente, si la medida es discriminatoria o no.

En segundo lugar, el Tribunal considera que un elemento relevante son las características de los gases producidos por el automóvil, que se constituye en el factor principal de afectación a la calidad del aire. En la ejecutoria señala:

Lo cierto es que si la restricción de acceder a un determinado certificado de verificación y, por tanto, a circular diariamente, contenida en la norma reclamada, tiene como finalidad la protección al ambiente para evitar que circulen automotores que emitan excesivas cantidades de contaminantes, lo objetivamente congruente con la naturaleza de esa medida es que el acceso al holograma cero dependa del nivel de contaminantes emitidos por cada automóvil, obtenido como resultado de las pruebas que se practiquen a cada vehículo para ese efecto y no, como se establece en el programa en análisis, atender exclusivamente a la antigüedad del automotor que corresponda, al no ser un elemento apto y determinante para fijar el grado de afectación al ambiente que se genera con su circulación.<sup>47</sup>

Como se señaló anteriormente, el Tribunal analiza la relación que existe entre el año del modelo del coche y la contaminación que produce y concluye que las razones dadas por la autoridad son "insuficiente[s] para demostrar fehaciente y contundentemente de qué manera el modelo de los vehículos es determinante respecto del volumen de contaminantes que emiten, de suerte que la falta de valoración en la sentencia no le depara perjuicio".<sup>48</sup>

<sup>47</sup> *Ídem*.

<sup>48</sup> *Ídem*.

En efecto, con estos dos elementos relevantes, podríamos construir la siguiente tabla:

D = La diferenciación es discriminatoria.

I = Existe relación entre la cantidad de gases generados y el impacto en la calidad del aire.

Caso	D	I	R1	R2
1	*	*	DI > DAS	
2	*	X	DI > DAS	
3	X	*		DAS > DI
4	X	X	DI > DAS	

DAS =Derecho a un ambiente sano; DI = Derecho a la igualdad

A partir de estos, se pudieron generar diversas reglas; algunas de las cuales podrían ser:

R1 = El derecho a la igualdad prevalece sobre el derecho al medio ambiente sano cuando la medida de protección se basa en una diferenciación discriminatoria o la generación de gases del vehículo no impacta significativamente la calidad del aire.

R2 = El derecho al ambiente sano prevalece sobre el derecho a la igualdad cuando los índices de los gases emitidos por el automóvil impactan en la calidad del aire y no existe un criterio de diferenciación discriminatoria.

En nuestra opinión, el Tribunal generó y aplicó la R1 al considerar que la diferenciación no es discriminatoria, pero no asegura una relación directa entre la generación de gases por el vehículo y su impacto con la calidad del aire.

Ahora bien, como ya se comentó, este modelo de ponderación genera reglas para resolver asuntos semejantes. Así, por ejemplo, el criterio de diferenciación basado en los índices de gases reportados por el procedimiento de verificación del automóvil se le aplicaría la R2, y tendría prevalencia el derecho al medio ambiente sano sobre el derecho a la igualdad. En cambio, supongamos que en una ciudad con una contaminación tan grave, en el año 2019, el gobierno decide elevar los criterios de exigencia respecto de los gases emitidos por los automóviles, al grado que sólo aquéllos que incorporen

una tecnología generada en el año 2018 puede satisfacerlos, siempre y cuando se le dé el mantenimiento adecuado; en este contexto, la administración pública emite un programa donde sólo los automóviles con esta tecnología pueden aspirar al holograma "0". En este ejemplo aplicaríamos también la R2. La R1 se aplicaría frente reglamentos que consideraran que solo los automóviles de ciertas marcas, o aquellos cuyos dueños tuvieran ingresos superiores a 40 salarios mínimos, pudieran aspirar al holograma "0".

## 6. CONCLUSIÓN

En este artículo hemos delineado un acercamiento a la ponderación de derechos desde algunas corrientes del Neoconstitucionalismo y la Teoría principialista. Si comprendemos la ponderación como un proceso que concretiza los principios, entonces estamos ante el uso de una racionalidad que busca generar nuevas reglas. Éstas describen las conductas necesarias para el cumplimiento de los fines deseados. Así, la ponderación no solo resuelve el caso concreto que pone en conflicto ciertos principios o derechos, sino que tiene una pretensión de generalidad, al resolver otros casos semejantes, pero sin descuidar sus diferencias.

Al analizar algunas tesis generadas por el Poder Judicial Federal, concluimos que ha existido una evolución importante en cuanto a la aplicación de los derechos fundamentales, al incorporar varios elementos de la Teoría principialista y del modelo de ponderación propuesto principalmente por Robert Alexy. No obstante, todavía faltaría incorporar elementos de modelos más complejos de la ponderación que pudieran fortalecer la tarea judicial y la generación de precedentes.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

\_\_\_\_\_, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1992.

CASTILLO, Luis, "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad", en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Grández Pedro (Coords.), Lima, Palestra, 2010.

FERNÁNDEZ, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, Dykison, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Novum, México, 2011.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, "Los conflictos entre principios y la ponderación", en *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MORESO, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación" en *Derechos sociales y ponderación*, Robert Alexy, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

PULIDO, Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

SERPE, Alessandro, "Argumentando a partir de los Derechos Humanos. La ponderación en serio" en *Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Universidad del Zulia, Año 15, no. 51, 2010.

# ANÁLISIS DEL CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL VERACRUZANA, 1825-1917

Juan Pablo SALAZAR ANDREU\*

Fernando MÉNDEZ SÁNCHEZ\*\*

## INTRODUCCIÓN

Si bien el objeto de análisis de la presente investigación, tiene como delimitación temporal el periodo del México independiente al revolucionario, es menester realizar un breve repaso del contexto social, jurídico y político que antecedió al constitucionalismo veracruzano.

Poblado de manera inicial por culturas tales como la Olmeca, Totonaca y Huasteca, el territorio del actual Estado Libre y Soberano de Veracruz estaría regido acorde a los deseos y voluntades de sus gobernantes, así como por los usos y costumbres, en una suerte de Derecho consuetudinario.<sup>1</sup> Los Olmecas, principal cultura que se asentó en la región, era una sociedad estratificada que fue gobernada por sus sacerdotes y los por jefes militares. Debajo de estos se hallaban los grupos de albañiles, pintores, escultores y artesanos de todo género.<sup>2</sup>

\* Profesor de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Profesor de la Universidad Panamericana, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1, Presidente del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho, Miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Cronista de la Ciudad De Puebla.

\*\* Profesor de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Maestro en Derecho Económico, Candidato a Doctor en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

<sup>1</sup> MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, p. 13.

<sup>2</sup> CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, p. 3.

A la llegada de los conquistadores castellanos, Hernán Cortés estableció, en el que llegaría ser el puerto más importante del país, el primer Ayuntamiento de México. Fundar una ciudad era un acto jurídico, por el cual, en nombre del Rey, el capitán o, en este caso, la comunidad, llevaba a efecto la constitución de un municipio y la designación de las personas integrantes de su Ayuntamiento, con lo cual se conseguía el sustento jurídico para actuar en esas tierras con la representación regia.<sup>3</sup>

Ya en el periodo hispano, se presentaron características jurídicas únicas, que dieron lugar al denominado Derecho Indiano, mezcla del orden jurídico castellano, los usos y costumbres de los indígenas, así como las normas dictaminadas por Virreyes, Oidores y Alcaldes durante el periodo de los Austrias que duró de 1521 a 1700. Posteriormente, en la etapa de los Borbones (1700-1821), se presentará una centralización del poder, reflejo de las reformas impulsadas por el Visitador General, José de Gálvez, y el Rey, Carlos III, mediante las Ordenanzas de Intendentes y Reales Ejércitos de 1786.

Ya en 1812 se presentaría la Constitución Gaditana, que daría lugar a considerables movimientos político-sociales, resaltando el júbilo con el que sería acogida por la sociedad veracruzana, así como el hecho de que fue un factor determinante para detonar el movimiento de independencia de la Nueva España. Agustín de Iturbide presentó varios proyectos de Constitución, no obstante, Veracruz y el resto de las regiones mexicanas se rigieron hasta 1824 por la Constitución de Cádiz, así como por el Reglamento Provisional del Imperio Mexicano.

El Estado Libre y Soberano de Veracruz ha tenido cuatro Constituciones de corte federal, las de 1825, 1857, 1917 y 2000. En muchas ocasiones los Congresos, que adquirieron el carácter de Constituyentes, se contradijeron respecto a dicho carácter, toda vez que invocaban el concepto de reforma a la Constitución, fundamentándose para ello, en artículos relativos a modificaciones constitucionales. Por ello, se puede aseverar que los diputados veracruzanos, en la mayoría de las ocasiones, sólo modificaron el texto constitucional. Únicamente sólo en cuatro ocasiones crearon nueva Constitución. Ésta opinión coincide con la de la Dra. Aguirre Moreno, de la Universidad Veracruzana, quien también reconoce cuatro constituciones, sin atender a las modificaciones o reformas, tales como las de 1850, 1873, 1878, 1880 y 1882.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones de las Américas. Estudios de Derecho Indiano*, pp. 43-44.

<sup>4</sup> AGUIRRE MORENO, Judith, "Evolución del Derecho Constitucional Veracruzano" en *Derecho Constitucional Estatal*, pp. 449-457.

De manera parcialmente distinta opina Fidel Herrera Beltrán, quien asevera que Veracruz ha tenido cinco Constituciones: 1825, 1858, 1871, 1917 y 2000.<sup>5</sup>

De las modificaciones al texto Constitucional se pueden mencionar las de 1831, 1848, 1850, 1871, 1873, 1878, 1880, 1882 y 1902. El interés por la evolución del Constitucionalismo del Estado Libre y Soberano de Veracruz, especialmente entre 1825 y 1917, es porque su estudio permite dimensionar los conflictos políticos, jurídicos y sociales que permitieron al país definir su rumbo e identidad hacia el de una República Federal, democrática y laica.

#### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ DE 1825

La caída del Emperador Agustín I estableció el federalismo con fundamento en el Plan de Casa Mata, que fue publicado en febrero de 1823, y que mostraba el ideario político del diplomático veracruzano Miguel Santa María, complementando así al llamado Plan de Veracruz.<sup>6</sup> El éxito del movimiento tuvo como base la fragmentación de las fuerzas militares, así como el crecimiento de la autonomía de las provincias en virtud del apoyo de los grupos regionales de pensamiento liberal.<sup>7</sup>

Las instituciones virreinales siguieron trabajando acordes al marco jurídico positivo de la época, evolucionando y transformándose, hasta conformar nuevas figuras, tal como fue el caso del Jefe Superior Político, que pasó a ser el Gobernador Provisional del Estado, siendo Miguel Barragán el primer titular de dicho puesto.<sup>8</sup>

El 22 de diciembre de 1823, Veracruz se constituye como Estado integrante de la Federación Mexicana. Así, el 9 de mayo de 1824, se integró el Primer Congreso que procedería a la redacción de su Constitución.<sup>9</sup> En este momento histórico, se mantenía en Veracruz un estado de guerra en contra de las fuerzas españolas, siendo el Puerto víctima de cruel destrucción.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> HERRERA BELTRÁN, Fidel, *Los Derechos fundamentales del Pueblo de Veracruz a través de su Historia. Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Conceptualización, Comentarios e Historia*, p. 14.

<sup>6</sup> FERRER, Manuel, *La formación de un Estado Nacional en México. El Imperio y la República Federal: 1821-1835*, pp. 132-133.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> BARRAGÁN, José, *El Federalismo Mexicano*, p. 28.

<sup>9</sup> BENSON, Netie, *La Diputación Provincial y el Federalismo Mexicano*, p. 227.

<sup>10</sup> ORTIZ ESCAMILLA, Juan, "El Sistema Político en el Siglo XIX", en *Historia General de Veracruz*, p. 232.

Pero los representantes seleccionados para elaborar la Constitución Veracruzana, provenían de las clases poderosas de la región, tal como lo señala Ortiz Escamilla:

El modelo de estado y de sociedad esbozados desde la primera Constitución Política de 1825 estuvo determinado por la preexistencia de una sociedad marcada por la desigualdad en cuanto a derechos y obligaciones de sus habitantes. A buena parte de la población se le arrebató la ciudadanía que la Constitución de 1812 ya le había otorgado, y le impuso una serie de requisitos censatarios para adquirirla de nuevo, y para aspirar a las vacantes como electores de Municipios y Cantones. También se toleró la esclavitud, se redujeron los órganos ciudadanos de representación política, como los Ayuntamientos, al exigir un mínimo de dos mil almas para su formación, y se suspendió el libre tránsito de personas. El complejo sistema electoral limitaba toda posibilidad de representación de las clases populares. Para que una municipalidad tuviera representación en la junta final, debía elegir a los propietarios de mayor ingreso, quienes a su vez competirían con los propietarios de los otros Cantones.<sup>11</sup>

Lo anterior se tradujo en una afectación directa al modelo representativo democrático federal de la Nación Mexicana, y con ello al de las prerrogativas de los veracruzanos de la época.

El Congreso Constituyente dividió el territorio veracruzano en cuatro Departamentos dependientes del Poder Ejecutivo y, a su vez, cada uno de ellos en Cantones y estos en Ayuntamientos. En virtud de esto, muchas poblaciones que, de conformidad con la Constitución de Cádiz, habían contado con su Ayuntamiento, lo perdieron, afectando a la representación política, que se vio mermada al restringir la participación de los habitantes.<sup>12</sup>

La debilidad del gobierno local fue la característica principal del federalismo regional de la época; lo que se pudo observar en la pésima administración que afectaba tanto al Ejecutivo, como al Legislativo y al Judicial.<sup>13</sup> Al respecto, señala Ortiz Escamilla:

El establecimiento del régimen federal no resolvió las contradicciones vigentes en la sociedad veracruzana ni tampoco creó un gobierno fuerte, capaz de garantizar la seguridad interna, de establecer un sistema Fiscal eficiente, de promover el desarrollo económico y de dar credibilidad a los procesos de selección de autoridades, que constantemente fueron impugnadas.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 232-233.

<sup>14</sup> *Idem*.

La notoria inestabilidad política, económica, social y jurídica que se manifestó a lo largo del siglo XIX en el recién nacido México, tenía su reflejo en el Estado de Veracruz, escenario de conspiraciones, cuartelazos y motines; lamentable pasado de inestabilidad en el camino hacia la consolidación nacional. Así, el 3 de junio de 1825, el Estado de Veracruz tuvo su primera Constitución, con 84 artículos (ninguno transitorio), asentando que era un Estado Libre, Soberano e Independiente.<sup>15</sup> en su régimen interior.

La Constitución Veracruzana de 1825, no sólo estableció al Estado de Veracruz como Libre, Independiente y Soberano, tanto en su administración, como en su gobierno interior (Artículo 2o.); también señala que su territorio se integra por Acayucan, Córdoba, Cosamaloapan, Jalancingo, Xalapa, Misantla, Orizaba, Papantla, Tampico, Tuxtla y Veracruz (Artículo 3o.); y adopta como forma de gobierno el tipo representativo y popular. Igualmente, declaró a la religión católica como la oficial del Estado y determinó la integración y el funcionamiento de cada uno de los poderes, pero sin que exista un dispositivo legal específico que establezca la división:<sup>16</sup>

- I. El Poder Legislativo estaría integrado por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores, electos popularmente y con una duración de dos años en su cargo (Artículos 16, 17 y 26); estableciendo entre sus funciones designar a los titulares de los Poderes Ejecutivo y Judicial, ya fueren interinos o propietarios.<sup>17</sup> La existencia de un Senado local se inspiraba en el deseo de una mejor elaboración de las leyes, así como en controlar de manera interna la impetuosidad de una sola Cámara. De manera tal que durante el siglo XIX en México, siete Estados de la Federación contaron con un Senado. El primero que se estableció en suelo mexicano, fue precisamente el Senado veracruzano.<sup>18</sup>
- II. El Poder Ejecutivo estaba a cargo de un Gobernador y se establecía la figura del Vicegobernador que entraría en funciones en el caso de que el titular del Poder Ejecutivo fuera removido, le afectara alguna enfermedad grave o falleciera. Estas autoridades duraban en su cargo cuatro años, quedando terminantemente prohibida la reelección, pero sólo para el periodo inmediato siguiente. El mismo documento señalaba las funciones del Gobernador, destacando el cuidado que debía mantener de que se administrara pronta y cumplidamente la justicia

<sup>15</sup> HERRERA, *op. cit.*, p. 14.

<sup>16</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, p. 450.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Manuel, *La Constitución Federal de 1857 y sus Reformas*, pp. XXXII-XXXIV.

por los Tribunales del Estado (Artículo 59 fracción VII), lo que es, a su vez, evidencia de la estrecha relación que existía en esa época entre los poderes, lo cual resulta excepcional en un país presidencialista. Entre las prohibiciones expresas para el Ejecutivo sobresalen el privar a alguien de su libertad o sus propiedades, así como impedir las elecciones para el Congreso Local.<sup>19</sup>

III. El Poder Judicial se depositaba en un Ministro Superior de Justicia, designado por el Congreso, así como en Jueces que se establecerían con posterioridad.<sup>20</sup>

IV. Existía además un Consejo de Gobierno, integrado por el Vicegobernador más dos Senadores y dos Diputados, que equivaldría a una Comisión Permanente encargada de ejercer las facultades del Congreso en sus recesos, de rendir dictámenes de cuantos negocios le consultaran y de convocar por sí solo o con acuerdo del Gobernador, al Congreso a sesiones extraordinarias en caso de grave.<sup>21</sup>

La organización territorial y la administración del Estado estaría conformada por Departamentos (con una autoridad denominada Jefe de Departamento), Cantones (con un Jefe de Cantón subordinado al del Departamento) y Ayuntamientos. El término Cantón alude a los sitios o poblaciones donde se formaron acantonamientos de tropas, cuando el Virreinato se sentía amenazado por el desembarco de tropas militares extranjeras a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. De tal manera que la palabra Cantón fue utilizada para designar una provincia, zona o región, compuesta por pueblos vecinos con algunas afinidades culturales o históricas.<sup>22</sup> Se estableció que hasta que hubieran transcurrido dos Legislaturas, no podía ser modificado el texto constitucional, y se enuncian los derechos de libertad e igualdad en los Artículos 9 y 10 del documento.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 450-451.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *Idem.*

## REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1831

Por el requisito señalado en el párrafo anterior (de las dos legislaturas), fue hasta 1831 que se llevaron a cabo las primeras reformas constitucionales; año difícil para el Estado de Veracruz y la Federación Mexicana que, pese a la sensación de relativa tranquilidad que representó la Presidencia de Victoria, se encontraba empujada hacia el caos por los diversos intereses liberales, moderados y conservadores.<sup>24</sup> Vicente Guerrero, mediante la Revuelta de la Acordada, suplió en la presidencia a Victoria, pese al triunfo electoral de Gómez Pedraza, complicando el ya de por sí delicado escenario político y social de México. En Veracruz, el Plan de Jalapa sería el inicio de movimientos militares en contra de Guerrero, quien no contaría con el apoyo de Santa Anna, encargado de la Comandancia General del Estado de Veracruz.<sup>25</sup>

El 1 de enero de 1830, el ejercicio del Poder Ejecutivo fue desempeñado por el General Anastasio Bustamante, coincidiendo con la apertura de sesiones del Congreso Federal.<sup>26</sup> Al siguiente año, se renovó la Cámara de Diputados y la mitad del Senado, reuniéndose así el Congreso.<sup>27</sup> Santa Anna, quien había permanecido retirado en su Hacienda de Manga de Clavo, volvió a la escena nacional y, apoyando a Landero, se apropió del dinero que sería embarcado en Veracruz para el pago de un dividendo de la deuda externa, así como de los fondos que el Ministro Mangino había dejado en la aduana del Puerto. Todo culminó con los tratados de la Hacienda de Zavaleta (Puebla), entre Bustamante y Gómez Pedraza, bajo la influencia del canónigo Miguel Ramos Arizpe.<sup>28</sup> Dichos sucesos, se asume, estaban alimentados por el descontento social, ya que diversos grupos, étnias y castas habían tratado de conseguir derechos y prerrogativas que la Constitución de 1824 no había logrado consolidar,<sup>29</sup> incluyendo beneficios democráticos,<sup>30</sup> ya que a inicios del México independiente se podían ubicar “burguesías advenedizas” y nuevas facciones que buscaban la hegemonía y alteraban el escenario político de manera constante.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> TERÁN, Adriana, *México en Lugar de Nueva España: El Reconocimiento de una Pérdida*, pp.12-13.

<sup>25</sup> TORNER, Florentino, *Resumen Integral de México a través de los Siglos*, pp. 158-171.

<sup>26</sup> ALAMÁN, Lucas, *Historia de México*, p. 355.

<sup>27</sup> ARRANGONIZ, Francisco, *México. Desde 1808 hasta 1867*, p. 848.

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> NARVÁEZ, José Ramón, “¿Federalismo Artificial? La Historia de la Creación de una Entidad Federativa en el México Decimonónico”, en *Quaderni Fiorentini Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, pp.734-735.

<sup>30</sup> ORTIZ, *op. cit.*, p. 226.

<sup>31</sup> GARCÍA, Antonio, *Tierra Adentro, Mar en Fuera. El Puerto de Veracruz y su litoral a Sotavento, 1519-1821*, p. 902.

Entre enero y abril de 1825 se realizaron las primeras modificaciones al texto constitucional, sólo derogándose un artículo en enero y reconfigurando al Poder Judicial en abril, estableciendo reglas de funcionamiento de la administración de la justicia y otorgando a los veracruzanos algunas garantías de seguridad jurídica inspiradas en la Constitución Federal.<sup>32</sup> Respecto al Poder Legislativo, se modificó la forma de renovar el Congreso, a través de un sistema mediante el cual se renovaría la mitad de los miembros, saliendo los diputados más antiguos.

#### REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1848

Diez días después de consumado el alzamiento del General Salas, desembarcaban en el Puerto de Veracruz y eran recibidos por don Valentín Gómez Farías, el general López de Santa Anna y Manuel Crescencio Rejón, quien afirmaba que la guerra con Estados Unidos no podría ganarse solamente con las armas, sino mediante la instauración de instituciones similares a las de esa nación.<sup>33</sup>

El año de 1847 estuvo marcado por los enfrentamientos entre liberales y conservadores. En febrero tuvo lugar la Rebelión de los Batallones de Polkos, que encabezara el General Peña Barragán, exigiendo la salida de Valentín Gómez Farías. Asimismo, el Ejército de los Estados Unidos de América desembarcaba en Veracruz, consolidando la invasión del territorio mexicano.<sup>34</sup> Posteriormente, en mayo, el Congreso Mexicano aprobó el Acta de Reformas, documento jurídico que permitía el retorno del sistema federal.<sup>35</sup>

Vencido el ejército mexicano por las fuerzas norteamericanas, la ocupación de la Ciudad de México fue inmediata, y el 2 de febrero de 1848 se firmó en Guadalupe, el Tratado de Paz por el que el país perdía gran parte de su territorio e indemnizaba a sus invasores con 15, 000.000 de pesos.<sup>36</sup> El periodo entre 1847-1848 puede señalarse como inestable para el país porque además finalizó el decenio centralista, retornó Antonio López de Santa Anna y se restauró formalmente el federalismo, lo que implicó abolir las Asambleas

<sup>32</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 451-452.

<sup>33</sup> TENA, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, p. 439.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>36</sup> TORNER, *op. cit.*, p. 453

Departamentales, dando lugar a que los Gobernadores de los que otra vez se conocerían como Estados, gobernarán de conformidad con sus respectivas Constituciones locales.<sup>37</sup>

Judith Aguirre afirma que el restablecimiento del Sistema Federal en México implicó para Veracruz que el Congreso se reuniera con carácter de Constitucional y Constituyente para modificar por segunda ocasión la Constitución de 1825. En esta ocasión la reforma cobraba un valor significativo, ya que al jurarla entraba en escena el Estado de Veracruz como tal, abandonando la categoría de Departamento del régimen centralista.<sup>38</sup>

#### REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1850

En 1850, iniciaba sus sesiones el Segundo Congreso Constitucional de la denominada segunda época de la Federación, y la situación de la República parecía ir mejorando. Las relaciones diplomáticas con las potencias aliadas marchaban adecuadamente, al grado que Inglaterra ofrecía su intervención para finalizar la guerra con los indígenas de Yucatán, ejemplo de que las luchas contra los salvajes en los Estados fronterizos no se habían aún controlado. La minería estaba en su auge y el estado del fisco era estable, toda vez que en el año 1849 las rentas alcanzaron la cifra de 6,000,000 de pesos. Las fuerzas castrenses no superaban los 6,000 hombres y las relaciones con la Iglesia Católica pasaban por un buen momento, gracias al auxilio que el gobierno mexicano había dado al Papa Pío IX, quien expresó su gratitud concediendo diferentes gracias.<sup>39</sup>

En el preámbulo de la Reforma Constitucional de 1850 se expresaba que el Congreso Constituyente había elaborado un nuevo texto constitucional, sin embargo, en el mismo párrafo establece que se trata de la Constitución de 1825, modificada el 3 de abril de 1850. Evidentemente existe una contradicción, pues en realidad son meramente reformas.<sup>40</sup> Este texto consta de 74 artículos.

Las razones que permitieron reformas constitucionales en el periodo tan corto de dos años, se debieron al fortalecimiento del Poder Judicial, ya que se adicionan dos magistrados al Tribunal Superior de Justicia y desaparece la

<sup>37</sup> COSTELOE, Michael, *La República Central en México, 1835-1846*, p. 376.

<sup>38</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, p. 452.

<sup>39</sup> TORNER, *op. cit.*, p. 467.

<sup>40</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, p. 452.

figura del ministro fiscal, introducida en 1848.<sup>41</sup> También cabría aseverar que los legisladores veracruzanos, confundidos entre Constitución y Reformas Constitucionales, trataron a toda costa de que la corriente federalista se fortaleciera en su territorio, expidiendo un texto constitucional, que en realidad era el de 1825.

#### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ DE 1857

Antonio López de Santa Anna es, sin duda, uno de los personajes históricos que marcaría para siempre los inicios del México Independiente. Tras el Plan de Casa Mata, ocuparía en once ocasiones la Presidencia de la República, apoyando las causas liberales o las posturas conservadoras conforme le beneficiaran, utilizando en todo momento su capacidad, oportunista así como los intereses mezquinos de otros hombres de la época. La Revolución de Ayutla buscaba el derrocamiento de su *Alteza Serenísima* y destacaba la convocatoria para la elección, por representantes de cada Estado y territorio, de un Presidente Interino, convocando a un Congreso extraordinario que establecería la República Representativa Popular como modelo de gobierno en México.<sup>42</sup> Sin embargo, el 11 de marzo del mismo año, el coronel Ignacio Comonfort modificó el Plan, estableciendo que el Presidente Interino sería elegido por los representantes de los Departamentos, en lugar de los Estados, lo que parecía un clara reminiscencia centralista.<sup>43</sup> Sería en la madrugada del 9 de agosto de 1855, que López de Santa Anna, tras encargar el gobierno a un Triunvirato, saldría de la capital mexicana rumbo a Veracruz. El general Juan Álvarez sería elegido como Presidente Interino, pero en razón de su mala salud, pasaría a Comonfort el cargo.<sup>44</sup> El recién conformado Congreso sesionó en la Ciudad de México el 17 de febrero de 1856. Al día siguiente se realizó la apertura solemne de sus sesiones. La elaboración del texto constitucional presentó diversos problemas, entre ellos, el no definir su carácter de centralista o federal, provocando que durante meses fuera sometido a diversos e intensos debates.<sup>45</sup> Finalmente, la nueva Constitución fue aprobada en febrero de 1857, siendo jurada el día 5 del mismo mes; pero no sería sino hasta

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> RABASA, Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, p. 59.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> TENA, *op. cit.*, nota 37, p. 595.

el 8 de octubre, cuando quedaría instalado el Poder Legislativo, relegando la instalación de los otros poderes al 1 de diciembre. El poder Ejecutivo quedó a cargo del general Ignacio Comonfort y el Judicial fue encabezado por Benito Juárez. Cabe señalar que éste último también ostentaba el título de Vicepresidente de la República.<sup>46</sup> La entrada en vigor de la Constitución de 1857, trajo consigo violencia al interior del país. El Pronunciamiento de Tacubaya, el día 17 de diciembre de 1857, desconocía esta norma fundamental y daba inicio a la Guerra de los Tres Años.<sup>47</sup>

En Veracruz, el Estatuto Orgánico de 10 de octubre de 1855, otorgaba facultades legislativas al denominado Jefe de Estado quien, de conformidad con el texto legal, ejercía el Poder Supremo.<sup>48</sup> Este texto jurídico fundamental rigió la vida política de la entidad hasta que la Constitución de 1857 entró en vigor, imponiendo a los Estados de la República, el deber de expedir sus respectivas Constituciones. La Ley Electoral de 3 de febrero de 1857 establecía los lineamientos para las elecciones de los gobernadores y Legislaturas estatales.<sup>49</sup>

El Congreso Veracruzano, el 18 de noviembre de 1857, aprobó la Constitución Estatal; la influencia del Estatuto Orgánico se muestra al observar la autonomía y facultades del Poder Ejecutivo, que sería elegido por voto popular y por dos terceras partes de los votos emitidos en el Estado, y con posibilidad de reelección; igualmente, sus faltas temporales serían suplidas por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia.<sup>50</sup> El Poder Judicial, por su parte, se conformaría por tres Magistrados numerarios y tres supernumerarios electos por el pueblo.<sup>51</sup> El Poder Legislativo, que residía en el Congreso, se elegiría por el voto popular, renovándose totalmente cada dos años, haciendo alusión por primera vez al número de habitantes para elegir a los diputados.<sup>52</sup>

Aspectos de suma importancia fueron la inserción de garantías individuales, la organización del Estado y su territorio.

<sup>46</sup> O'GORMAN, Edmundo, *La Supervivencia Política Novohispana. Reflexiones sobre el Monarquismo Mexicano*, p. 57.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>48</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, nota 1, p. 453.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 453-454.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 454.

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Idem.*

## REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1871

La instauración de la Constitución Federal de 1857 trajo consigo años de guerra, lucha, tragedia y fratricidio. Si bien la historia oficial trata de señalar esta etapa como gloriosa, no fue más que el resultado de la insatisfacción social, y del abuso de élites para convertir a personas en carne de cañón en pro de intereses económicos y políticos supranacionales.

México, en ese entonces un país joven, que todavía buscaba su identidad en el enorme y complejo tablero de la política internacional, se enfrentaba ahora a la disyuntiva mundial: Europa o Estados Unidos. En esta bifurcación de la historia, la balanza se inclinó por los vecinos del norte, quienes triunfaron a través de la Doctrina Monroe: América para los americanos.

Los bandos conservadores y liberales, empeñados en imponer su ideario político y social, dieron lugar entre los años de 1858 a 1861, a la Guerra de los Tres Años, a la intervención francesa de 1862 y al eclipse del federalismo con el Imperio de Maximiliano. Fue con Benito Juárez, primer Presidente indígena en la historia de América, que se consolidó el federalismo en 1867, pero sin llevar a la práctica una democracia liberal y representativa, que se tradujera en derechos para los ciudadanos o en beneficios económicos. En palabras de Luis González:

Para poder apagar lumbres, los dos Presidentes de la década acudieron a la Cámara de Diputados por facultades extraordinarias. Durante 49 meses de los 112 que duró la República restaurada estuvieron suspendidas las garantías individuales, rebajada la libertad personal y vigorizado el Poder Ejecutivo. Por su parte, la gran mayoría ciudadana siguió sin ejercer los derechos concedidos por los constituyentes en 1856.<sup>53</sup>

En ésta época, la mayoría de los mexicanos se mantuvo en la miseria y el analfabetismo, situación que se presume igual que si el bando conservador hubiese triunfado. En palabras de Fernando R. Sandoval, el periodo de 1867-1876 puede denominarse como de consolidación del Estado burgués semifederal y no como "República triunfante" o "República restaurada".<sup>54</sup>

Las diversas rebeliones de indígenas y campesinos que se suscitaron en 1869 (y que se extendieron a Veracruz) fueron consecuencia de la aplicación de las Leyes de Reforma; especialmente la Ley Lerdo, consistente en la privación legalizada de tierras que habían poseído inveteradamente.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> GONZÁLEZ, Luis, "El liberalismo triunfante", en *Historia General de México*, p. 647.

<sup>54</sup> SANDOVAL, Fernando R., *Historia crítica del Estado Mexicano. Análisis Estructural y Superestructural de los Estados Azteca, Novohispano e Independiente (1325-1911)*, p. 664.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 666.

Las elecciones presidenciales se llevaron a cabo en 1871, contendiendo para el cargo Benito Juárez (cuya postulación suscitó diversas rebeliones en el país), Sebastián Lerdo de Tejada y Porfirio Díaz. Ya que ninguno de los tres candidatos obtuvo mayoría absoluta, el 12 de octubre de 1871, el Congreso declaró de manera casi fraudulenta el triunfo del Presidente Juárez, lo que abrió la puerta a nuevos enfrentamientos, pero al fallecer éste, el 18 de julio de 1872, el conflicto armado se desactivó.<sup>56</sup>

Con la instauración de la "República restaurada", se planteó la reforma de la Constitución veracruzana de 1857, pero se requería la aprobación de dos Legislaturas, por lo que la primera (1867-1869) elaboró un proyecto de reformas con carácter preponderante. La Legislatura siguiente (1869-1871) sería la responsable de aceptarlas o rechazarlas. Curiosamente, se aprobaría un paquete de modificaciones que desvirtuaba la iniciativa primigenia de 1867-1869, por lo que se le consideró inconstitucional, pero fue aprobada y publicada por el entonces gobernador Francisco Hernández.

El nuevo texto constitucional consideraba veracruzanos a los nacidos en el Estado o los que accidentalmente nacieran fuera de él, siempre y cuando fueran hijos de avecindados del Estado de Veracruz, categoría que se otorgaba a aquellos que residían habitualmente en el territorio veracruzano (incluyendo hijos de padres extranjeros). Esta disposición se reformó en 1980. A vecinos y ciudadanos se les impuso condiciones diversas, entre ellas, pagar impuestos, inscribirse en un padrón, ejercer cargos públicos y votar y ser votados en las elecciones.

Se prohibió, por primera vez, que dos o más poderes se depositaran en una misma persona, salvo en los supuestos de alteración del orden público o invasión. Los integrantes del Poder Judicial continuarían siendo designados democráticamente por voto popular y el Poder Legislativo se fortalecería al introducir la Diputación Permanente en lugar del Consejo de Gobierno; además, la Legislatura contaría con un Presidente electo por el pueblo. En lo referente al Ejecutivo, aparece la figura del Secretario de Despacho, quien estará a cargo de una Secretaría y se encargará de los negocios del Gobernador.<sup>57</sup>

El Artículo 89 estableció las Congregaciones, que se adicionaron a la división territorial de Cantones y Municipalidades. Las Congregaciones, cuyos orígenes se remontan al periodo hispano, fueron contempladas en la Ley Orgánica para la Administración Interior del Estado Libre y Soberano de Veracruz, de 1861.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 670-675.

<sup>57</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, nota 1, pp. 454-455.

<sup>58</sup> Artículo 29 Ley Orgánica para la Administración Interior del Estado Libre y Soberano de Veracruz 1861, A.H.C.E.V. Fondo Documental.

## CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ DE 1857

### *Reformas Constitucionales de 1873, 1878, 1880 y 1882*

La incorporación a la Constitución de 1857 de las Leyes de Reforma, el 25 de septiembre de 1873, complementaban la legislación emanada del liberalismo.<sup>59</sup> Sin embargo, la Legislatura veracruzana de 1871-1873, diseñó un mes después un proyecto de reformas a las que es factible calificar de superficiales, ya que no afectaron la esencia del texto de 1871.

En dichas reformas, el Poder Ejecutivo sufre modificaciones en el procedimiento para su sustitución en caso de ausencia, señalando, en primer lugar, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y, posteriormente, a un Gobernador Interino, nombrado por la Legislatura.<sup>60</sup>

Ciertamente, las reformas constitucionales del texto federal y del veracruzano, coinciden en fecha, pero no en profundidad e impacto.

Posteriormente, en 1878, tanto a nivel federal como estatal, se van a producir modificaciones a los textos constitucionales, destacando en el primer nivel, el asunto relativo a que el Presidente de la República entre a ejercer su encargo el 1 de diciembre, con una duración de cuatro años, y restringiéndose la reelección para el periodo inmediato. De igual manera, se establece que los Estados adopten, en su régimen interior, la forma de Gobierno republicano, representativo, popular y que determinaran, en sus respectivas Constituciones, los términos en que quedaba prohibida la reelección de sus Gobernadores. Se prohíbe también la reelección inmediata de Gobernador, toda vez que, al igual que el Presidente, debe esperar un periodo de 4 años desde la fecha en que terminó su mandato.<sup>61</sup> Todo esto, se ve reflejado a nivel estatal, en la Entidad Veracruzana, incorporando en el Artículo 85 de su Constitución, la no reelección inmediata del titular del ejecutivo. El decreto de dicha reforma constitucional fue promulgado por mandato del entonces gobernador, Luis Mier y Terán, el 3 de noviembre de 1878.

Las elecciones del año 1880 fueron de gran importancia por la sustitución de Porfirio Díaz por su compadre Manuel González, quien asumió el cargo el 1 de diciembre del mismo año.<sup>62</sup> A nivel federal, la Constitución de 1857 no

fue objeto de ningún cambio; pero la Constitución veracruzana de idéntico año fue reformada por cuarta ocasión. Mier y Terán, hombre cercano a Porfirio Díaz y gobernador del Estado, por decreto de 5 de noviembre de 1880, modificó los artículos relativos a la manera de sustituir a los altos funcionarios del Estado, sus responsabilidades, cuestiones relativas al cese absoluto de funciones del Gobernador y sus faltas temporales, así como la designación del Gobernador Interino.

Para 1882, bajo el gobierno del general González, México comenzaba ya su camino hacia una estabilidad económica, política, jurídica y social, notoria a través del flujo de inversiones extranjeras. En el campo de lo jurídico, la Constitución Federal de 1857 fue reformada en los meses de mayo, junio y octubre, destacando la abolición de aduanas interiores y alcabalas, concediendo privilegios a los inventores y descubridores de cualquier ramo de la industria y, curiosamente, tal como lo había previsto la reforma constitucional veracruzana de 1880, respecto a las faltas temporales y absolutas de su Gobernador. Ahora se regularon las faltas temporales y absolutas del Presidente de la República.<sup>63</sup>

Por lo que atañe a las modificaciones constitucionales de 1882 a la Constitución estatal de 1857, el gobernador Apolinar Castillo envió un decreto que fue aprobado por la décima Legislatura, en Orizaba, el 22 de septiembre de 1882, en virtud del cual se modificó el Artículo 66 relativo a las facultades que corresponden a dicha Legislatura.

### *Reforma Constitucional de 1902*

Si bien dicho documento se denomina como Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave de 1902, se trata tan sólo de una reforma, tal como señala el decreto del gobernador Teodoro A. Dehesa.<sup>64</sup>

Bajo el liderazgo del General Díaz, parte del país y el Estado de Veracruz experimentaron auges similares, especialmente en la industria manufacturera en ciudades y poblaciones como el Valle de Orizaba.<sup>65</sup> Así, el 27 de septiembre de 1902, se llevaron a cabo, en Veracruz, reformas a la Constitución de 1857.

<sup>59</sup> SANDOVAL, *op. cit.*, nota 68, p. 684.

<sup>60</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, nota 1, p. 456.

<sup>61</sup> TENA, *op. cit.*, nota 37, p. 705.

<sup>62</sup> SANDOVAL, *op. cit.*, nota 68, p. 689.

<sup>63</sup> TENA, *op. cit.*, nota 37, pp. 705-707.

<sup>64</sup> DUCEY, Michael, "La Economía en el Siglo XIX" en *Historia General de Veracruz*, Martín Aguilar y Juan Ortiz (Coord.), p. 275.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 273.

El Poder Judicial se conformará ahora por el Tribunal Superior de Justicia, compuesto por 9 Magistrados y un Procurador General, Jueces de Primera Instancia, Jueces Menores, Jueces de Paz y los demás que disponga la ley. Además, y de manera novedosa para la época, se incorpora la figura del Ministerio Público, cuyo titular será el Procurador General, quien velará por la exacta observancia de la ley.

Se establece, en el Artículo 38, que los miembros del Tribunal Superior de Justicia, los Diputados, autoridades de los Ayuntamientos, Gobernador y Jueces de Paz serán electos por voto popular, que, por cierto, anula el realizado por extranjeros.

En relación al titular del Poder Ejecutivo, se dispuso que la Legislatura nombraría a un Interino en caso de ausencias definitivas. En receso del órgano legislativo aludido, la Diputación Permanente designaría a un Gobernador Provisional que ejercería las funciones del Ejecutivo, llamándose entonces a sesión extraordinaria a la Legislatura para nombrar al Interino (Artículo 119). Por otro lado, si la falta fuera temporal, sería suplido por un Gobernador Provisional designado por la Legislatura o la Diputación Permanente, según fuera el caso. En el caso de faltas del Secretario de Despacho, se establece que serán cubiertas por un Subsecretario.

La Constitución veracruzana de 1857, reformada en 1902, consta de 146 artículos y un artículo transitorio. Para esa fecha, ya había sido modificada en 6 ocasiones.

### *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz Llave de 1917*

La inestabilidad, violencia e incertidumbre, son las características que entre 1910 y 1917 caracterizan a una desangrada Nación Mexicana, que vio en el transcurso de siete años, la pérdida de casi todo lo logrado hasta los albores del siglo XX. Finalmente, en Querétaro, el Constituyente concluyó sus labores el 31 de enero de 1917, las cuales llevó a cabo durante 67 sesiones ordinarias; expidiéndose, el 5 de febrero, la que ha sido denominada la Primera Constitución Política Social del Mundo.<sup>66</sup> Esta se destaca por incluir las denominadas "garantías sociales", consignadas en los Artículos 3, 27, 123 y 130,<sup>67</sup> y por la supresión de la vicepresidencia, la no reelección y el rubro relativo a las garantías individuales.

<sup>66</sup> TRUEBA, Alberto, *La Primera Constitución Política Social del Mundo*, 1971.

<sup>67</sup> RABASA, *op. cit.*, nota 54, p. 101.

La entrada en vigor del nuevo texto constitucional fue el 1 de mayo de 1917,<sup>68</sup> y por decreto del Presidente Carranza. Los Estados integrantes de la Federación también tenían que convocar a elecciones extraordinarias con el propósito, de que una vez instalados los Poderes del Estado, el Legislativo se erigiera en Congreso Constituyente para el efecto de implantar en la Constitución del Estado, las reformas de la nueva Constitución Política de la República.<sup>69</sup>

El texto constitucional veracruzano de 1917 destaca:

- \* Los Municipios como única forma de organización política y territorial, a cargo de una autoridad elegida popularmente, quedando prohibida la reelección.
- \* El Poder Judicial se mantuvo sin cambios, excepto que los Magistrados del Tribunal Superior serían designados por el Poder Legislativo y no por el pueblo; los Jueces de Primera Instancia serían nombrados por el Tribunal Superior.
- \* El Poder Ejecutivo estaría encabezado por el Gobernador durante 4 años, pero nuevamente se implantó la reelección una vez transcurridos dos periodos. En 1943 se impuso la no reelección. El proceso de sustitución era parecido al anterior, pero en las faltas temporales lo sustituía el Secretario de Despacho.
- \* Referente al Poder Legislativo, la Legislatura se conformaba cuando menos por 15 Diputados elegidos popularmente. Para tal fin se dividió al Estado en Distritos de 60, 000 habitantes.
- \* Contiene un título dedicado al trabajo y a la previsión social.<sup>70</sup>

El Gobernador provisional, Mauro Loyo, reformó la Constitución Política de 1902, que en realidad es la nueva Constitución de 1917, la cual contiene 141 preceptos jurídicos y 7 artículos transitorios.

<sup>68</sup> TENA, *op. cit.*, nota 37, p. 816.

<sup>69</sup> AGUIRRE, *op. cit.*, nota 1, p. 457.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp.457-458.

## BIBLIOGRAFÍA

## ABREVIATURAS

A.H.C.E.V. Archivo del Honorable Congreso del Estado de Veracruz Llave

## Fuentes Documentales

Archivo del Honorable Congreso del Estado de Veracruz Llave (A.H.C.E.V.)

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz 1825, A.H.C.E.V.

Ley Orgánica para la Administración Interior del Estado Libre y Soberano de Veracruz 1861, A.H.C.E.V.

## Fuentes impresas

ÁLVAREZ MORENO, José Lorenzo, *Reformas a la Constitución Política del Estado de Veracruz de 1831, 1850, 1871, 1873, 1878, 1880, 1882 y 1902*, Colección Unidad de Servicios Bibliotecarios y de Información-Xalapa (USBI-X) Hero Rodríguez Toro.

## Fuentes Bibliográficas

AGUILAR, Martín y Ortiz, Juan (Coord.), *Historia General de Veracruz*, México, Universidad Veracruzana, 2011.

AGUIRRE MORENO, Judith, "Evolución del Derecho Constitucional Veracruzano", en *Derecho Constitucional Estatal. Estudios Históricos, Legislativos y Técnicos Prácticos de los Estados de la República Mexicana*, Francisco José de Andrea Sánchez (Coord.), México, UNAM, 2007.

ALAMÁN, Lucas, *Historia de México. Desde los Primeros Movimientos que Prepararon su Independencia en el Año de 1808 hasta la Época Presente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

ARRAGONIZ, Francisco de Paula, *México desde 1808 hasta 1867*, México, Ed. Porrúa, 1996.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *El Federalismo Mexicano. Visión histórico Constitucional*, México, UNAM, 2007.

BENSON, Nettie Lee, *La Diputación Provincial y el Federalismo Mexicano*, México, Colegio de México, 1994.

CIENFUEGOS SALGADO, David (Comp.), *Constitucionalismo Local*, México, 2005.

COSTELOE, Michael, *La República Central en México, 1835-1846, "Hombres de bien" en la Época de Santa Anna*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, 2a. edición, México, Oxford University Press, 2011.

DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José (Coord.), *Derecho Constitucional Estatal. Estudios Históricos, Legislativos y Técnicos Prácticos de los Estados de la República Mexicana*, México, UNAM, 2001.

FERRER MUÑOZ, Manuel, *La Formación de un Estado nacional en México. El Imperio y la República Federal: 1821-1835*, México, UNAM, 1995.

GARCÍA DE LEÓN, Antonio, *Tierra adentro, Mar en Fuera. El Puerto de Veracruz y su Litoral a Sotavento, 1519-1821*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones de las Américas, estudios de derecho indiano*, España, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987.

GIDI VILLAREAL, Emilio y MARTÍ, Luz del Carmen, *Las Constituciones de Veracruz*, México, Universidad Veracruzana, 1986.

- GONZALBO, Pilar, *Historia y Nación (Actas del Congreso en Homenaje a Josefina Zaraida Vázquez)*, V. II, México, Colegio de México, 1998.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Constitución Federal de 1857 y sus Reformas*, Prólogo de la Confederación Cívica Independiente. Anteproyecto del señor licenciado don José Diego Fernández, 1914, México, 2005.
- GONZÁLEZ, Luis, *Historia General de México*, México, Colegio de México, 2000.
- HERRERA BELTRÁN, Fidel, *Los Derechos fundamentales del Pueblo de Veracruz a través de su Historia. Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Conceptualización, Comentarios e Historia*. México, Gobierno del Estado de Veracruz-Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- JIMÉNEZ GASSÓS, Teresita del Carmen, *José María Cos: Ideólogo de la Insurgencia Mexicana*, México, Universidad Veracruzana, 1999.
- MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1971.
- NARVÁEZ, José Ramón, “¿Federalismo Artificial? La historia de la creación de una entidad federativa en el México decimonónico”, en *Quaderni Fiorentini Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Vol. 32, Italia, 2004.
- O’GORMAN, Edmundo, *La Supervivencia Política Novohispana. Reflexiones sobre el Monarquismo Mexicano*, México, Universidad Iberoamericana, 1986.
- ORTIZ ESCAMILLA, Juan, “El Sistema Político en el siglo XIX”, en *Historia General de Veracruz*, Martín Aguilar y Juan Ortiz (Coords.), México, 2011.
- RABASA, Emilio, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México, UNAM, 2002.
- SANDOVAL, Fernando R., *Historia crítica del Estado Mexicano. Análisis Estructural y Superestructural de los Estados Azteca, Novohispano e Independiente (1325-1911)*, México, Porrúa, 2001.

- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Pensamiento Constitucional en la Independencia*, México, Porrúa, 2012.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1998*, México, Ed. Porrúa, 1998.
- TERÁN ENRÍQUEZ, Adriana, *México en lugar de Nueva España: El Reconocimiento de una Pérdida*, Colección Lecturas Jurídicas. Serie estudios jurídicos, No. 49, UNAM, 2007.
- TORNER, Florentino, *Resumen Integral de México a través de los Siglos*, T. IV, Compañía General de Ediciones, 1967.
- VÁZQUEZ, Josefina Zoraida y MEYER, Lorenzo, *México frente a Estados Unidos: Un Ensayo Histórico, 1776-1993*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

#### Fuentes Cibergráficas

- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Constitución Veracruzana. A Diez Años de la Reforma Integral*, México, 2010, en: [http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/la\\_constitucion\\_veracruzana.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/la_constitucion_veracruzana.pdf)

## DERECHOS HUMANOS, NO COLONIALIDAD, Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA MIRADA PARCIAL Y SITUADA

David SÁNCHEZ RUBIO\*

**Resumen:** En este artículo, desde una crítica constructiva, no colonial e inter-cultural, se reflexionará sobre algunas de las paradojas y contradicciones del discurso universal de los Derechos Humanos. De lo que se trata es de preguntarse si los Derechos Humanos expresan una idea real y no falsa idea de dignidad universal que implica a todas las culturas y a toda la humanidad o es un modo concreto de luchar, pensar y garantizar espacios de libertad y dignidad que puede ser resignificado y complementado junto con otros modos y procesos de reacción, emancipación y liberación, que todas las culturas desarrollan en sus propias historias frente a distintos excesos de poder. Se abordarán algunos de los puntos ciegos que los Derechos Humanos presentan como criterios y prácticas universales, en relación con un plano inter-cultural. ¿Son los Derechos Humanos valores, principios, normas y procesos de lucha universales a favor de la dignidad? o ¿solo son producto de una única cultura: la occidental, moderna y capitalista que, además, se extiende por el mundo, difundiendo e imponiendo una versión simplificada y reducida de Derechos Humanos por ser excesivamente normativista, formalista, individualista, estatalista y post-violatoria?

**Palabras Clave:** Derechos Humanos; movimientos sociales; universalidad; interculturalidad; pensamiento des-colonial; luchas sociales.

**Summary:** This article, from an inter-cultural, non-colonial and constructive criticism, reflects on some of the paradoxes and contradictions of the universal declaration of human rights. What is at issue is to question whether human rights express a real, not a false, idea of universal dignity involving all cultures and all humanity; or, a parti-

\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

cular way of fighting, thinking and ensure spaces of freedom and dignity that can be redefined and complemented with other modes and reaction processes, emancipation and liberation that all cultures develop as their own stories when facing different excesses of power. It will address some of the blind spots that human rights presents as universal standards and practices and in relation to an intercultural level. Are human rights values, principles, standards and processes of universal struggle for dignity? Or, are they only a product to create a unique culture: the modern and capitalist western culture that also spans the world, spreading and imposing a simplified and reduced version of human rights that is excessively normativist, formalist, individualist, statist and post-violative?

**Key words:** Human rights, social movements; universality; multiculturalism; de-colonial thinking; social struggles.

## 1. INTRODUCCIÓN

En otros trabajos hemos abordado de una manera más explícita los límites que a nivel interno e intra-cultural posee la figura y el concepto de los Derechos Humanos por su excesiva dimensión estatalista, delegativa, formalista, burocrática y post-violatoria.<sup>1</sup> Algunas de las razones de la consolidación de la separación y el abismo que existe entre la teoría y la práctica de los mismos se deben a ese modo de concebirlos que, además, provoca una cultura jurídica, social y popular minimalista, acomodaticia, pasiva, indolente, dormida y anestesiada. A continuación, en este artículo vamos a complementar, desde una crítica constructiva, no colonial e inter-cultural, esos problemas internos del discurso universal de los Derechos Humanos con la exploración de otros problemas, limitaciones, paradojas, fallas y contradicciones que suceden en un ámbito extra-cultural y externo, más allá de las fronteras de los países considerados occidentales. De lo que se trata es de reflexionar sobre si los Derechos Humanos expresan una idea real y no falsa de dignidad universal que implica a todas las culturas y a toda la humanidad o es un modo concreto de luchar, pensar y garantizar espacios de libertad y dignidad que puede ser resignificado y complementado junto con otros modos y procesos

<sup>1</sup> Ver SÁNCHEZ RUBIO, David, *Repensar Derechos Humanos. De la anestesia a la sinestesi*, Madrid, Sevilla, 2007; *Encantos y desencantos de los Derechos Humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2011; y "Crítica a una cultura estática y anestesiada de Derechos Humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos", en *Os conflitos fundiários urbanos no Brasil: estratégias de luta contra os despejos e empoderamentos a partir da Teoria Crítica dos Direitos Humanos*, VV.AA. Disponible en: <<http://www.cdes.org.br/SITE/PUBLICACOES/pub05conflitos2.pdf>>, Acceso en: 15 sept. 2014; este último trabajo aparece también en *Derechos y Libertades*, No. 33, Época II, junio 2015.

de reacción, emancipación y liberación, que todas la culturas desarrollan en sus propias historias frente a distintos excesos de poder.

En principio, podemos afirmar que el discurso universalista de los Derechos Humanos, en el actual contexto de la globalización, ha conseguido un estatus político y moral sin paralelo en todo el mundo.<sup>2</sup> La expansión de los Derechos Humanos como lenguaje hegemónico sobre la dignidad humana parece incuestionable. No obstante, tres cuartas partes de la humanidad no tienen reconocidos ni garantizados sus derechos. La gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos.<sup>3</sup> A nivel planetario, la separación entre la teoría y la práctica que se da al interior de los Estados constitucionales de derecho occidentales, se agudiza en los países del sur. Asimismo, este abismo entre lo que se dice y lo que se hace se manifiesta de forma clara dentro las relaciones entre los países del norte y los países de sur. Por ejemplo, el trato diferenciado que se otorga, desde el punto de vista del reconocimiento real y efectivo de los derechos, entre quienes son ciudadanos de países del capitalismo central y quienes no lo son, por tener un origen geográfico distinto, cuando llegan a sus destinos como trabajadores indocumentados, inmigrantes precarios o como refugiados desde los países del sur. El reconocimiento de los derechos se pone entre paréntesis, se modula y condiciona; siendo el tratamiento distinto, desigual y asimétrico. Lo universal se diluye y se difumina en función de la nacionalidad y la procedencia geográfica, limitando la entrada o precarizando el reconocimiento de derechos a quienes vienen de fuera.

Por ello no hay que negar las contradicciones y las tensiones que existen en las concepciones y teorías tradicionales y eurocéntricas de Derechos Humanos que abogan por la universalidad. No es lo mismo ser parte de la humanidad en abstracto, que ser ciudadano de un Estado nacional capitalista central o de un Estado capitalista periférico y dependiente o de una nacionalidad, comunidad o pueblo etno-cultural o indígena. Al final, es la adscripción a una nacionalidad o a una comunidad nacional-estatal la que establece el grado de garantía de los derechos a sus miembros. La humanidad se va diluyendo a medida que nos vamos separando de esa pertenencia identitaria y política.<sup>4</sup>

Es más, a nivel externo y con relación a como Occidente trata al otro, al extranjero o al extraño, el grado de asimetría y desigualdad que establece in-

<sup>2</sup> Ver en este sentido RAJAGOPAL, Balakrishnan, *El derecho internacional desde abajo*, Bogotá, ILSA, 2005, p. 200.

<sup>3</sup> Ver SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*, Sao Paulo, Cortez Editora, 2013, pp. 15-16.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 21-22.

ternamente, de puertas a dentro, por razones de clase, etarias y de género, las acentúa, incorporando nuevas jerarquías de puertas a fuera, allende sus fronteras. La discriminación, la marginación y la inferiorización por medio de la división social, cultural, racial, etaria, territorial, de clase y étnica del hacer, del poder, del ser y del saber humanos —establecida por el modo de producción capitalista moderno-patriarcal y sus modelos de desarrollo basados en el mercado y la propiedad privada de avariciosos—, se incrementan estructuralmente entre quienes son considerados occidentales o afines y quienes lo son condicionalmente o deficientemente. Es decir, la universalidad de los Derechos Humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones en abstracto de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas, individuales y colectivas, marcadas por la nacionalidad, el racismo, el androcentrismo, el clasismo, la riqueza suntuaria como fin en sí mismo o el concepto de ciudadanía, que se multiplican y acentúan contra quienes no poseen nacionalidad de un Estado considerado constitucional y de derecho.

Asimismo, la lucha contra el terrorismo y los fundamentalismos islámicos, en nombre de la seguridad mundial, sirve de excusa pública y manifiesta para incumplir las leyes internacionales y eliminar y aniquilar a quienes ya no tienen la categoría de ser considerados como humanos, con sus debidos procesos de enjuiciamiento y, por tanto, como sujetos de derechos. A base de buenas razones para matar, diversos Guantánamos se reproducen con buena y cínica conciencia bajo el dominio de Estados que, se dicen, respetuosos de derechos. Y en nombre de los Derechos Humanos se justifican guerras bajo el argumento de que, para protegerlos, hay que violar a quienes son considerados enemigos de la humanidad.<sup>5</sup>

Paradójicamente, pese a todas estas contradicciones que expresan la dimensión reversible de los Derechos Humanos, resulta curioso comprobar de qué manera el imaginario burocrático, estatista, procedimental, post-violatorio e individualista de Derechos Humanos también se consolida oficialmente como predominante en el ámbito del derecho internacional y sus instituciones. Esto provoca que los movimientos sociales de resistencia y lucha del Tercer Mundo frente a las diversas opresiones de múltiples rostros, al moverse extra-institucionalmente y fuera de los circuitos estatales, no son teni-

<sup>5</sup> Sobre la inversión ideológica de los Derechos Humanos, ver HINKELAMMERT, FRANZ, *La fe de Abraham y el Edipo occidental*, San José, DEI, 1991. *El mapa del emperador*, San José, DEI, 1996. *El grito del sujeto*, San José, DEI, 1998. *Sacrificios humanos y sociedad occidental. Lucifer y la bestia*, San José, DEI, 1998.

dos en cuenta y mucho menos si lo que reivindican son derechos colectivos, territoriales, identitarios y culturales.

Pero vayamos por partes. A continuación se plantearán, de un modo más detallado, algunas de estas paradojas y de los puntos ciegos que los Derechos Humanos presentan como criterios y prácticas universales, en relación con un plano inter-cultural. No solo se trata de cuestionar un concepto estrecho, restringido y limitado que rige nuestras instituciones y nuestro cotidiano, sino de preguntarse si los Derechos Humanos son valores, principios, normas y procesos de lucha universales a favor de la dignidad o solo son producto de una única cultura: la occidental, moderna y capitalista que, además, se extiende por el mundo, difundiendo e imponiendo la versión simplificada y reducida de Derechos Humanos, ya tratada, como hemos dicho, en otros trabajos.

## 2. LA OTRA CARA DE LOS DERECHOS HUMANOS: SU DIMENSIÓN COLONIZADORA E IMPERIAL

Vamos a partir de una dualidad relacionada con el origen histórico de los Derechos Humanos en el contexto del tránsito a la modernidad y lo que suponen posteriormente, a partir del ideario liberal individualista. Los Derechos Humanos poseen un carácter ambivalente, tienen un potencial emancipador, pero éste está construido sobre un suelo o un piso estructural de desigualdades y de asimetrías que se desenvuelven entre diferentes grupos sociales; es decir, la lucha por los Derechos Humanos gestada por el orden burgués se desarrolló y consolidó sobre una división social, económica, política, cultural, geográfica y epistémica de las relaciones y las acciones humanas que frustró e imposibilitó, desde el inicio, por dinámicas de dominación y de jerarquías, la posibilidad de hacer factible una supuesta sociedad en la que todos sus miembros, fueran o no burgueses, pudieran existir en condiciones de una vida digna de ser vivida en todas sus dimensiones. Esto sucedió tanto al interior de las propias sociedades europeas y usamericanas, como externamente en su proceso de expansión mundial.

De una manera más precisa y clara, Helio Gallardo afirma que el imaginario ideológico sobre el que se sustenta el concepto de Derechos Humanos y su visión de las generaciones (derechos individuales y civiles; derechos políticos; derechos económicos, sociales y culturales; etcétera) designa una sensibilidad socialmente producida que bloquea las posibilidades de cono-

cimiento de los procesos a los que nombra. El sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso, más abierto y plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas socio-históricas (de obreros, de indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, de negros, medioambientales, etcétera) que o bien han intentado destruir o bien transformar el sistema, pero han fracasado en la empresa de manera estructural. Estas distintas conflictividades forman parte de un cuerpo consolidado de dominación o imperio (capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por Derechos Humanos. Por ello, *la estructura de las formaciones sociales modernas requiere "inventar" Derechos Humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en estados y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar.*<sup>6</sup> Cualquier colectivo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado. Pero esto lo veremos en detalle a continuación.

Podría decirse que los Derechos Humanos, en su versión liberal y burguesa, se construyeron y se consolidaron bajo un falso universalismo. Nacieron como un remedio insuficiente para una sociedad enferma o ya decantada a favor de determinados grupos oligárquicos, como consecuencia de los tipos y los modos de articular materialmente sus relaciones de poder discriminatoras y excluyentes, pese a sus virtudes frente al orden medieval contra el que se enfrentaron. Si bien podía ser una herramienta de emancipación para algunos colectivos, también fue un instrumento de dominio y de control sobre la mayoría de la población local, nacional y global, tanto por lo que representaban como bandera de libertad y dignidad, como por lo que invisibilizaban y ocultaban —relaciones de poder y sus dispositivos de control— en su modo ideológico e institucional de ser concebidos. Esto perdura hasta nuestros días, teniendo en cuenta los diferentes contextos.

En este sentido, Ignacio Ellacuría indica la anomalía del origen de los Derechos Humanos con las reivindicaciones burguesas, ya que poseen tanto elementos positivos y emancipadores como negativos y con lógicas de domi-

<sup>6</sup> Ver GALLARDO, Helio, *Sobre las generaciones de Derechos Humanos*, en: [www.heliogallardo-americalatina-info](http://www.heliogallardo-americalatina-info), consultado el 20 de septiembre de 2009.

nación e imperio. Fue un grupo que luchó por una privación de algo que les pertenecía, por aquello que estimaban que les era necesario y les era debido. En cierta manera, desarrollaron un ideal de apertura, emancipador, y un horizonte de esperanza. Asimismo, demandaron unos derechos en tanto que clase vulnerable a los poderes vigentes —aunque con una fortaleza mayor a otros movimientos sociales— que abrió un proceso de liberación con el que se estableció un método muy eficaz de lucha para hacer que el derecho burgués se hiciera real, y se consolidara y se efectivizara la sociabilidad demandada. No obstante, la burguesía reivindicó unos derechos circunscritos a su propio modo de vida, limitados a una forma de ser hombre o humano. De ahí que Ellacuría hable de que sus derechos también expresan su carácter inhumano en tanto que se convierten en privilegio de pocos, negando su esencia universal disputable. Al ser significados por medio de la fuerza legitimadora de quienes poseen más poder, haciendo uso de un manto de universalidad ideal, se oculta la particularidad real favorable para unos pocos (la burguesía y los grupos más poderosos) y desfavorable para la mayoría. Su reivindicación legítima de derechos expresa una forma concreta, privilegiada y exclusiva de ser hombres, de ser humanos, que se convierte en ilegítima cuando no atribuyen derechos o se los impiden a quienes conviven con ellos desde modos de vida con racionalidades diferentes, experiencias de contrastes y desgarramientos distintos (campesinos, mujeres, negros, indígenas...).<sup>7</sup> Pasan a ser los derechos de los más fuertes y no derechos de los más débiles con los que poder subvertir las asimetrías. Para estos, los logros son solo puntuales cuando una vez que se violan, se los reconocen por medio de los circuitos judiciales.

La naturaleza ambivalente la explica Joaquín Herrera Flores: los Derechos Humanos son un producto cultural que Occidente propone para encaminar las actitudes y las aptitudes necesarias para llegar a una vida digna en el marco del contexto social impuesto por el modo de relación basado en el capital. Surgen y se despliegan paralelamente al origen y al despliegue del modo de relaciones desigual dominado por el capital. De ahí que, por un lado, sirvieran como justificación de la expansión colonial por todo el globo terrestre, pero, por otro lado, en ese mismo proceso, se hizo necesario enfrentarse a esa globalización de injusticias y opresiones producida por doquier y sirvieron como arma de resistencia. Teniendo en cuenta que cada formación social construye cultural e históricamente sus vías hacia la dignidad, en ese proceso

<sup>7</sup> Ver "Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares", en *La lucha por la Justicia. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Bilbao, Universidad de Deusto, Juan Antonio Senent de Frutos (ed.), 2012, pp. 365-ss.

existen expresiones hegemónicas de dignidad y de lucha por ella y, también, muestran actitudes antagónicas contra ellas con sus actores plurales. Los Derechos Humanos expresan esa dualidad en el marco del circuito de reacción cultural occidental y de reacciones culturales no occidentales que resignifican el discurso y la práctica de los Derechos Humanos junto a otros procesos de lucha por la dignidad.<sup>8</sup>

No hay que olvidar que la burguesía, como movimiento social, estaba formada por villanos (moradores de las villas), mercaderes, banqueros, dirigentes religiosos, que se resistían tanto al dominio feudal o absolutista de señores, sacerdotes y reyes, como al carácter cerrado, familiar y excluyente de las corporaciones. En su manera de auto-identificarse no les preocupaba la situación, ni las relaciones, ni la materialidad de las condiciones de vida, ni las racionalidades de otros colectivos como los esclavos, los siervos, los campesinos, los indígenas, las mujeres o la clase trabajadora que no disponían de la fuerza social que sí tenía el orden burgués. Incluso sus pretensiones y sus espiritualidades estaban más vinculadas a libertades relacionadas con el mundo comercial, la propiedad privada y el disfrute de sus vidas individuales, que eran las de ellos mismos y no las de los demás, basadas en sociabilidades jerárquicas de sometimiento, coloniales y dinamizadas por los pares superior-inferior, propietario-trabajador, señor-esclavo, padre de familia-madres obedientes, civilizados-primitivos, entre otros. Por esta razón, los Derechos Humanos surgen y nacen quebrados en un contexto específico —el tránsito a la modernidad— de jerarquía, de división social, étnica, sexual, política y territorial del hacer humano, que condiciona negativa y desigualmente el acceso de todos a los bienes necesarios para una vida digna.<sup>9</sup>

El problema es cuando, sobre construcciones abstractas centradas en teorías, principios, valores, normas y procedimientos, se descontextualiza la dimensión de lo universal, separándola de las condiciones particulares, corporales, materiales, existenciales, relacionales, convivenciales y factibles que son las que dan el contenido real y efectivo de lo que se entiende por universal. De ahí que el tipo de sociedades en donde los Derechos Humanos se reconocen a un nivel, se desconocen en otro nivel. Se podría decir que Occidente establece una sociabilidad de inclusiones abstractas sobre la base de exclusiones concretas y cotidianas. Los Derechos Humanos pueden ser dis-

<sup>8</sup> Ver HERRERA FLORES, Joaquín, *Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005, pp. 28-29, 36, 80 y 91.

<sup>9</sup> Ver GALLARDO, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de Derechos Humanos*, Gráficas Francisco Gómez, Murcia, 2008, pp. 31 y 44; también ver en el mismo sentido, HERRERA FLORES, Joaquín, *Los Derechos Humanos como productos culturales*, op. cit.

frutados por quienes se mueven en el modo de vida capitalista hegemónico, y desde arriba, desde los espacios de poder que privilegian su disfrute, esto sin que se ignore que pueden ser amenazados; pero tienen que ser demandados mediante la lucha y la resistencia, junto con otras reivindicaciones de dignidad, por quienes se les niega condiciones de vida dignas, equivalentes o diferenciadas del orden moderno burgués y colonial.

Esta jerarquía desigual de los países constitucionales de derecho se desarrolla tanto internamente como externamente, con la peculiaridad que de fronteras hacia fuera se sobrecargan, se sobredimensionan y se acentúan las relaciones de dominación. Aníbal Quijano, con el concepto de colonialidad del poder, expresa uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial del poder capitalista y que se funda en la clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular que opera en cada ámbito, planos, dimensiones materiales y subjetivas de la existencia cotidiana y a escala social. La racialización de las relaciones de poder entre nuevas identidades sociales y geoculturales fue el sustento y la referencia legitimadora fundamental del carácter eurocentrado del poder material e intersubjetivo. Desde que América se insertó en el capitalismo mundial, colonial y moderno, la colonialidad del poder, clasificó a la gente a partir de tres instancias centrales, no exclusivas; pero articuladas en una estructura global común, con las que se ordenan las relaciones de explotación, dominación y conflicto.<sup>10</sup> Las nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo. Raza y división del trabajo, junto con el dominio machista y patriarcal, quedaron estructuralmente asociados, reforzándose mutuamente.<sup>11</sup> Negros, indios e indias, amarillos, mestizos, mujeres, trabajadores y trabajadoras, etcétera, sufrieron el mismo criterio de clasificación social a escala global, estableciéndose una distribución racista, clasista y machista del trabajo, extendiéndose en los modos de hacer, de ser, de poder y de pensar. En este sentido, socialmente se clasificó a la población en todo el mundo en identidades raciales, divididas entre dominantes/superiores europeas y dominadas/inferiores no europeas. Lo mismo sucede a nivel del trabajo y en las relaciones de género: en el centro se desarrollan relaciones salariales y hay una libertad sexual de los varones junto con la fidelidad de las

<sup>10</sup> En este sentido ver QUIJANO, Aníbal, "Colonialidad del poder y clasificación social", en *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Akal, Madrid, Boaventura de Sousa Santos y Paula Meneses (eds.), 2014, pp. 67, 92 y 98.

<sup>11</sup> Ver QUIJANO, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, Edgardo Lander (comp.), 2001, pp. 201-ss.

mujeres en el ámbito doméstico y el pago a las prostitutas, mientras que en la periferia colonial se dan todas las otras formas de explotación en el trabajo (esclavitud, servidumbre, etcétera); articuladas bajo el dominio del capital y, además, las mujeres negras e indias son tratadas como animales apropiables y distribuibles bajo el libre acceso sexual no pagado de los varones blancos.<sup>12</sup>

Hay que ser conscientes de que, históricamente, en todas las culturas siempre ha habido determinados colectivos que han vivido en peores condiciones que otros, como consecuencia del predominio verticalizado e imperial de determinados grupos que se consideran superiores. Muchos son los colectivos que han sufrido procesos de maltrato y desprecio en sus dignidades socio-históricas (esclavas/os, pueblos indígenas, negras/os, mujeres, homosexuales, inmigrantes, etcétera). En el caso del patriarcado es difícil encontrar culturas sin algún tipo de expresión andrógina o sexista, misógina y homófoba. Que la visión del mundo de los varones se imponga sobre las mujeres es algo recurrente en todas las culturas. Pero no solo los modos de dominación se dan por razones de género. Existen muchas formas de control y de poder jerárquicas, en la mayoría de las ocasiones interrelacionadas, más o menos violentas y excluyentes por motivos diversos: raciales, socio-materiales o de clase, por razones etarias, religiosas, epistemológicas, culturales, etcétera. Grupos dominantes, en distintos tiempos y contextos históricos, han desarrollado un conjunto de tramas sociales y relacionales de jerarquías, marginaciones, explotaciones, exclusiones y discriminaciones mediante las cuales han deshumanizado a otros colectivos, convirtiéndolos en no-personas, en seres prescindibles y sacrificables. Esta manera de ejercer el control y dominar se ha desenvuelto por diversas mediaciones y producciones institucionales, simbólicas y discursivas: por aparatos de Estado, por instancias de mercado, a través de normas morales y éticas, por medio del derecho o el conocimiento, a través de la religión o la educación, el lenguaje, etcétera.

La peculiaridad ahora es que las sociedades occidentales capitalistas coloniales manifiestan esos diversos tipos de dominación que caminan agarradas de la mano con un modo de producción, el capitalismo, que termina por acentuar la verticalidad, la dependencia y la jerarquía de las relaciones sociales. Provoca desigualdades estructurales y asimetrías que son difíciles de confrontar y subvertir únicamente con normas jurídicas e instituciones estatales, y que se normalizan e invisibilizan a tales niveles que llega a generarse una cultura de excepcionalidad de la injusticia que naturaliza la injusticia cotidiana, por medio de la cual solo determinadas situaciones anormales y

extremas de injusticia son las que denigran y violentan al ser humano, como, por ejemplo, son los casos de la esclavitud y/o el trabajo esclavo en sus distintas expresiones, la trata de personas, el narcotráfico, los actos terroristas yihadistas, algunos genocidios, no todos (como el holocausto de los judíos), determinadas hambrunas, etcétera. Los Derechos Humanos, ya lo veremos, acaban circunscribiéndose a esas dimensiones o a casos o hechos individuales puntuales. Las violencias cotidianas que son la fuente de las violencias excepcionales, acaban por tolerarse, principalmente las ejercidas por quienes se encuentra en una posición de superioridad racial, sexual, genérica, de clase y etaria en el entramado social. Uno de los dispositivos de naturalización del maltrato humano cotidiano es, por ejemplo, el patriarcado o el intercambio desigual del capital y su control sobre el trabajo. El patriarcado resulta ser uno de los socios más eficaces, no el único, para que el capital soberano aliene y administre la vida y la muerte de millones de mujeres y hombres bajo lógicas excluyentes de imperio que no son ni excepcionales, ni anormales, sino asumibles, lógicas y naturales, incluso ajenas y lejanas a su real dinámica de funcionamiento.

En el interior de la cultura occidental capitalista, predominan diversos modos de dominación tanto a nivel institucional, como a nivel de relaciones sociales y de sociabilidad cotidiana, con los que expresa la socio-materialidad procesual de diversas estructuras opresivas que operan simultáneamente dentro y, en un grado mayor, fuera de sus fronteras. Desarrolla todo un conjunto de relaciones sociales particulares que articulan un grupo (in)diferenciado de opresiones, muchas de ellas naturalizadas: sexo, raza, género, etnia y clase social, que se construyen sobre relaciones jerárquicas, combinando tanto el espacio público de poder, la explotación o el estatus y el espacio de servilismo personal. Es decir, las sociabilidades cotidianas de Occidente combinan el tratamiento de lo humano desde la consideración de la superioridad y la inferioridad de determinados colectivos. Por ello las relaciones patriarcales se articulan con otras formas de relación social en un determinado momento histórico, que en este caso situamos en el contexto de las sociedades capitalistas. Las estructuras de clase, raza, género y sexualidad *no pueden tratarse como variables independientes*, porque la opresión de cada una está inscrita en las otras.<sup>13</sup>

No es que exista una estructura de opresión autónoma e independiente con respecto al resto de opresiones y dominaciones que dominan en entornos

<sup>12</sup> QUIJANO, Anibal, *Colonialidad del poder y clasificación social*, op. cit., pp. 98, 100 y 101.

<sup>13</sup> Ver HERRERA FLORES, Joaquín, *De habitaciones propias y otros espacios negados: una teoría de las opresiones patriarcales*, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2005.

relacionales capitalistas. Más bien nos encontramos con la coexistencia de situaciones de discriminación, marginación y explotación simultáneas, más que superpuestas, expresivas de Estados de interseccionalidad de opresiones en red, en la línea señalada por Gloria Anzaldúa y María Lugones junto con otras feministas con la nominación de a) diferentes “dimensiones superpuestas de opresión” (*overlapping oppressions*)<sup>14</sup> o b) de “interseccionalidad de opresiones” sufridas “diferencialmente” por las mujeres en función de su situación, posición y jerarquización subordinada y dependiente en el marco de los procesos de división social/sexual/racial del trabajo.<sup>15</sup>

En esta línea, Ramón Grosfoguel combina el concepto de interseccionalidad de jerarquías con el concepto “heterarquía” del filósofo y sociólogo griego Kyriakos Kontopoulos. Siendo la colonialidad y la modernidad las dos caras de una misma moneda y siendo el capitalismo una de las múltiples constelaciones imbricadas del patrón colonial de poder, nos encontramos con múltiples y heterogéneas formas de dominación y explotación sexuales, políticas, económicas, espirituales, lingüísticas y raciales, donde las jerarquías etno-raciales de la línea divisoria Occidente/no Occidente reconfigura de manera transversal todas las demás estructuras globales de poder.<sup>16</sup> Raza, género, espiritualidad y epistemología son parte constitutiva, integral e imbricada del sistema-mundo occidental moderno, cristiano, capitalista, colonial y patriarcal. No son añadidos a la estructura económica y política del sistema capitalista.<sup>17</sup>

Sobre estas bases hay que entender el discurso universalista de los Derechos Humanos en su versión liberal. Asimismo, hay que partir de la premisa de que ningún pueblo tiene el monopolio de la verdad y menos sobre la dignidad. No hay cultura, religión, filosofía, tradición que pueda hablar por el conjunto de la humanidad.<sup>18</sup> Además, pese a que en cualquier afirmación de

<sup>14</sup> Ver ANZALDÚA, Gloria, “Borderlands/La Frontera. The New Mestiza” San Francisco, Aunt Lute, 1989; e YOUNG, Iris Marion, “La justicia y la política de la diferencia”, Madrid, Cátedra, 2000.

<sup>15</sup> LUGONES, María, “Colonialidad y género”, en *Tabula Rasa*, No. 9, Bogotá, julio-diciembre, 2008.

<sup>16</sup> Ramón Grosfoguel lo entiende como un concepto nuevo que da cuenta de la compleja imbricación de las jerarquías de género, raciales, sexuales y de clase en procesos globales geopolíticos, geoculturales y geoeconómicos del sistema-mundo moderno/colonial. Se trata de analizar los modos de dominación o las jerarquías de poder a partir de una perspectiva abierta, compleja, desde sistemas abiertos y heterogéneos, con niveles estructurales y lógicas estructurantes múltiples. Ver GROSFUGUEL, Ramón, “La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global”, en *Epistemologías del Sur*, Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses (eds.), pp. 381, 383, 389-390.

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

<sup>18</sup> Afirmación de PANIKKAR, Raimon, “Seria a noção de direitos humanos um conceito universal?”, en *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*, Sao Paulo-Recife-Rio de Janeiro, César Baldi (edit.), Renovar, 2004, p. 206.

verdad existen pretensiones de universalidad, todas están ubicadas y situadas en un marco histórico y cultural. El problema es cuando tendemos a identificar los límites de nuestra visión local y particular del mundo con el horizonte humano completo e infinito,<sup>19</sup> confundiendo un modo de ser humano con el todo plural y diverso. No solo eso, pues resulta peor al ir acompañado de un sistema de dominación heterárquico.

### 3. UNIVERSAL HEGEMÓNICO ABSTRACTO SOBRE BASES RELACIONALES EXCLUYENTES

La versión más proclamada del ideal occidental de los Derechos Humanos se centra en los derechos asignados al ser humano que le pertenecen por el mero hecho de serlo. Sus presupuestos filosóficos fundamentales se cimentan sobre una naturaleza humana universal que es común a todos los pueblos y que es diferente al resto de la realidad, ya sea animal, vegetal o cósmica. Solo puede ser cognoscible a través de la razón. Tienen su origen en su naturaleza, son previos a los contextos socioculturales donde se encuentran y, además, son superiores a la sociedad y al Estado, pues giran en torno a la dignidad de los individuos que se opone a ambas instituciones consideradas como un todo. La autonomía del individuo y su suprema dignidad exige que la comunidad esté organizada por la suma de hombres libres y separados unos de otros.<sup>20</sup> Sobre estos elementos se establecen unos criterios universales con los que se pueden enjuiciar y valorar éticamente a todas las culturas.

La crítica y las limitaciones de esta perspectiva son varias: el sujeto de los Derechos Humanos es abstracto y vacío y pierde su identidad concreta, con su condición de clase, de género y sus características étnicas. Todas las determinaciones reales y materiales son sacrificadas en el altar del hombre abstracto, sin historia y sin contexto.<sup>21</sup> Pero las deficiencias no solo residen en que la acentuación de la importancia del individuo abstracto implica una homologación que vacía las identidades y una total despreocupación por las diferencias y por la dimensión colectiva de las personas, ni en el hecho de que abstrae los contextos y los procesos históricos donde la gente se desenvuelve. También el concepto liberal moderno de Derechos Humanos

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 220-221.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 210-ss; ver también SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Por una concepción multicultural de los Derechos Humanos”, en *Memoria*, Bogotá, 101, p. 46.

<sup>21</sup> Ver DOUZINAS, Costas, “Análisis del pensamiento de Marx”, en *O fim dos direitos humanos*, Sao Leopoldo, Editora UNISINOS, 2009, p. 171.

presenta muchos otros puntos ciegos: las abstracciones de ese hombre sin atributos son expresión de un localismo hegemónico y expansivo —encarnado inicialmente en el individuo occidental blanco, varón, mayor de edad, propietario, emprendedor, creyente religioso cristiano, heterosexual, competitivo e individualista— que destruye, somete o domina al resto de culturas y que al aplicarse, deja fuera de sus derechos a la mayoría de la población —mujeres, homosexuales, negros, pobres, pueblos indígenas, etcétera.<sup>22</sup> En términos epistémicos, se oculta el lugar de quien enuncia, el *locus* de la enunciación, referido a la ubicación geopolítica y corporal del sujeto que habla. El propio Ramón Grosfoguel lo explica con estas palabras: en *las filosofías y en las ciencias occidentales, el sujeto que habla siempre está escondido, se disfraza, se borra del análisis*. Su modo de conocimiento ha privilegiado el mito del Ego no situado. *La ubicación epistémica étnica/racial/de género/sexual y el sujeto que habla están siempre desconectados. Al desvincular la ubicación étnica/racial/de género/sexual del sujeto hablante, la filosofía y las ciencias occidentales pueden producir un mito sobre un conocimiento universal fidedigno que encubre quien habla, así como su epistémica geopolítica y corpo-política en las estructuras de dominación del poder/conocimiento coloniales desde los cuales habla.*<sup>23</sup>

En parecidos términos se expresa el colombiano Santiago Castro-Gómez cuando califica la *hybris del punto cero* de las filosofías eurocéntricas. Bajo el manto de la neutralidad, la objetividad y la universalidad, se protege y disfraza a quien nomina (el humano occidental), considerando el supuesto de que habla *desde el ojo de Dios* como si estuviera más allá de un punto de vista particular y convirtiéndolo en universal. La perspectiva local y cultural desde la que emite las palabras y el conocimiento se bañan y se barnizan con un abstracto universalismo.<sup>24</sup> En este molde epistémico, los Derechos Humanos son lugares de enunciación de los centros imperiales capitalistas que se proyectan como valores universales incontestables que facilitan el sostenimiento de su hegemonía económica, política y cultural, imposibilitando cambios sustanciales en sus relaciones de dominación.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> ETXEBERRIA, Xabier, “Los Derechos Humanos: universalidad tensionada de particularidad”, en *Los Derechos Humanos, camino hacia la paz*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1997, p. 94.

<sup>23</sup> GROSFOGUEL, Ramón, “La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales”, p. 376.

<sup>24</sup> Ver CASTRO-GÓMEZ, Samuel, *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*, Bogotá, referencia tomada de Ramón Grosfoguel, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, *op. cit.*, p. 377; ver también MÉDICI, Alejandro, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, pp. 44-ss.

<sup>25</sup> PÉREZ ALMEIDA, Gregorio J., “Los Derechos Humanos desde la colonialidad del poder”, en *Los Derechos Humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y*

En la misma línea, Boaventura de Sousa Santos califica de *abismal* al pensamiento occidental porque consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, constituyendo las segundas en fundamento de las primeras. Lo invisibilizado se establece por medio de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos dicotómicos: el universo de *este lado de la línea* que es como si fuera el punto cero de emisión, el que marca los criterios de verdad y superioridad, y el universo *del otro lado de la línea*, que pasa a ser no existente, ausente e inferior. Este dualismo se reproduce en otros registros culturales como el conocimiento (ciencia/saberes tradicionales; verdad/falsedad), el derecho (legal/ilegal; monismo jurídico/pluralismo jurídico), la cultura (civilización/barbarie o primitivo), la economía (desarrollo, subdesarrollo), la geografía política (Norte/Sur), etcétera. Con estos dispositivos se jerarquiza la realidad en instancias y realidades superiores e inferiores. El mundo se divide entre sociedades metropolitanas y sus colonias. El lugar desde el que se enuncia estas clasificaciones aparece como neutral, universal y objetivo, provocando exclusiones radicales que en nuestro presente se van incrementando.<sup>26</sup>

En lo que respecta a los Derechos Humanos, estos son utilizados como parte de los diseños globales occidentales que, al ocultar el lugar de enunciación, impuso una dinámica de dominación imperial construyendo una jerarquía de conocimiento de gente superior y gente inferior en todo el mundo. Lo universal resulta ser la autorrepresentación de las metrópolis, mientras que lo cultural-particular es la descripción de todo lo que afecta al sur y/o a la periferia.<sup>27</sup> El universalismo apriorístico abstracto, desde la colonialidad del poder y la *hybris del punto cero*, se construye a partir de la noción de un ser humano con atributos definidos, que está *a este lado de la línea* y que acabamos de mencionar: el hombre blanco, varón, mayor de edad, propietario, emprendedor, creyente religioso cristiano, heterosexual, competitivo e individualista. Del *otro lado de la línea* están los esclavos, los siervos, las mujeres, las lesbianas, los gays, los pobres, los indígenas, los negros y las negras, las prostitutas, etcétera. De este modo, los Derechos Humanos son un significativo de la cultura occidental referidos a una peculiar concepción de

*latinoamericana*, Caracas, Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá, VV.AA., 2011, pp. 117-ss.

<sup>26</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, en *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses (eds.), pp. 21-ss. Del mismo autor ver “Se deus fosse um ativista dos direitos humanos”, pp. 16-17. y también ver MÉDICI, Alejandro, *La constitución horizontal*, pp. 42-ss.

<sup>27</sup> GROSFOGUEL, Ramón, *op. cit.*, p. 378; y RAJAGOPAL, Balakrishnan, *El derecho internacional desde abajo*, p. 242.

dignidad humana ligada al individuo propietario, la emergencia de la economía capitalista de mercado, el trabajo asalariado que depende del capital y el predominio del valor de cambio sobre el valor de uso, entre otros elementos. Lo humano en los Derechos Humanos se reduce a un modo de entender el poder y la convivencia, en donde el protagonista es el *homo oeconomicus*, es decir, el hombre económico del mercado, racional pero dentro de las opciones y las posibilidades ofrecidas por el Estado y por las condiciones materiales del mercado global.<sup>28</sup> Además, esa concepción de Derechos Humanos implica un universalismo particular ficticio o monocultural hegemónico porque ejerce desde esa posición de superioridad epistémica y práctica, del saber, del poder y el hacer humanos, todo un monopolio tanto sobre el acceso a las condiciones socioeconómicas con las que se puede llegar a lo universal,<sup>29</sup> como sobre las condiciones epistémicas, espirituales y relacionales.

Asimismo otro punto ciego de los Derechos Humanos, derivado de los anteriores, guarda relación con su dimensión individualista. En la primera parte de este trabajo ya comentamos que el imaginario que se utiliza de los Derechos Humanos, tal como lo entendemos oficialmente, no permite enfrentar la violencia estructural y asimétrica de nuestro sistema capitalista global. No la afecta y solo tiene efectos paliativos y puntuales. Pues bien, el paradigma occidental dominante sobre los Derechos Humanos al basarse en actores individuales y en su intencionalidad, además de reducir su sistema de garantías al Estado y a los circuitos judiciales, resulta ciego a la violencia estructural edificada sobre las tramas sociales de dominación y opresión. No cuestiona las causas estructurales o sociopolíticas que están en la raíz de las violaciones de los Derechos Humanos como puede ser la estructura de la propiedad de la tierra, el modo de producción económica, el control de los recursos naturales, las formas de administración sexual o espiritual, los tipos de administración de la vida y la muerte de las personas, etcétera. No es solo un problema de activar los derechos una vez que se violan, sino que también se reducen a un sistema judicial casuístico, azaroso, puntual. Priman los hechos o los actos individuales y no se juzgan las estructuras, ni los procesos sociales, ni las relaciones sobre las que la sociabilidad humana se desenvuelve sobre dinámicas de dominación o dinámicas de emancipación y liberación.<sup>30</sup> Por eso es necesario decodificar las asimetrías sobre las que se sostienen los discursos y las instituciones sobre Derechos Humanos. Hay que saber ubicar el lugar y el modo de operar de los distintos modos de dominación e intentar desco-

lonizar la matriz colonial de los derechos cuestionando jerarquías opresoras que clasifican el mundo en humanos superiores (con sus producciones y sus productos) y humanos inferiores (junto con sus producciones y productos).<sup>31</sup>

Por esta y otras razones, se puede afirmar que el concepto estrecho liberal y occidental de Derechos Humanos, tal como se interpreta y aplica, deja intactas las sociabilidades, las tramas sociales y relacionales propias del modo de vida capitalista que se basa en una división heterárquica, desigual y asimétrica estructural tanto del saber, del poder, del ser y del hacer (trabajo humano incluido), que discrimina, margina, domina y oprime desde el punto de vista de género, racial, de clase, etario y cultural. Por ello deja fuera de la posibilidad de disfrutar derechos a la mayor parte de la humanidad. Los Derechos Humanos vistos solo desde sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales, abstractas y normativas, invisibilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos. Como se ignora y se fortalece el mal común que solo beneficia a unos pocos a costa de la mayoría, puede estimarse que los colectivos populares y oprimidos luchan permanente y continuamente por condiciones de una vida digna de ser vivida (étnica, epistémica, social, económica, política, libidinal-sexual, cultural...) más allá de las generaciones de derechos establecidas doctrinal y jurídico-positivamente, desde un prisma eurocéntrico.<sup>32</sup>

En función de lo que venimos diciendo, se hace necesario cuestionar el imaginario liberal-burgués con pretensiones universales que se ha hecho hegemónico hasta nuestros días sobre los cimientos de las tramas sociales y relaciones humanas construidas simbólica, institucional, cultural y existencialmente desde sus modos de vidas, con sus prioridades particulares e intereses políticos, económicos, religiosos y epistémicos concretos que han construido y proyectado como universales. La lucha y la resistencia de la burguesía no pueden condicionar, por considerarse que son las únicas, otras luchas contra opresiones diversas y reivindicativas de ideas, valores o principios de dignidad plurales.

<sup>31</sup> GUILLÉN RODRÍGUEZ, Maryluz, "La construcción hegemónica de los Derechos Humanos: una aproximación desde Gramsci", en *Los Derechos Humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*, VV.AA., p. 307.

<sup>32</sup> Sobre las generaciones de Derechos Humanos, ver SÁNCHEZ RUBIO, David, *Encantos y desencantos... op. cit.*

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 235. MÉDICI, Alejandro, *op. cit.*, p. 45. GROSGOUEL Ramón, *op. cit.*, p. 378.

<sup>29</sup> BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999, pp. 90 y 96-97.

<sup>30</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, p. 285; y MÉDICI, Alejandro, *op. cit.*, p. 48.

En este sentido, para Ellacuría, en nombre de Derechos Humanos se establece un manto de universalidad ideal que se sostiene sobre una particularidad real que solo es favorable para unos pocos y desfavorable para la mayoría. Acaba ideologizándose al mentir con un falso reconocimiento de quienes son miembros plurales y diferenciados del género humano desde la hegemonía y la homogenización de un grupo minoritario particular. También sirve como una máscara para tapar las violaciones de los derechos más básicos vinculados por las condiciones de existencia (p.e. el derecho a la vida ya mencionado). De ahí la necesidad de historizarlos, de situarlos en sus procesos de lucha, sus realidades contextuales y particulares, con sus actores, sus acciones, los medios utilizados, las espiritualidades institucionales y no institucionales. Por historización Ignacio Ellacuría entiende, en primer lugar, ver cómo se están realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como universal o como “deber ser” del bien común o de los Derechos Humanos; y en segundo lugar, en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común y de los Derechos Humanos. Al hacer esto, se comprueba que la realidad de los derechos es su negación fundamental a la mayor parte de la humanidad. Pese a que deben ser reconocidos como derecho de todos, se convierten en privilegio de pocos.<sup>33</sup>

A tenor de lo dicho, cuando se habla de la dimensión utópica y de esperanza de los Derechos Humanos no hay que quedarse en los enfoques que reducen la dimensión incompleta e inacabada de la justicia y de plenitud, a un futuro incierto.<sup>34</sup> Ni tampoco a una realidad de libertad o dignidad que se reivindica porque no se tiene, porque se viola o porque se carece de ella. Los Derechos Humanos son la punta del iceberg de una estructura relacional de vida mucho más compleja que permite o no su disfrute, su ejercicio diario. Por esta razón, el componente utópico potencialmente transgresor a favor de una vida digna de ser vivida será mayor entre quienes sufren relaciones de poder discriminadoras y opresoras y se les impide el disfrute existencial que conlleva el poder reaccionar en entornos relacionales desde sus horizontes de sentido étnicos, raciales, etarios, socio-materiales, sexuales y genéricos. En cambio, la dimensión utópica será menor o más placentera y acomodaticia, incluso hasta puede ser despreciada, entre quienes pueden disfrutar de sus derechos a partir de la división social del ser, del saber, del poder y del hacer

<sup>33</sup> ELLACURÍA, Ignacio, “Derechos Humanos en una sociedad dividida”, en *Christus*, No. 527, 1979; ver también su “Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, *op. cit.*

<sup>34</sup> En este sentido, DOUZINAS, Costas, “O fim dos direitos humanos”, p. 375-ss.

humanos que les posiciona en una situación de privilegio. En los oprimidos y excluidos el momento negativo de explotación y dominación será la fuente de su lucha por los derechos. Sus utopías son necesarias, transformadoras y transgresoras. En los dominadores y poderosos, sus derechos consolidan sus posiciones de control y de dominio. El cinismo o la posición de superioridad les pueden inculcar una actitud de desprecio, insensibilidad y/o ignorancia hacia quienes son victimizados.

Asimismo, cuando se habla de Derechos Humanos no hay que circunscribir su dimensión al plano de idealidad abstracta y teórica, tanto en lo normativo y lo institucional como en lo discursivo y lo filosófico-doctrinal. Luchar por los derechos no solo es un triunfo de la razón sobre la fuerza (por ejemplo, tal como se estableció con los derechos individuales burgueses), sino que hay que relacionarlos, básicamente con hacerle justicia al débil, al oprimido, al debilitado, al victimizado, pero entendida esta expresión como un esfuerzo por no producirlos como tales, como débiles o víctimas,<sup>35</sup> a través de una *praxis* construida y caracterizada desde ellos, que intente superar las realidades negadoras de sus derechos para superarlas y poder disfrutar realidades que los hacen factibles y experimentables. Se necesita para ello un reconocimiento social y el establecimiento de todo aquello que posibilite las condiciones materiales para ejercerlos con todas las sociabilidades y tramas sociales que permite su disfrute.<sup>36</sup> Para lograr un mayor grado de éxito y eficacia en el reconocimiento de los derechos, Helio Gallardo habla de la necesidad de transferencias de poder hacia aquellos colectivos victimizados y oprimidos que permitan dotar de carácter, convocando, a las relaciones humanas desde otro prisma no opresivo, sino liberador, articulado desde dinámicas en las que todos sean sujetos significadores de realidades plurales, sin tratamientos intersubjetivos jerarquizadores y bañados por medio de lógicas de imperio.<sup>37</sup> De este modo, sería posible que los grupos victimizados dejaran de serlo al crearse espacios relacionales que convocan y sensibilizan al mayor número de personas, donde todos son tratados como sujetos, pudiendo disfrutar de los derechos consolidados y establecidos desde esas lógicas de sociabilidad liberadoras y emancipadoras, en contextos siempre contingentes, reversibles e inciertos.

<sup>35</sup> Según por aclaración hecha por el propio Gallardo, la expresión “hacer justicia al débil” no es correcta porque al débil se le hace “justicia” oprimiéndolo. Lo que hay que hacer es el esfuerzo de no producir débiles.

<sup>36</sup> ELLACURÍA, Ignacio, “Derechos Humanos en una sociedad dividida”, en *Christus*, No. 527, 1979; ver también su “Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, en Juan Antonio (edit.), *op. cit.*

<sup>37</sup> GALLARDO, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de Derechos Humanos*, pp. 31-44.

#### 4. LUCHAS NO COLONIALES ANTI-HETERÁRQUICAS DE RESISTENCIA Y LIBERACIÓN MÁS ALLÁ DEL MOLDE DE LOS DERECHOS HUMANOS

El condicionamiento del imaginario occidental capitalista, moderno y colonial en el ámbito internacional y global es tan grande que se hace difícil visibilizar otras realidades desde horizontes diferentes cuando estamos bebiendo constantemente de sus fuentes. Ya hemos comentado en otros trabajos, de qué manera la versión oficial estatalista, formalista e institucional de Derechos Humanos produce un efecto expropiatorio y de secuestro de la capacidad de lucha constituyente popular por la forma del Estado nacional.<sup>38</sup> El poder constituyente popular se encorseta, encripta y blinda por las instancias estatales y sus políticas públicas. También los Derechos Humanos se despolitizan al ser juridificados en su totalidad en procedimientos normativos interpretados por técnicos y especialistas. El orden jurídico estatal acapara y sustituye el protagonismo de la sociedad civil, y sus derechos aparecen como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. El caso es que este mismo esquema institucional y de gobierno que tiene como formato de organización política al Estado, se ha aplicado y llevado a cabo en todos los países del sur o periféricos que han padecido el orden colonial europeo de siglos pasados y que han seguido procesos de descolonización y de construcción nacional. No es solo el problema de si los Derechos Humanos son un nuevo caballo de Troya hecho por Occidente para el tercer mundo, como un dominio o terreno para la puesta en práctica de sus imperativos universales,<sup>39</sup> sino también si en su versión oficial y simplificada, los Derechos Humanos han servido de herramienta de control y dominio sobre el pueblo, la sociedad civil, por parte de las elites gobernantes en los países neo-colonizados.

En esta dirección trabaja Balakrishnan Rajagopal en su libro *El derecho internacional desde abajo*. El campo de resistencias contra las injusticias en el sur global se traducen al estilo occidental de luchar por los derechos sin tomarse en serio toda su variedad y riqueza. Se hace una traducción de todas las luchas no occidentales desde la óptica y la mirada occidental, convirtiéndose, los Derechos Humanos, en el único lenguaje de emancipación y en el lenguaje político progresista y de resistencia frente a la opresión en el ter-

<sup>38</sup> Ver SÁNCHEZ RUBIO, David, "Crítica a una cultura estática y anestesiada de Derechos Humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos" en *Derechos y Libertades*, No. 33, Época II, junio 2015.

<sup>39</sup> Ver en este sentido el monográfico "Los Derechos Humanos: ¿un nuevo caballo de Troya?", en *Ixtus*, No. 57, 2006.

cer mundo.<sup>40</sup> Esto provoca que se ignoren y se invisibilicen otras formas de protesta y de lucha que se mueven más allá del discurso único de resistencia autorizado por el derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>41</sup>

El caso es que la cultura sobre la que se asienta nuestra defensa de los Derechos Humanos a nivel intra-cultural se reproduce a nivel global. El marco pautado por el aparato de la modernidad en lo político (Estado) y en lo económico (mercado) contribuye a eliminar y a debilitar mecanismos y estructuras sociales no estatales no solo de garantías, sino de luchas y resistencias. Como contrapartida, el Estado acapara todo el protagonismo como garante y también como instancia de represión estratégica frente a cualquier amenaza a la seguridad nacional y mercantil. Por ejemplo, los pueblos indígenas y el desprecio hacia sus derechos colectivos son una clara manifestación de la relación asimétrica de poder centralizada en los estados, que han sufrido desde la impronta civilizadora de la ilustración europea reproducida por las elites criollas y mestizas latinoamericanas. Los derechos al territorio, a la autonomía y a sus propias identidades no son parte del canon original liberal de los Derechos Humanos.<sup>42</sup> Los diseños de los programas de los gobiernos estatales son los que determinan el contenido real de los derechos y estos se burocratizan. Se vuelve a caer en el error intencionado de pensar que los Derechos Humanos parten de una concepción abstracta a priori, previamente establecida y sin límites teóricos, por lo que se concretizan únicamente en normas y procedimientos —fetichismo institucional—, desconsiderando que su campo real de cultivo son las actuaciones de los poderes y las luchas reales y cotidianas de la gente.<sup>43</sup>

Con todo esto, los lugares de enunciación o de punto cero de los derechos se enmarcan en los centros de poder tanto de los países de capitalismo central como de los países de capitalismo periférico y dependiente. Las oligarquías periféricas gobernantes reproducen un imaginario sesgado y estrecho de los Derechos Humanos, incluso por muy bienintencionado que sea por parte de los aparatos estatales y las ONG que los sustituyen o los complementan. Lo mismo sucede en el orden jurídico internacional de Naciones Unidas.

<sup>40</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, pp. 198, 205-206.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>42</sup> GUTIÉRREZ GARCÍA, Erick L., "Aportes para una visión liberadora de los Derechos Humanos desde una crítica intercultural", en *Los Derechos Humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*, VV.AA., p. 250. SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Se deus fosse um ativista dos direitos humanos*, pp. 23-24.

<sup>43</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, pp. 259-260, 270, 277 y 291.

Por esta razón hay que tener en cuenta varias distinciones que nos permitan ampliar el paisaje relacionado con los Derechos Humanos en su vínculo con lo universal:

a) Por un lado, si hay algo que es característico de la condición humana es su diversidad y su pluralidad. No existe un ser humano completo, inmortal, omnipotente y omnisciente. Otra cosa es que haya alguien que se lo crea. Cada persona es un mundo y pone en la mano muchos mundos. No hay en la Tierra dos personas exactamente iguales. Nuestra condición finita, incompleta y mortal forma parte de nuestra naturaleza socio-históricamente producida. Que la humanidad se manifieste a través de distintas versiones heterogéneas, llena de matices, con saberes, formas de hacer, corporalidades y espiritualidades múltiples, producidas desde plurales miradas, tactos, colores, audiciones, sabores, olores, emociones y sentimientos, combinando espacios, ritmos y tiempos diversos, expresa su riqueza en los procesos de significar y resignificar la realidad y de hacer y deshacer mundos. La multiculturalidad es un hecho que la historia demuestra desde tiempos remotos y que la globalización, sincrónicamente y desde nuestro presente, ha visibilizado en mayor grado.

El problema aparece en el modo como se gestiona esta riqueza humana arco iris. El mito bíblico de la tradición hebrea de la torre de Babel narrado en el Génesis y retomado por Raimundo Panikkar,<sup>44</sup> puede servirnos de pretexto para abordar cómo se puede administrar, enfrentar, limitar, consolidar, fortalecer, debilitar y/o tratar positiva o negativamente, el fenómeno de la multiculturalidad y lo pluriversal, que no hay que interpretarlo ni juzgarlo como una maldición, tal como el relato del Génesis defiende, sino todo lo contrario. La luchas por la dignidad humana reclaman a gritos, la necesidad de babelizar positivamente no solo la realidad de los Derechos Humanos y otras luchas de resistencia contra la injusticia, sino también otras producciones y otros productos socio-históricamente construidos como el derecho, la democracia, el concepto de ciudadanía, la administración de justicia, el poder, la sexualidad, la familia, lo racial, etcétera. Babelizar el mundo desde una lógica anti-colonial, descolonizadora, no colonial, sin pretensiones imperiales y de dominación, reconociendo la diversidad y la diferencia en el mundo pluriverso de la especie humana en su relación con la naturaleza.

Por esta razón hay que ser conscientes de que los Derechos Humanos occidentales son una forma más entre otras de lucha por la dignidad. No es el

<sup>44</sup> PANIKKAR, Raimon, *Sobre el diálogo intercultural*, Salamanca, Ed. San Esteban, 1990, pp. 15-16.

único discurso de resistencia y de emancipación para las mayorías sociales oprimidas de todo el mundo. Existe una heterogeneidad y una pluralidad de actores sociales y formas de movilización social que se enfrentan a los complejos modos de dominación heterárquicos y que abren, articulan e intentan consolidar diversos procesos de lucha a favor de sus particulares conceptos de dignidad dentro y fuera de los cauces institucionales, seculares y burocráticos. Panikkar afina con claridad al explicar metafóricamente que los Derechos Humanos son la ventana con la que la cultura occidental traduce su idea de orden justo. Existen otras ventanas con sus propias visiones sobre la justicia. Por eso deben complementarse.<sup>45</sup> Todas las culturas poseen diversas concepciones sobre la dignidad humana, pero no todas ellas las conciben en forma de Derechos Humanos. Múltiples son las experiencias culturales y políticas en los países del sur global en las que los movimientos sociales de resistencia son los protagonistas desde bases ideológicas diferentes a las referencias culturales y políticas occidentales predominantes. Lo que hay que hacer es buscar los denominadores comunes y las diferencias existentes entre los Derechos Humanos generados en Occidente y aquellos equivalentes isomórficos que tienen un parecido estadio o nivel de importancia en las culturas que los defienden.

Asimismo, Raúl Fernet Betancourt afirma que los Derechos Humanos representan una energía liberadora de la humanidad, no siendo motivo de objeción para reconocer su contenido emancipador, el hecho de que su origen histórico se sitúe en el seno de la historia de Occidente. Para el filósofo cubano-alemán, los Derechos Humanos no son un fruto nativo que hubiese crecido sin más en el suelo cultural europeo. Son expresión de su tradición alternativa liberadora. Y más bien representan una conquista que ha tenido que ir siendo lograda en y por la lucha por la propia cultura contra las resistencias de los poderes establecidos en ella como factores de orden social y político. La historia de los Derechos Humanos, forma parte de la cultura humana de la memoria de liberación a partir de las reacciones surgidas de experiencias humanas violentadas. Transmite un capítulo histórico humano de la memoria liberadora que se encarna en la lucha que desarrollan y tienen los seres humanos oprimidos y que sufren injusticias.<sup>46</sup>

Desde otro punto de vista, el sociólogo del derecho belga Cristoph Eberhard señala que la historia de Occidente, con sus defectos, ha desarrollado los Derechos Humanos a través de su cultura e historia, encontrando en su

<sup>45</sup> PANIKKAR, Raimon, *Seria a noção de direitos humanos um conceito universal?*, p. 228.

<sup>46</sup> FERNET-BETANCOURT, Raúl, *Hacia una filosofía intercultural*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001.

tradición algo universal (el respeto por la vida humana, el ideal de la fraternidad comparten algo más, pues hunden sus raíces en lo más profundo de la experiencia humana). Por esta razón no hay que deconstruir la visión occidental de Derechos Humanos, negando su universalidad, sino enriquecer este enfoque a través de perspectivas culturales diferentes, con el fin tanto de aproximarnos progresivamente hacia una práctica intercultural de los mismos, como de generar la apertura de nuevos horizontes para la vida buena de todos.<sup>47</sup> Pero no por ello la lucha por la dignidad de Occidente debe ser la voz cantante obligatoriamente. La historia de Occidente está llena de procesos internos y externos de colonización e imperialismo donde los colectivos o grupos que se resistieron a su influencia como protección de sus tradiciones, han sufrido represalias políticas, discriminaciones económicas de todo tipo e incluso técnicas de eliminación y destrucción genocida. Esta historia ha ido de la mano del surgimiento y de la posterior universalización del ideal de los Derechos Humanos. Tal como ya hemos dicho, pese a su componente emancipador, su contexto de desarrollo por el mundo ha tenido también una cara de dominación. Por esta razón son muchas las culturas y los grupos étnicos e indígenas que son recelosos a la hora de utilizar una figura que ha estado asociada a procesos de conquista, robos, pillaje, expolios y guerras. Cuestionan los Derechos Humanos como posible instancia universal que permita dar cuenta de todas las expresiones culturales relacionadas con ideales de emancipación, liberación y dignidad humana.

Como un intento aglutinador intercultural, Boaventura de Sousa Santos apuesta por una lucha contra-hegemónica de los Derechos Humanos que mira por las mudanzas estructurales y sociales que son responsables de la producción sistemática del sufrimiento humano injusto y que reaccionan contra diversos modos o sistemas de opresión. Se trata de luchas contra el poder y sus excesos, la injusticia y la opresión, ocurra donde ocurra. Para facilitar su recuperación y su entendimiento, Sousa Santos y también Panikkar, abogan por una hermenéutica diatópica con la que articular lugares de concurrencia y encuentro interculturales abiertos a la alteridad por medio del diálogo, críticas recíprocas, fecundaciones y enriquecimientos mutuos.<sup>48</sup>

Evidentemente, cuando se habla de áreas de concurrencia, de preocupaciones isomórficas mutuamente, de puntos o parámetros inter-culturales y de

<sup>47</sup> EBERHARD, Christoph, "Derechos Humanos y diálogo intercultural", en *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Manuel Calvo García (coord.), 2002.

<sup>48</sup> Ver SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Se deus fosse um ativista dos direitos humanos*, pp. 105, 122 y 134; PANIKKAR, Raimon, *Seria a noção de direitos humanos um conceito universal?*, op. cit., p. 237.

equivalentes homeomórficos recíprocamente inteligibles, los riesgos de imposiciones hegemónicas y de dobles discursos excluyentes aparecerán a cada instante, porque siempre tendemos a mirar desde nuestros propios horizontes de sentido, desde nuestras propias ventanas culturales. De ahí que esta pluri-versalidad dialógica y de confluencia sea tan difícil de construir y deba hacer referencia a aquella dimensión de la realidad a partir de la cual se puede conocer si los procesos de desarrollo, encuentros y conflictos interculturales provocan situaciones de marginación, discriminación y exclusión social en todas sus esferas y dimensiones. Ese lugar lleno de riesgos, incertidumbres, avances y retrocesos podemos encontrarlo en distintas versiones sobre la dignidad y en la figura de Derechos Humanos que hay que articular y enseñar sin la intención de homogenizar con una idea de unidad, sino respetando las diferencias y su base relacional e histórica.

b) Por otro lado, pero muy relacionado con lo anterior, es que uno de los fundamentos esenciales o centrales de los Derechos Humanos reside en la fuente que les dan origen y los mantiene vivos: la *praxis* de liberación. En este sentido, los Derechos Humanos tienen en su reclamación a uno de sus componentes más importantes. Según Ellacuría la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de fuente no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora. Por ello, la situación de sufrimiento e injusticia exige vislumbrar el problema de los Derechos Humanos desde lo que es la raíz más profunda de esa realidad negadora que produce el daño y la inferiorización de unos sujetos por otros, pues la condición de esclavo, débil u oprimido no cae del cielo ni es *primigenia*, ni tampoco consiste en una mera carencia, sino que es derivada de un estricta privación, de un despojo múltiple y diferenciado, socio-históricamente producido.<sup>49</sup>

La comunidad de víctimas que sufre distintos procesos de inferiorización, dominación, marginación, humillación y exclusión y que busca subvertir el sistema que le niega las condiciones para la producción, reproducción y de-

<sup>49</sup> ELLACURÍA, Ignacio, "Historización de los Derechos Humanos en los países subdesarrollados y oprimidos", en *La lucha por la Justicia. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Juan Antonio Senent de Frutos (ed.), op. cit., p. 298-299.

sarrollo de una vida digna de ser vivida es la que produce la *praxis* de liberación. Va más allá del protagonismo del Estado o de la naturaleza humana como fundamento de lo universal.<sup>50</sup> El *sujeto por antonomasia de la praxis de liberación es la víctima que, adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida.*<sup>51</sup> Por lo general, los discursos y las prácticas de los Derechos Humanos se hacen hegemónicos de arriba abajo, desde las instancias de poder. Por medio de la liberación, se invierte el proceso para que sea de abajo desde donde irradiar las luchas de resistencia, legitimándolas y articulándolas para que la vigencia de los Derechos Humanos sea más social que jurídica.<sup>52</sup> De ahí la importancia de las transferencias de poder a las que aludía Helio Gallardo, desde las tramas sociales y relaciones que son la base de las dinámicas de emancipación y liberación. No se puede hablar de un real pluralismo cultural sin un verdadero pluralismo socio-material, económico, político<sup>53</sup> y epistémico asentado sobre lógicas y espiritualidades en las que los seres humanos son considerados y consideran a sus semejantes como sujetos que dotan de carácter a sus propias realidades. Los seres humanos deben tener derecho a hacer sus propios mundos diferenciados, babelizando sus entornos de relaciones sin hegemonías ni rostros coloniales unitarios monoculturales e impositivos.

Si resulta que históricamente, el motor del surgimiento y la reivindicación de un derecho está en la lucha social de los oprimidos y de las víctimas, uno de los fundamentos principales de los Derechos Humanos se encuentra en los movimientos sociales, en las sociedades civiles emergentes y en sus movilizaciones contestatarias frente a un agravio, un daño o una realidad negativa que los ahoga, oprime y limita. Los actores sociales y los sujetos socio-históricos protagonistas, como, en principio, la burguesía y, posteriormente, la clase trabajadora, los pueblos indígenas, el campesinado y las mujeres feministas —por mencionar sólo algunos—, en sus luchas intentan alcanzar una incidencia política y cultural que puede institucionalizar sus reclamos no solo jurídicamente, sino sobre la base de la eficacia social real y factible.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Ver ROSILLO, Alejandro, *Fundamentación de Derechos Humanos desde América Latina*, México D.F., Itaca, 2014, pp. 122-123 y 151.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>52</sup> Ver RODRÍGUEZ, Guillén, *La construcción hegemónica de los Derechos Humanos: una aproximación desde Gramsci*, pp. 289 y 300.

<sup>53</sup> Según PANIKKAR, Raimon, *Seria a noção de direitos humanos um conceito universal?*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>54</sup> Ver GALLARDO, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de Derechos Humanos*, pp. 31 y 44.

Resulta necesario y central potenciar en todas las culturas y formas de vida las dimensiones no coloniales e impositivas instituyentes y soberanas de los sujetos populares a todos los niveles: desde la 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 y sean o no reconocidos por las normas jurídicas. Son las luchas de resistencia frente a órdenes diversos de poder y sus excesos en contextos múltiples y heterogéneos que pueden ser traducidas como reivindicaciones de Derechos Humanos o de demandas de reconocimiento de dignidades humanas equivalentes. Estas se dan en todas las culturas no solo en el marco del sistema capitalista colonial y moderno. Por ello hay que enfrentar a todos los niveles las heterarquías de dominación u opresión étnico-racial, de clase, de género, etaria, cultural, etcétera, tanto producidas con motivo de la matriz colonial occidental, como las generadas al interior de los sistemas de dominación de las culturas o formas de vida no occidentales.

Históricamente en todas las culturas han existido y existen otras epistemologías, otras racionalidades, otros saberes, otros modos de producción y distribución, otras miradas y espiritualidades, otras formas de entender las relaciones humanas y de institucionalizarlas y simbolizarlas. Las hay con más o menos pretensiones hegemónicas y homogéneas. Pero de lo que se trata es de que, interculturalmente, se recuperen y se den las condiciones de posibilidad para que aquellas culturas y formas de vida más emancipadoras y liberadoras, aquellas que reconozcan más ámbitos de reciprocidad y reconocimientos mutuos entre los seres humanos, las más solidarias y fraternales, las que más protegen la supervivencia de la naturaleza y la humanidad, sean las que realmente se conviertan en el poder constituyente del mundo, a partir del reconocimiento de que la pluralidad y la diversidad son las riquezas del homo sapiens-demens, usando la expresión de Edgar Morin.

Los Derechos Humanos junto con otros procesos de lucha por la dignidad humana contextual e histórica, deben contribuir al desarrollo de propuestas y miradas interculturales que, desde el respeto y la capacidad de los seres humanos de dotar de sentido a sus propias realidades en tanto sujetos plurales y diferenciados, defienden divisiones del ser, del saber, del poder y del hacer humanos no de coloniales y basadas en solidaridades y reciprocidades que no reniegan de ámbitos de encuentro comunes interculturales, enfrentando un modo de interpretar lo universal de manera aparentemente inclusiva y en

abstracto y basado en asimetrías concretas de carácter racista, clasista y patriarcal. Se trata de luchas y prácticas simbolizadas que colisionan, tal como hemos intentado reflejar, con un discurso, un imaginario y una práctica que incluso ofrece opciones de defensa del pluralismo y de la diversidad, pero desde un criterio cerrado y excluyente de lo universal, no abierto a otras expresiones étnicas, productivas, sexuales, genéricas, culturales e identitarias. Por ello el horizonte de los Derechos Humanos hay que enmarcarlos en un mundo Babel anti-heterárquico, descolonizado y de liberación.

Finalmente, Derechos Humanos y los universalismos de las luchas de resistencias hay que entenderlos como expresiones situacionales que nacen y se desarrollan desde el comportamiento humano y el testimonio de la gente, no desde los discursos y las teorías, que son una parte mínima de la experiencia. Un imaginario y una *praxis* pluriversal, diatópica y de confluencia deben cultivar el respeto de la diferencia en espacios en los que desde ellas permitan en igualdad de condiciones y a todos los sujetos humanos poder crear, significar, recrear y hacer mundos plurales en lo étnico, lo cultural, lo sexual, lo libidinal, lo social, lo económico, lo político, lo epistémico y lo espiritual.

## JOSÉ MARÍA LUIS MORA, UN BREVE BALANCE HISTORIOGRÁFICO

Mario A. TÉLLEZ G.\*  
Antonio ENRÍQUEZ S.\*\*

A primera vista pareciera apresurado afirmar que todavía no se ha terminado de dimensionar a profundidad el papel histórico, el pensamiento y la vida de un personaje de la proyección de José María Luis Mora, reconocido por la historiografía reciente como el precursor de la reforma liberal en México, luego de la cantidad de estudios que se han venido realizando en torno a su figura desde el siglo pasado y hasta nuestros días —véase el cuadro—. Pareciera arriesgado afirmarlo si consideramos que actualmente se cuenta con su producción intelectual publicada casi íntegramente<sup>1</sup> y que ésta ha sido fuente rebosante y veta inagotable —y sin duda alguna sigue y seguirá siéndolo— para acercarnos a las inquietudes y pensamiento del doctor Mora, a quien se ha examinado o, ocuando menos, destacado y reconocido, a partir de sus escritos como historiador, escritor, economista, sociólogo, filósofo, educador y legislador.<sup>2</sup> Finalmente, también pareciera precipitado apuntar semejante

\* Profesor investigador definitivo de la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Cuajimalpa.

\*\* Integrante del proyecto “Fuentes histórico jurídicas mexicanas” desarrollado en la Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Cuajimalpa.

<sup>1</sup> Consideramos que hace falta editar nuevamente las Actas de Debates del Congreso Constituyente del Estado de México, que se publicaron en diez tomos en los años veinte del siglo XIX por el propio gobierno del Estado de México. Se pueden conseguir de forma aislada algunos tomos, pero no hemos visto una serie completa. Nosotros recuperamos de forma digital los manuscritos de las actas que se conservaban hasta la LV Legislatura. Téllez G., Mario A., et al. (compiladores), *Actas de debates de las legislaturas del Estado de México 1820-1910*, México, LV Legislatura/ITESM, 2006.

<sup>2</sup> Véase YÁÑEZ, Agustín, “Prólogo”, en *México y sus revoluciones*; MARTÍNEZ, José Luis, “Mora, historiador y escritor político”, en *México y sus revoluciones*; SILVA HERZOG, Jesús, “El doctor Mora, economista”, en *Memoria de El Colegio Nacional*; ESCOBAR VALENZUELA, Gustavo Alberto, *El liberalismo ilustrado del Dr. José María Luis Mora*; ZEA, Leopoldo, “Mora y el problema de la educación”, en *Memoria de las mesas redondas sobre las ideas de Valentín Gómez Farías y José María Luis Mora*; HEREDIA CORREA, Roberto, “Tres reformas educativas en torno a 1833”, en *Relaciones. Estudios de*

apreciación si valoramos el impacto que, en su justa dimensión histórica, tuvo el personaje en los marcos del liberalismo y de la historia de las ideas en México. Fue Mora, posiblemente, el líder nato del liberalismo en buena parte del siglo XIX; concretamente, constituyó la figura visible del primer liberalismo mexicano que antecedió a la generación de la Reforma. Y así se le sigue reconociendo hasta nuestros días.

Siendo figura de primer orden parece increíble que no se le conozca exhaustivamente a estas alturas. Pareciera factible afirmar, por el contrario, que ya nada más tiene que decirse sobre José María Luis Mora. No obstante lo anterior, hay otros elementos que permiten pensar que no se ha terminado de dimensionar a Mora. Como veremos en estas líneas, hay nuevos ángulos y facetas que han sido pasados por alto en la moderna historiografía que atañe al personaje.

En este trabajo destinado a realizar, como se apunta en el título, un breve balance historiográfico sobre el personaje, trataremos de ofrecer —cuando sea posible— nuevos ángulos sobre lo ya conocido.

#### ¿FIGURA HISTÓRICA OLVIDADA?

Parece conveniente precisar que si bien es cierto que el doctor Mora estuvo presente en los estudios historiográficos del siglo pasado con mayor o menor intensidad a medida que éste transcurría —véase con detenimiento el cuadro— y que últimamente se cuenta con nuevas investigaciones sobre su vida y, principalmente, sobre su pensamiento, que reflexionan y aportan nuevas aristas para la comprensión de esta figura notable, esto no siempre ha sido así. No, al menos, como a primera vista pudiera suponerse. Llama entonces la atención que, pese a la relevancia del personaje, según lo dejan entrever sus acciones, bastante reiteradas en los estudios dedicados a él, y su preeminencia indiscutida en la historia del liberalismo mexicano, no haya recibido ni inmediatamente ni durante mucho tiempo la atención correspondiente. Pensamos que hubo varios factores que obraron para que así fuera; factores que, por cierto, ya hemos precisado y destacado en estudios anteriores y que ahora intentaremos exponer en conjunto.

*Historia y sociedad*; HEREDIA CORREA, Roberto, "Presencia de los clásicos en dos educadores: Mora y Munguía", en *Humanismo y ciencia en la formación de México*; BRISEÑO SENOSIAIN, Lillíán y SUÁREZ DE LA TORRE, Laura (investigación y selección), "Mora, legislador"; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel (editor), "José María Luis Mora y la creación del Estado de México".

En efecto, sabemos el lugar destacado que Mora ocupó entre la generación liberal de mediados del siglo XIX,<sup>3</sup> la que unos años más tarde concretaría las ideas reformistas que aquél había proyectado en 1833, durante la llamada "administración Gómez Farías"; las cuales ya no alcanzaría a ver realizadas, pues el 14 de julio de 1850 muere en París como consecuencia de la tuberculosis que había contraído tempranamente, desde sus años como colegial de San Ildefonso, y que incluso sus críticos posteriores, según Arnáiz y Freg, le habrían de recriminar como un defecto.<sup>4</sup> Paradójicamente, si bien precursor de la Reforma, Mora caería prontamente en el olvido. Por supuesto, las razones de este relego no serían fortuitas. Podemos señalar, desde el ángulo historiográfico, que eclipsada por el triunfo de la generación liberal de mediados de siglo y constituida la Reforma como la piedra angular para explicar el desarrollo histórico de México y su conformación como nación moderna, desde una óptica liberal; la época de Mora figuró como una etapa anárquica (a veces llamada la "era de Santa Anna"), si bien con algunos "intentos prematuros de reforma", y distante de los dos momentos fundaciones de México: primero separado políticamente de España, con la Independencia, y luego liberado de sus remanentes coloniales, con la Reforma.<sup>5</sup> En este tenor, Mora y su época serían los menos estudiados.

Si lo anterior atañe al punto de vista historiográfico, la propia actuación de nuestro personaje, mientras se desempeñó en la esfera pública, antes de su exilio europeo, contribuyó bastante en este relego y polémico debate sobre su figura.<sup>6</sup> Sabemos que en vida a Mora no le faltaron los críticos que se ganó a

<sup>3</sup> La correspondencia sostenida al mediar el siglo confirma la preeminencia que gozaba Mora entre los suyos, llegando a desempeñarse, como propone Hale, en una especie de consejero no oficial del gobierno mexicano. Punto y aparte, sabemos que tuvo la visita de un hombre de esta generación liberal que se abrirá paso en la segunda mitad del siglo: Melchor Ocampo. Es indudable el sitio de respeto e influencia que goza en esta época. Finalmente, vale la pena señalar que este influjo se advierte desde otro ángulo, pues, como llega a plantear Silva Herzog, es muy probable que el trabajo que el doctor Mora presentó en 1831 atendiendo al concurso convocado por el congreso de Zacatecas, que ganó y que intituló "Discurso sobre la naturaleza y aplicación de las rentas y bienes eclesiásticos..." haya influido en las ideas de Miguel Lerdo de Tejada y otros liberales de esta generación en la futura desamortización de los bienes de la Iglesia. HALE, Charles, "El liberalismo mexicano en la época de Mora (1821-1853)", p. 11; *op. cit.*, p. 51.

<sup>4</sup> ARNÁIZ y FREG señalaba hace algunos años que todavía hoy a Mora no le faltan críticos, como lo tuvo en vida propia. En este tenor, los continuadores de sus adversarios le reprochan hasta la tuberculosis que padeció, considerándola un defecto fundamental. ARNÁIZ, Arturo y Freg, "El doctor Mora, teórico de la Reforma liberal", en *Historia Mexicana*, p. 563.

<sup>5</sup> HALE, *op. cit.*, pp. 6, 10, 11.

<sup>6</sup> Cabría preguntarse si acaso su personalidad no jugaría un papel decisivo en esta polémica que se engarza sobre su persona. Yáñez, lo describe como un hombre de "carácter categórico, inflexiblemente intelectual e intelectualmente aristocrático, individualista, desdeñoso hacia la masa, hombre de minorías en su trato y gusto". Y voces similares parecen escucharse entre otros estudiosos. Detestaba la intolerancia —apunta Staples— y, sin embargo, sus propias actitudes dejaban poco espacio a las ideas

pulso, ya como consecuencia de sus críticas sobre la realidad mexicana y las corporaciones de origen colonial, críticas que aparecieron en los artículos periodísticos que publicó durante los años veinte y treinta; ya por las propuestas que impulsó en el constituyente del Estado de México (1824-1827) o cuando se convirtió en el arquitecto de las reformas emprendidas en la administración liberal de 1833 cuando buscó acotar el influjo de la Iglesia y del ejército en la política mexicana, provocando la reacción de estas corporaciones, lo que ocasionó el desplome inmediato de esa administración y el consecuente exilio del propio Mora.<sup>7</sup>

Por supuesto, mucho contribuyó a esta animadversión al personaje su decidido auxilio prestado a la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera para fomentar la circulación de la Biblia entre el pueblo mexicano y que le valió el rumor de haber cambiado de religión.<sup>8</sup> Su propia participación en la vida pública al principiar los años veinte, luego de haberse formado y desempeñado como teólogo, no escaparía a sus críticos, alimentando la idea —no sabemos a ciencia cierta qué tan apegada a la realidad— de que el resentimiento hacia la institución que lo había formado desde su infancia, derivado de los atropellos que sufrió como colegial y en su ascendente carrera eclesiástica, lo habrían hecho proclive a un sentimiento anticlerical —más no antirreligioso— que manifestaría en varios momentos de su vida.<sup>9</sup>

que no concordaban con las suyas. Hombre severo y reservado, su orgullo, a decir de Escobar Valenzuela, terminaría por aislarlo. En fin, dirá Arnáiz y Freg que le faltó porosidad, pues fue demasiado firme en sus convicciones, lo que le granjearía enemistades. Yáñez, *op. cit.*, p. X; Anne Staples, "José María Luis Mora", en Virginia Guedea (coord.), *El surgimiento de la historiografía nacional*, volumen III, México, UNAM, 2011, p. 241; Andrés Lira González, "Prólogo a la segunda edición", en José María Luis Mora, *Obras completas*, volumen I, Obra política, México, Instituto Mora/CONACULTA, 1994, p. 19; Escobar Valenzuela, *op. cit.*, p. 57; Arnáiz y Freg, *op. cit.*, p. 550.

<sup>7</sup> Arnáiz y Freg, *op. cit.*, pp. 551-552; Mario A. Téllez G. y Antonio Enríquez S. "José María Luis Mora: un legislador en el constituyente del Estado de México 1824-1827", en prensa.

<sup>8</sup> GRINGOIRE, Pedro, "El «protestantismo» del doctor Mora", en *Historia Mexicana*, p. 328; "Correspondencia de Julio de 1833 a 1838", Carta número 39 en *José María Luis Mora. Su archivo personal*, 2013.

<sup>9</sup> COSTELOE, Michael, "Una curiosidad histórica: las primeras reseñas de las *Obras sueltas* de José María Luis Mora (1839)", en *Historia Mexicana*, p. 530; Hale, *op. cit.*, p. 75. Debemos recordarle al lector que ya en una carta dirigida a Iturbide, en 1821, le sugiere poner al Colegio de San Ildefonso bajo su protección y "sin dependencia de la jurisdicción espiritual o eclesiástica". Trabajo con que gana el concurso convocado por el congreso de Zacatecas en 1831 se convirtió en el anticipo de las leyes de desamortización de los bienes de la iglesia que más tarde se implementaron en la segunda mitad del siglo XIX. Las propias reformas de 1833 no dejan de guardar en su seno un fuerte contenido anticlerical. Finalmente, su relación con la sociedad anglosajona, si bien no refleja necesariamente una evidencia contundente de su presunta ruptura con Roma, sino su deseo de extender y hacer asequible la "palabra de Dios", entre las masas, sí sería considerada por sus críticos como señal de su escisión con el catolicismo. "Carta de José María Luis Mora a Agustín de Iturbide referente al Colegio de San Ildefonso", en *Obras completas*, José María Luis Mora, pp. 41, 42; Silva Herzog, *op. cit.*, p. 51.

En fin, figura relegada durante la segunda mitad del siglo XIX y excepcionalmente recuperada en la primera mitad del XX,<sup>10</sup> su producción periodística, compilada en las *Obras sueltas*, que enemigos acérrimos y sendas críticas le habrían de acarrear,<sup>11</sup> y su labor historiográfica, agrupada en ese sugestivo título de *México y sus revoluciones*, malograda al final de cuentas y que hasta los estudiosos modernos han considerado ínfima en comparación con el resto de su producción,<sup>12</sup> serían partícipes del desinterés que sufrió durante largo tiempo el personaje. Publicadas ambas en el exilio europeo, entre 1836 y 1837, las obras de Mora no volverían a ver la luz pública sino hasta mediar el siglo XX. Además, desde que se marchó del país, sus obras tuvieron cada vez menos influencia en el ámbito mexicano. Por último, y como corolario, debemos apuntar que muerto en el exilio europeo y olvidado por sus coterráneos, los restos del doctor Mora regresarían a su patria hasta 1963, despertándose un renovado interés en su figura, tal y como las publicaciones de ese año lo evidencian.<sup>13</sup>

¿Es un personaje olvidado el doctor Mora? En parte y por periodos, como basta al observar el cuadro que se presenta al final. Y es que no dejan de llamar la atención cuando menos dos aspectos más. Primeramente, es sintomático que frente a los estudios biográficos dedicados a Lucas Alamán, figura que nominalmente ha servido para contrastar el pensamiento de Mora, los de éste resulten minúsculos.<sup>14</sup> A la fecha, difícilmente se ha avanzado en la confección de una biografía —en el sentido exacto de la palabra— que permita tener una visión integral del personaje y que logre conjugar magistralmente el pensamiento de Mora —sin duda más conocido por sus escritos— con su actuar —no siempre dilucidado, como intentaremos verlo al cerrar estas lí-

<sup>10</sup> Su recuperación básicamente consistió en la reedición de su correspondencia y de algunos escritos, tal y como puede apreciarse en el cuadro que acompaña a estas líneas. Salvo contadas ocasiones, no se le llegó a escribir una biografía.

<sup>11</sup> Costeloe, *op. cit.* pp. 528-536; *Cartas dirigidas por el doctor Basilio Arrillaga al doctor D. José María Luis Mora, citándolo ante el tribunal de la sana crítica, de la religión católica y de la verdadera política, a responder por los fundamentos y resultados de sus opiniones sobre bienes eclesiásticos, producidas en el tomo primero de sus Obras sueltas.*

<sup>12</sup> LIRA, "Prólogo..." en MORA, *op. cit.*, p. 25; Martínez, *op. cit.*, p. XXIII. Hablando en términos generales, toda su obra escrita ha sido tenida como minúscula. "Como escritor —apunta Escobar Valenzuela siguiendo a Hale— Mora no fue muy prolífico". La afirmación es certera si se le compara con otros autores de la época (como Lucas Alamán), pero no es menos cierto que ha sido fuente inagotable para acercarnos a la visión histórica y al pensamiento de Mora. Hale, *op. cit.*, p. 11; Escobar Valenzuela, *op. cit.*, p. 63.

<sup>13</sup> Hale, *op. cit.*, pp. 300, 301. Véase el cuadro.

<sup>14</sup> De forma anecdótica hay que señalar que en la colección Nettie Lee Benson de la Universidad de Texas, en Austin, en donde se resguardan los archivos personales de importantes personajes de la historia mexicana, primero se publicó de forma digital el archivo personal de Lucas Alamán.

neas— y su contexto.<sup>15</sup> Y ya que hablamos de Alamán, es preciso señalar que a la hora de las comparaciones, en palabras de Andrés Lira, Mora pareciera ser el atento observador de la realidad mexicana, mientras que el ideólogo del conservadurismo fue el hombre de acción. Aparentemente, figura minúscula frente a Alamán, ¿la de Mora debería algo de este descuido historiográfico a la comparación señalada? Es probable.<sup>16</sup>

En segundo lugar, resulta también irónico que siendo Mora en buena medida el artífice del primer texto constitucional para el Estado de México, con el cual se le daría su rostro legislativo a la entidad más extensa del país en el marco del primer federalismo mexicano, Mora siga sin recibir la atención correspondiente sobre el particular, pues, vale la pena señalarlo ya, resulta sintomático que su faceta como legislador y su activa participación en el constituyente de 1824-1827 siga siendo obviada y sin haberse realizado un examen meticuloso de sus posturas.<sup>17</sup> He aquí una prueba fehaciente de que, en efecto, la figura de Mora sigue sin ser estudiada a plenitud.

#### UN RÁPIDO RECUENTO HISTORIOGRÁFICO

Por otra parte, la historiografía moderna no deja de remitirnos a la imagen que aquí se ha referido. En efecto, José María Luis Mora comenzaría a ser objeto de estudio a partir del siglo XX. Y, sin embargo, no con el impulso inicial con que se hubiese esperado. Al menos no como parece desprenderse del rápido recuento historiográfico que a continuación presentamos.

<sup>15</sup> Inclusive a Benito Juárez, indiscutiblemente la figura más visible de la generación liberal de mediados de siglo, no le han faltado innumerables biografías que confirman lo apuntado arriba: en términos comparativos, la generación de la Reforma sería más estudiada que la de Mora. Amén de lo apuntado, y a diferencia de lo que ocurre con Mora, Juárez comienza a recibir la atención de los historiadores desde el mismo siglo XIX.

<sup>16</sup> LIRA, Andrés, *Espejo de discordias. La sociedad mexicana vista por Lorenzo de Zavala, José María Luis Mora y Lucas Alamán*, México, SEP, 1984, p. 24. Sin embargo, como ya se ha destacado en otros espacios, la afirmación solamente sería válida si consideramos que Mora se mantuvo como observador de la realidad mexicana a partir de su exilio en el Viejo Mundo, siendo antes de éste hombre activo durante los años veinte y treinta del siglo XIX. Aun así, esta apreciación merece un matiz, pues, como ya también lo hemos señalado, en el exilio se desempeñaría como diplomático buscando obtener el apoyo de las naciones europeas a favor de la causa mexicana en la guerra contra Estados Unidos. No fue un hombre pasivo. *Vid.* Mario A. Téllez G. y Antonio Enríquez S. "Algunas notas sobre José María Luis Mora entre 1794 y 1824", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, número 38, Escuela Libre de Derecho, 2014, p. 603.

<sup>17</sup> Para un acercamiento véase Téllez y Enríquez, "José María Luis Mora...". Como ya lo hemos apuntado, la faceta legislativa de Mora solamente ha sido reconocida por la publicación de sus participaciones en el constituyente del Estado de México, pero no examinada a plenitud.

El inicio se dio a principios del siglo pasado, en 1906, con la publicación parcial de la correspondencia del doctor Mora y algunos de sus artículos periodísticos, acompañados de una nota biográfica —a decir de Lira, la más completa—<sup>18</sup> por parte de Genaro García, a la sazón, el propietario del archivo y a quien Valentín Gómez Farías, nieto y homónimo del ilustre reformador de 1833, se lo entregó, luego de haber sido su propietario, habiéndolo heredado de su padre, don Benito Gómez Farías a quien Mora le legó originalmente su archivo.<sup>19</sup> En efecto, es de sobra conocida la intensa actividad que Genaro García realizó para publicar la más variada documentación sobre la historia de México. No obstante, luego de este primer empeño, habría que esperar hasta 1931 para que el estudioso Luis Chávez Orozco, siguiendo a García, se diera a la tarea de editar la correspondencia de Mora cuando éste se desempeñó como embajador en Inglaterra.<sup>20</sup>

Sin embargo, si bien es cierto que estos fueron los primeros pasos que se dieron para acercarse a José María Luis Mora, a través de sus escritos, sería a partir de 1934 cuando se diera uno más; pasando del rescate de las fuentes documentales a la interpretación de las mismas y al examen de la figura del doctor Mora. Sabemos entonces que entre aquel año y 1936, Arturo Arnáiz y Freg, Mauricio Magdaleno y Salvador Toscano se ocuparon de dimensionar, por vez primera, al personaje. En años siguientes, entre 1938 y 1950, encontramos otros trabajos que se ocupan más de la reedición parcial de sus obras.

1950 fue un año clave en el rescate de la producción historiográfica de Mora, pues si, por un lado, en México se siguieron haciendo esfuerzos por rescatar su producción intelectual, por otro, en la Universidad de Texas, en Austin, donde desde 1921 se encontraba su correspondencia luego de que Genaro García muriera y su familia la vendiera a esa institución, Robert F. Florstedt dio a conocer su tesis doctoral en la que abordó al propio Mora y en la que, desde luego, se apoyó en la evidencia documental resguardada en dicha institución. Años más tarde este historiador seguirá ocupándose del análisis del personaje. Finalmente, fue en este mismo año cuando Silva Herzog dimensionó el pensamiento de Mora desde una óptica económica.

Hasta aquí la primera mitad del siglo XX. Como podemos apreciar, y en contraste con lo que sucedió en su segunda mitad, el análisis del ideólogo de la Reforma liberal apenas contaba con algunos trabajos. En 1953 Pedro

<sup>18</sup> LIRA, "Prólogo...", en Mora, *op. cit.*, p. 20.

<sup>19</sup> GARCÍA, Genaro, "Documentos inéditos o muy raros para la historia de México publicados por...", México, Librería de la vda. de Ch. Bouret, tomo VI (Papeles inéditos y obras selectas del doctor Mora), p. V.

<sup>20</sup> Las referencias completas de los textos que aparecen mencionados en estas líneas las puede consultar el lector en el cuadro que aparece anexo a estas líneas.

Gringoire se ocupó de examinar por vez primera la presunta conversión al protestantismo de Mora, lo que desmintió. En 1956 el *Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público* publicó dos trabajos, uno de Jesús Castañón y otro de Moisés González Navarro. Por otra parte, Arnáiz y Freg nuevamente se ocupó del personaje a partir de sus escritos, en una publicación que años después serviría como prólogo a la antología de textos que publicó en 1964.

Pero fue Jesús Reyes Heróles quien reposicionó al personaje, colocándolo junto con los liberales, como los antecesores de la corriente ideológica del régimen y del partido en el gobierno. De enorme relevancia fue su obra *El liberalismo mexicano*, aparecida por vez primera en 1957, y que permitiría proyectar a esa generación y a las posteriores al siglo XX.<sup>21</sup> Un año más tarde veremos un nuevo intento por biografarlo, cuando Mario Mena escribe *Un clérigo anticlerical. El Dr. Mora*, bajo el sello editorial Jus.

En 1959 la obra de Mora siguió siendo objeto de atención, dado que en este año apareció la primera edición de la *Revista política de las diversas administraciones que ha tenido la República hasta 1873*, uno de sus últimos escritos. En esta, Mora hace un análisis de la situación política mexicana a partir de la lucha entre las que él llamó las fuerzas del retroceso y las fuerzas del progreso. Con estas últimas él se sintió plenamente identificado.

En 1961 y 1962 vieron la luz dos trabajos de Florstedt en los que examinó, primero, las propuestas de reforma a la constitución federal de 1824, que Mora planteó en la década de los treinta y, segundo, el desencanto del personaje hacia la administración de Anastasio Bustamante, a la que inicialmente había visto con buenos ojos.

Como apuntamos, en 1963 los restos del doctor Mora regresaron a su patria luego de un largo exilio. Si bien es cierto que, desde el ámbito político, al asunto se le dio una discreta importancia conmemorativa;<sup>22</sup> haciéndose

<sup>21</sup> TELLEZ Y ENRÍQUEZ, "José María Luis Mora...". Hay que insistir, Reyes Heróles con su obra dio sustento ideológico al Partido Revolucionario Institucional (PRI) y ello sirvió para que se apropiaran del pensamiento liberal del siglo XIX; asumiéndose tramposamente como los continuadores del ideario de los personajes que vencieron a los conservadores. En el cuadro, al final del texto, al menos se registran cuatro obras financiadas, una por el PRI (*Dialéctica liberal*), y las otras tres por el gobierno del Estado de México (*Revista Política, José María Luis Mora. Vida y obra y Mora, legislador*). El caso de la *Revista política* es muy peculiar porque en la portada del libro aparece sólo el sello del gobierno del Estado y en el pie de imprenta está como editor Miguel Ángel Porrúa. Todo parece indicar que se trata de una de tantas ediciones de conmemoración para regalo y que de paso dejan muy buenos ingresos para quien las encarga.

<sup>22</sup> HALE, *op. cit.*, p. 301. Dice Velázquez que la acción se debería al entonces presidente de la República, Adolfo López Mateos quien decidió que los restos de Mora se depositaran en la Rotonda de los Hombres Ilustres. Gustavo Velázquez, *José María Luis Mora y la erección del Estado de México*. México, Gobierno del Estado de México, 1976, p. 46. Véase también *El retorno del doctor Mora*.

eco del acontecimiento, el *Boletín de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística* le dedicó un número especial, haciendo hincapié en el peso ideológico que el personaje había tenido en la historia del país. Por su parte, Mauricio Magdaleno presentó un trabajo en el Seminario de Cultura Mexicana, al que intituló "La idea liberal de Mora". En este año vio también la luz el trabajo: *José María Luis Mora, un constructor de México*, de Jorge Flores Díaz. El repunte del personaje parece entonces evidente. Sin embargo, de mayor relevancia fue que en este año y luego de que solamente se lograra contar con publicaciones parciales, las *Obras sueltas* de Mora volvieron a ser publicadas íntegramente en una segunda edición; sólo antecedida por la de 1837. Justo en coincidencia con la repatriación de los restos mortales.

En efecto, a partir de este decisivo año, el personaje será objeto de mayor atención en la historiografía. Y es que si, en 1963 las *Obras sueltas* vieron por segunda vez su edición, fue dos años después cuando su producción historiográfica corrió con la misma suerte al reeditarse los tres volúmenes de *México y sus revoluciones*, con un prólogo del escritor Agustín Yáñez. También Silva Herzog se volvió a ocupar del personaje, mientras que Charles Hale lo hizo por vez primera, hasta donde sabemos en un trabajo que, sin duda alguna, será el precursor del texto clásico que hoy permite acercarnos a las raíces y peculiaridades del primer liberalismo mexicano en el que Mora fue la figura visible.<sup>23</sup>

Al año siguiente, en 1966, solamente apareció un par de publicaciones que abordaron al personaje. Jorge Flores Díaz le dedicó un segundo estudio destacando su papel en el liberalismo mexicano, mientras que Gustavo Escobar Valenzuela lo hizo desde el terreno filosófico, acercándose a las ideas de Mora sobre el progreso y la perfectibilidad del hombre, lo que habrá de ocuparlo más tarde cuando examine con mayor amplitud el pensamiento filosófico de Mora.

1968 sería, a la luz de la distancia, un nuevo parteaguas para el estudio y proyección de Mora, puesto que en ese año apareció la primera edición del texto de Charles Hale, *El liberalismo mexicano en la época de Mora, 1821-1853*, traducido al español en 1972. Con justa razón, se ha considerado un punto de inflexión para el estudio del pensamiento del teórico de la Prerre-

México, Departamento del Distrito Federal/Dirección General de Acción Social, 1963, pp. 11, 12. Esta última obra se trata de una compilación de discursos pronunciados con motivo del retorno de los restos del personaje.

<sup>23</sup> Se trata de "José María Luis Mora y la estructura del liberalismo", mismo trabajo que posteriormente aparecerá publicado en HALE, Charles A., "El pensamiento político en México y Latinoamérica. Artículos y escritos breves".

forma y del liberalismo mexicano. Paralelamente, no faltaron las ediciones sobre los escritos del personaje.

En 1974 Gustavo Escobar escribió sobre el pensamiento de Mora desde la arista de la filosofía, puntualizando los antecedentes ilustrados de sus ideas, identificando las influencias que recibió el personaje y advirtiendo en su pensamiento aspectos como el hombre, eje central de la Ilustración, la sociedad, la religión, la moral y la educación. Más tarde, en 1976, en lo que podría ser la primera iniciativa al respecto, Gustavo Velázquez se ocupó del personaje en relación con el papel que desempeñó en el Estado de México, donde fue, como se ha destacado, legislador y uno de los impulsores de su primer texto constitucional.

Al poco tiempo, en 1981, se fundó el Instituto que lleva su nombre; el cual organizó, un año más tarde, una mesa redonda en la que se discutieron los planteamientos de los reformadores de 1833: Valentín Gómez Farías, por un lado, y José María Luis Mora, por el otro. En aquella ocasión se recuperó el texto que Mauricio Magdaleno expusiera en 1963 y se abordó a Mora a partir de sus ideas sobre la propiedad eclesiástica y la educación. Y contrario a lo que cualquiera hubiera podido suponer, para seguir admirándonos con las paradojas de la historia, el Instituto Mora esperó poco más de tres décadas para participar en un proyecto de rescate y difusión de los documentos de su "padre fundador"; proyecto que surgió, por cierto, en la Universidad Autónoma Metropolitana.

Entre 1983 y 1984, Roberto Heredia siguió ocupándose de Mora desde sus planteamientos educativos; tal como lo hizo Leopoldo Zea en 1982. En 1984 apareció el primer escrito de Andrés Lira en el que se examina a Mora en contraste con Lucas Alamán y Lorenzo de Zavala, los tres historiadores y atentos observadores de su época, a la que describen en sendos escritos. En ese mismo año, Moisés González Navarro publicó su *José María Luis Mora. La formación de la conciencia burguesa en México*. En efecto, el liberalismo de Mora correspondería al de la naciente burguesía mexicana, que habría de consolidarse más tarde, durante la segunda mitad del siglo XIX, luego del triunfo de la Reforma de Juárez.

Para 1985 apareció, en *Secuencia*, revista del Instituto Mora, un artículo —en realidad una relación de los escritos de Mora— en el que sus autoras, Lillíán Briseño Senosiain, Laura Solares Robles y Laura Suárez de la Torre, anunciaron la pronta circulación de las obras completas del doctor Mora, luego de que en el Instituto se dieran a la tarea de reunir, en una suerte de compilación, tanto las *Obras sueltas*, como los tres volúmenes de *México*

y sus revoluciones, además de algunas cartas del archivo de Mora. En este contexto, ya en 1986, se reeditó la *Revista política*, ahora con un prólogo de María del Refugio González. También se publicó, en su tercera edición, la producción historiográfica de Mora acompañada con un prólogo de José Luis Martínez.<sup>24</sup> Sin duda alguna, los escritos de Mora habrían recibido un nuevo interés, como se hace patente en las líneas que en 1988 escribió sobre el particular Michael Costeloe. En ellas hizo una revisión sobre las críticas que, en su época, recibieron en México las *Obras sueltas* de Mora, luego de su publicación en 1837 en París. En este año aparecieron las *Obras completas* editadas por el Instituto Mora y la SEP que se han referido.

Más tarde, en un escrito que vio la luz pública en 1989, Andrés Lira se encargó de examinar la postura de Mora —distante de mostrarse afecto a las revoluciones— en torno a la Revolución Francesa; contrastándola con la visión de Lucas Alamán, semejante, pero no exactamente igual, pues, según su interpretación, el primero la vio como el medio que terminó sirviendo a la entronización de un déspota (Napoleón), mientras que el segundo logró recuperar la emergencia de un ejecutivo fuerte unipersonal. Por su parte, Enrique Krauze, ya en 1992, siguiendo los pasos de Plutarco, que hace biografía a partir del contraste, escribió sobre Lucas Alamán y el doctor Mora, las dos figuras visibles del conservadurismo y el liberalismo mexicano, respectivamente. Es de llamar la atención que el contraste ya lo había iniciado Hale, destacando los puntos de confluencia de ambos personajes, disolviendo una vieja visión que veía sus pensamientos como netamente contrapuestos. Hoy sabemos que no siempre fue así.

Siguiendo con este recuento, debemos destacar que fue a finales del siglo pasado, cuando de nueva cuenta el Estado de México, se interesó en el personaje que le dio su rostro legislativo, en el marco del primer constitucionalismo mexicano. La legislatura local auspició una serie de folletos sobre la vida y obra de Mora, en 1994, y acogió una compilación que rescató algunas de las participaciones de Mora en el constituyente del Estado.<sup>25</sup> Por cierto, Senosiain y Suárez de la Torre se ocuparon de esta recuperación, como años atrás lo hicieron con los escritos de Mora. Es también en ese año cuando se reeditaron las *Obras completas*. Por último, de este mismo año procede el escrito de Susan Schroeder que se ocupó otra vez de las relaciones de Mora con la sociedad anglosajona en la circulación de la Biblia por el país; línea de investigación inaugurada por Gringoire, como ya lo señalamos.

<sup>24</sup> Ver nota 23.

<sup>25</sup> En 1994 se conmemoró el bicentenario del natalicio de José María Luis Mora. En este tenor, se inscriben las publicaciones señaladas.

El siglo pasado cierra y el presente inicia con algunos trabajos más que intentaron hacer estudios biográficos del personaje (Lugo Plata); que destacan los puntos de vista de Mora sobre la propiedad privada, una vez más en consonancia con los planteamientos de Alamán (Lira); lo sitúan en los marcos del constitucionalismo mexicano y destacan su actuación en la redacción del primer texto constitucional para el Estado de México (Luna González, González Oropeza); reflexionan una vez más sobre su pensamiento y obra (Padilla Hernández, Staples); puntualizan sobre su actuación en el extranjero (Rojas) y su visión historiográfica frente a la llamada revolución de Independencia (Sánchez Arce); sin faltar los reiterados intentos por rescatar su correspondencia (Solares y Suárez). Todo lo cual parece indicar que fue en estos últimos años cuando recibió la mayor atención. (ver tabla al final del texto).

#### PIEDRA DE TOQUE: SU ARCHIVO PERSONAL, NUEVAS LUCES SOBRE EL PERSONAJE

Entrando propiamente en las últimas indagaciones que se han hecho sobre Mora, es indiscutible que, fuera de sus *Obras sueltas y México y sus revoluciones*, sumadas a sus participaciones en el constituyente de 1824-1827, donde se aprecia su pensamiento, la correspondencia que mantuvo con distintos personajes nos permite acercarnos a su contexto y trayectoria. En efecto, su archivo personal, del que Hale dijera hace décadas que era más valioso para el biógrafo que para el historiador intelectual,<sup>26</sup> brinda todavía posibilidades para reflexionar sobre el personaje. Líneas atrás se ha señalado que aún queda pendiente hacerle con profundidad una biografía. Contar, en formato digital, con la totalidad de su archivo personal, sin duda alguna, permitirá, como ya se hizo en parte, avanzar sobre otros ángulos de su vida.<sup>27</sup>

Por otra parte, podemos afirmar que, en 2013, con la publicación digital de todo su archivo personal, se pudo concluir lo que en 1906 iniciara Genaro García y que en momentos posteriores se continuaría de forma parcial. Finalmente, y luego de este rápido recuento historiográfico, no queda sino preguntarnos: ¿qué es lo que conocemos sobre Mora? y, sobre todo, ¿cuáles son

<sup>26</sup> HALE, *op. cit.*, p. 314.

<sup>27</sup> Lo dijo también en su momento Arnáiz y Freg cuando explicaba que luego del fracaso de las publicaciones que se propuso realizar en la librería de Rosa, las cartas de Mora se convertirían en su mejor medio de expresión. "Muchas de las más importantes —apuntaba en 1956 este historiador— no han sido publicadas todavía". Hoy, por fortuna, la realidad es otra. Arnáiz y Freg, *op. cit.*, p. 570.

los nuevos hallazgos sobre el personaje? Enseguida intentaremos reflexionar sobre algunos de los temas que, en torno a su figura, se han discutido hasta el presente y destacaremos otros tantos que representan los últimos aportes para este controversial personaje.

#### EN CHAMACUERO Y EN SAN ILDEFONSO, ¿AÑOS DECISIVOS PARA COMPRENDER A MORA?

*Nació en el Departamento de Guanajuato 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 provincial 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) 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.*

*Certificado extendido a José María Luis Mora en la Legación francesa en 1842<sup>28</sup>*

Este balance historiográfico necesariamente debe remitirnos, en primer lugar, a los primeros años de José María Luis Mora, sin duda alguna, los menos estudiados del trayecto del personaje —como el epígrafe que sirve a estas líneas lo deja entrever— por ser insuficientes las fuentes. Esto puede resultar poco relevante para aquel más interesado en ponderar la faceta intelectual del personaje y sus propuestas en las materias más diversas, máxime que se le ha considerado el precursor de la reforma liberal de mediados del siglo XIX. ¿Valdría la pena detenerse en estos sombríos años, considerando, como se ha apuntado, que las noticias son escasas? Consideramos que sí.

Justamente atendiendo a este propósito y planteando, además, que los años primeros de Mora fueron mucho más decisivos de lo que a veces se piensa, para explicar su trayecto posterior, es que consideramos oportuno abordarlos. En un estudio anterior destacamos que a Mora se le había examinado como

<sup>28</sup> "Documentos oficiales y otros, 1795 a 1842", Certificado número 14 en Mario Téllez, *et. al.*, *op. cit.*

el precursor de la Reforma, como el escritor y crítico de su tiempo, como el historiador y el diplomático en el extranjero, pero difícilmente se había considerado hacer un análisis mucho más amplio, ya no se diga de su infancia —ciertamente desconocida—, sino de su vida colegial en San Ildefonso, es decir, de los años previos a su actuación pública, mucho antes de que diera precisamente este paso, el viraje de su vida, pues formado como teólogo en San Ildefonso, donde habría sido destacado colegial, optó de buenas a primeras por militar activamente en los destinos de la incipiente nación mexicana, recién independizada, desarrollando además un sentimiento anticlerical —cosa por demás notable en un personaje que portaba hábitos—. Esto, sin duda alguna, sería la entraña que el liberalismo mexicano le debería a Mora.<sup>29</sup> ¿Qué merece destacarse de este primer periodo? y ¿qué hallazgos podemos considerar para reposicionar al personaje desde este ángulo?

Concretamente, en cuanto a sus primeros años, no podemos dejar de destacar que nacido criollo<sup>30</sup> y formado, más que en su pueblo natal de Chamacuero (Guanajuato), en la ciudad, primero en el colegio de Querétaro y luego en la ciudad de México, en el colegio de San Ildefonso, su condición social es un ingrediente básico para comprender su aversión a los mestizos, pues en su visión no parece haber más que peninsulares y criollos.<sup>31</sup> Respecto a los indios, a los que niega, en primer lugar, en el constituyente de 1824-1827, desde luego buscando más una igualdad jurídica que una marcada discriminación social, si bien no parecerá dejar de interesarse en su redención —y en este sentido lo vemos trabajando más adelante en la traducción de la Biblia a algunas lenguas vernáculas del país—.<sup>32</sup> En su visión historiográfica, en las “revoluciones” consecutivas que desde la época colonial buscaban la independencia de México, los movimientos de los indios no figuran más que como “motines de un efecto puramente momentáneo contra ciertas innovaciones de la autoridad que chocaban con sus hábitos y costumbres”.<sup>33</sup> Hispanista por naturaleza, como cabe aclarar lo fueron otros tantos contempo-

<sup>29</sup> GARCÍA GÓMEZ, María José, “Breve encuentro entre Lucas Alamán y José María Luis Mora”, en *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, p. 120.

<sup>30</sup> De su ascendencia no sabíamos nada más allá de los nombres de sus padres, si bien confusos. Su padre fue José Ramón Servín de la Mora, su madre María Ana Díaz de la Madrid. Hoy, por una nota del archivo de Mora, al parecer de García Valdés, sabemos que sus abuelos, por línea paterna, eran José Antonio Servín de la Mora y Gregoria de Carvajal y Toledo y, por línea materna, Francisco Díaz de la Madrid y Francisca Ruiz de Quiroz.

<sup>31</sup> STAPLES, *op. cit.*, p. 241.

<sup>32</sup> ARGENTE, Arturo y ENRÍQUEZ, Antonio, “José María Luis Mora y la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera ¿conversión al protestantismo o concordancia con las ideas de un liberal?”, *op. cit.*, pp. 47-49; STAPLES, Anne, “Mora y la Biblia” Téllez y Estrada (coords.), *op. cit.*, p. 233.

<sup>33</sup> YÁÑEZ, *op. cit.*, pp. XIII, XIV.

raneos suyos —criollos—, incluido Lucas Alamán —por demás interesante punto de confluencia entre ambos personajes “contrapuestos”—; Mora ve en Cortés al fundador de la nación mexicana, igual que Alamán, alejándose de Carlos María de Bustamante, que sitúa los orígenes de México en la “raza indígena”. En fin, aquí se encuentra un aspecto que, necesariamente, debemos remontar a los orígenes de Mora y a su condición social, aunque ligado inevitablemente al liberalismo mexicano, que no deja de ver a los indios, en sus propiedades comunales y en la legislación colonial que los dotó de ciertos privilegios, a un componente social distinto de la sociedad que se pretende formar ya en el siglo XIX, libre de corporaciones y distingos jurídicos.

Pasando a San Ildefonso y al conocimiento de los años de Mora como colegial, consideramos que su célebre memoria sobre las reformas educativas para el colegio de San Ildefonso que presenta en 1822 y luego en 1823<sup>34</sup> es la principal fuente para aproximarnos a la vida cuasi monacal y austera del colegio y, sobre todo, a las experiencias de un joven colegial destacado, pero no por ello siempre conforme con el régimen educativo en el que estaba inmerso (acompañado de oraciones, días festivos extensos, uso del traje talar, aprendizajes por memorización y toda una serie de preceptos para formar a un hombre de bien). Es en San Ildefonso donde debemos situar entonces a un Mora observador de las arbitrariedades e inconsistencias que más tarde denunciará. Fue en este establecimiento donde las propuestas educativas laicas de Mora tendrían sus raíces, pero también donde Mora encontraría el gusto por los libros, que ni en el exilio dejarían de acompañarlo, e innegablemente su preparación, acercándolo a los autores ilustrados que se convertirían en el referente intelectual de su pensamiento.<sup>35</sup> Además, sería en el húmedo colegio de San Ildefonso donde, a decir de algunos estudiosos, Mora contraería la tuberculosis que lo llevaría a la tumba y donde trabaría amistad con otros personajes que años más tarde destacarían en la convulsa vida política de México. Ahí también conocería a los que, a la postre, serían sus adversarios.

Insistiremos al lector: estos años, no por menos documentados, dejan de ser decisivos para comprender la personalidad y el trayecto posterior del personaje siendo quizá su postura anticlerical el aspecto más rescatable. En efecto, quienes han querido desentrañar los orígenes de la aversión de Mora

<sup>34</sup> En efecto, sabemos de dos momentos en los cuales Mora presenta esta memoria, primero con Iturbide, luego a la caída de éste. Conjeturamos que se trata de la misma.

<sup>35</sup> Quienes han estudiado las influencias de Mora, sobre todo Escobar Valenzuela, quien llamara la atención sobre este vacío en el examen de Mora, han identificado cuando menos la presencia de Jovellanos, Rousseau, Montesquieu, Juan Bautista Say (en materia económica), Destutt de Tracy, Thomas Hobbes, Jeremías Bentham y, sobre todo, Benjamín Constant en el pensamiento de Mora, si bien éste no siempre fue coherente con el de aquellos. Escobar Valenzuela, *op. cit.*, pp. 79-92.

hacia la Iglesia católica —que sus críticos llevarían al extremo de verla como una ruptura definitiva con aquella—<sup>36</sup> han visto primero en sus experiencias en San Ildefonso y luego en los atropellos experimentados cuando su carrera como teólogo iba en ascenso, la que, sin duda alguna, sería su primera y quizá mayor contradicción: formado como teólogo, lejos de servir a “los de su clase”, siguió el sendero contrario, cuestionando el papel de la Iglesia en la estructura sociopolítica del país. No obstante, serían causas múltiples las que nos permitirán comprender cabalmente el origen de esta actitud. Las lecturas de sus años como colegial; el régimen austero de su educación religiosa en San Ildefonso, que le sembraría la semilla de la inconformidad —evidentemente conocía de sobra lo que trataba de reformar—; el liberalismo que entraba en el escenario histórico y, en fin, la negación de una canonjía en 1820, pese a su reconocida trayectoria como colegial y sus capacidades intelectuales; todos estos factores habrían de confluir en el nacimiento de una actitud que, más tarde, sería propia de sus hijos intelectuales —la generación de la Reforma—: acotar el influjo de la Iglesia. Hasta aquí una apretada observación sobre aquellos años anteriores y decisivos para el José María Luis Mora más conocido y reconocido: el posterior a 1820.<sup>37</sup>

#### MORA LEGISLADOR

*Si no se encomendaban a la audiencia los negocios en tercera instancia se debía suprimir este cuerpo, porque para nada servía, supuesto que las apelaciones se consignaron a los tribunales de distrito, las interposiciones de nulidad al supremo de justicia, y fuera de las primeras instancias, confiadas ya como antes a los jueces de partido, nada queda que hacer a la audiencia.*

*Propuesta de José María Luis Mora hecha en el Congreso Constituyente de 1824-1827, sobre la conveniencia de suprimir a la Audiencia*<sup>38</sup>

Con sugestivo, título Lillíán Briseño Senosiain y Laura Suárez de la Torre agruparon en 1994 algunas de las discusiones de Mora en el constituyente de 1824-1827, sumadas a otras propuestas que se recogerían en sus *Obras*

<sup>36</sup> Precisamente como acusa Escobar Valenzuela, suele olvidarse que Mora estuvo muy próximo al pensamiento ilustrado de los españoles en lo tocante a la religión, pues igual que aquellos no fue ateo. De hecho, Mora llegará a considerar a la religión como necesaria para la sociedad y la moral pública de un pueblo civilizado. Escobar Valenzuela, *op. cit.*, pp. 80, 81, 187.

<sup>37</sup> Para un examen pormenorizado de los primeros años de Mora véase TÉLLEZ Y ENRÍQUEZ, “Algunas notas sobre José María Luis Mora...”.

<sup>38</sup> Citado en TÉLLEZ G., y ENRÍQUEZ S., “José María Luis Mora...”.

*sueñas*. Más tarde, Manuel González Oropeza volvería a rescatar a Mora y su participación en la erección legislativa del Estado de México, al recuperar las discusiones de aquel constituyente. Sin embargo, en términos analíticos paradójica, pero certeramente, poco se ha avanzado en el examen de esta faceta que, como arriba señalamos, ha sido prácticamente desconocida en los estudios dedicados al personaje. Esto resulta irónico dado que ya hace varios años Hale llamaba la atención sobre este aspecto: mucho de su pensamiento se encontraba, dejando al margen sus escritos, en sus participaciones en el constituyente que dotó al Estado de México de su primer texto constitucional;<sup>39</sup> un texto que, finalmente sancionado en 1827, resulta sintomático por diversas razones. Fue producto de un dilatado proceso, pues, pese a que los trabajos se iniciaron en 1824, fue el penúltimo en verse promulgado en la federación mexicana. Varios factores contribuyeron en esta situación. Al haber sufrido la pérdida de su capital (la ciudad de México), la renuencia de los legisladores por aceptarlo los llevó a discutir el asunto durante un tiempo que pudo destinarse al proyecto constitucional. Por otro lado, en los avatares por fijar una nueva capital, sumados a los desequilibrios económicos que semejante pérdida generó, la Constitución de 1827 se confeccionaría en un marco de polarización entre los partidarios de preservar las estructuras coloniales y los que aspiraban a transformarlas, por lo menos para la entidad para la que se estaba legislando.

Siendo esa Constitución de 1827 coherente con otros textos de su época, es, no obstante, novedosa en algunas de sus propuestas<sup>40</sup> —atribuibles a Mora y a sus compañeros—. Entonces, ¿no resulta significativo adentrarse en este ángulo del personaje en su condición de legislador? Consideramos que sí. Y es que, además, este aspecto únicamente ha sido visto en su actuación tras bambalinas en la administración de Gómez Farías y en sus propuestas legislativas en materia educativa. No así en la década de los veinte, cuando formó parte de aquella asamblea que dotó al Estado de México de su primera constitución.

En este sentido, por lo que se ha podido adelantar en otro estudio, sabemos ahora que los constituyentes ocuparon una parte significativa de las sesiones

<sup>39</sup> HALE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>40</sup> Basta con recordar que esta constitución, siguiendo al texto gaditano, no reconocería título ni dinstingo alguno de nobleza (Artículo 7°), pero sí la católica como religión del Estado, excluyendo el ejercicio de cualquier otra (Artículo 13). Por otra parte, y aquí se muestra excepcional y pionero, este texto constitucional prohíbe la esclavitud (Artículo 5°) y, además, la adquisición de bienes raíces por manos muertas (Artículo 9°). Véase *Constitución política del Estado de México sancionada por su congreso constituyente el 14 de febrero de 1827, publicada el 26 del mismo mes y año en la ciudad de Texcoco, residencia de los supremos poderes del estado*, México, Imprenta y Librería a cargo de Martín Rivera.

en discutir un proyecto de administración de justicia que plantearía la conservación o supresión de la Audiencia, institución emblemática del régimen colonial como instancia judicial, y cuya permanencia institucional —sin que sepamos todavía a ciencia cierta las razones— quedó comprendida justamente dentro de la entidad. Tan importante fue el tema, que buena parte de la discusión sobre la Constitución fue pospuesta hasta 1826. Mora, sin duda el constituyente más visible de esta asamblea, sería partidario de su supresión —véase el epígrafe— proponiendo en su lugar la creación de un sistema de administración de justicia semejante al que se venía aplicando en Inglaterra y que más tarde se convertiría en su examen para titularse como abogado en 1827. Contrario a él, Benito José Guerra, otro destacado constituyente, sería de la opinión de mantener aquella instancia colonial. Nótese aquí la presencia de dos visiones que preconizan la defensa del antiguo régimen, por un lado, y su virtual transformación, por el otro.<sup>41</sup>

Congreso constituyente notable, máxime por las condiciones en que tienen lugar sus trabajos, pues la pérdida de su ciudad capital es un aspecto que no tiene punto de comparación con las demás entidades. El Congreso de 1824-1827 se encargaría de dotar a la entidad de un rostro legislativo propio y, en esta tónica, los constituyentes discutirían sobre los asuntos más diversos (administración de justicia, esclavitud, la condición legal del indio, la propiedad, la división de poderes, la conceptualización del ciudadano), importando poco que ya se hubiese trabajado en ellos en otras asambleas, pues llevaban auestas la tarea de hacer lo propio en la entidad más extensa del país, que en esos momentos se aventuraba a iniciar un régimen republicano. En esta tarea ocuparía buena parte de sus esfuerzos, entre otros, José María Luis Mora.

### ¿AFORTUNADAS COINCIDENCIAS?

#### LOS ESTUDIOS DE ABOGADO DE MORA

*El señor doctor don José María Luis Mora expuso ante el gobernador del estado, que aunque desde el año de veinte y cuatro sentó matrícula en la Universidad con el fin de cursar las cátedras de Derecho civil, se halló impedido de hacerlo por las muchas ocupaciones que se le sobrecargaron como diputado en este honorable Congreso; y manifestando la necesidad que tiene para ocurrir a su futura subsistencia de continuar la carrera de la jurisprudencia, solicita se le habilite para recibirse de abogado en la Audiencia del Estado con solo el examen que llaman de noche triste y la certifica-*

<sup>41</sup> Un examen más pausado de las opiniones que se mantienen sobre este punto pueden verse en Téllez y Enríquez, "José María Luis Mora...". Aquí únicamente adelantamos la que, sin duda alguna, es la observación más notable a destacar.

*ción correspondiente de haber practicado por tres años en el estudio de un letrado.*

*José María Luis Mora  
15 de abril de 1825<sup>42</sup>*

Ya hemos apuntado que Mora se mostó proclive a suprimir la Audiencia como instancia administradora de justicia y que, en su lugar, proponía la creación de juzgados populares que acercaran, geográficamente hablando, la impartición de la justicia, tal y como funcionaban en Inglaterra. En esa polémica se encontrarían los constituyentes del Estado de México cuando buscó titularse como abogado; los trámites iniciaron en 1825 y concluyeron en marzo de 1827.<sup>43</sup> Durante esta etapa, se tejieron una serie de coincidencias y circunstancias atípicas que permitieron a Mora obtener su licencia de abogado y que tampoco se habían examinado con antelación.

En primera instancia, llama la atención que, contrariando los requisitos señalados en la época para obtener el título de abogado,<sup>44</sup> en 1825 Mora solicitara su habilitación para cursar la materia de Derecho civil, arguyendo sus ocupaciones —hay que tener presente que para ese momento se desempeñaba como diputado constituyente— y su precaria salud —ya padecía tuberculosis—, pidiendo únicamente el examen ante la Audiencia, a la sazón la instancia que tenía la facultad de hacerlo, al menos todavía en ese momento. Sabemos que la petición le fue aceptada, y ahora podemos intuir por qué demoró en dar este paso, pues como se ha apuntado, el examen tuvo lugar hasta 1827. Curiosamente, al mismo tiempo, los debates que concluirían con la redacción de la primera constitución del Estado de México estaban en su fase final y para 1826 se puso en marcha una reforma que afectaría el proceso de titulación de Mora. En efecto, de forma coincidente y para su beneficio, en 1826, un decreto estableció que, en adelante, ya no sería la Audiencia, institución que como vimos arriba Mora pretendía suprimir, la encargada de examinar a los aspirantes a abogado, sino el Supremo Tribunal de Justicia, cuyos miembros, además, en esta coyuntura y siguiendo con las afortunadas coincidencias, fueron designados por el congreso local, es decir, por Mora y sus colegisladores.

Sin considerar que tenemos todos los elementos para afirmar categóricamente que se trató de un esfuerzo deliberado para que se dieran de esta forma

<sup>42</sup> "Correspondencia de 1820 a Junio de 1833", Solicitud número 18 en Mario Téllez, *et al.*, *op. cit.*

<sup>43</sup> Erróneamente se ha considerado que en 1825 Mora obtuvo el título de abogado.

<sup>44</sup> Los requisitos eran tres: 1° tener los estudios jurídicos de bachiller; 2° contar con una práctica de al menos tres años en el estudio de un abogado y 3° haber aprobado el examen correspondiente frente a la Audiencia para obtener la licencia.

las condiciones que oportunamente facilitaron a Mora para convertirse en abogado, son palpables dos aspectos. Por un lado, el decreto le benefició directamente, pues la Audiencia ya no le examinó, lo que terminó librándolo de una posible revancha que aquella había prohijado en su contra. Mora era su abierto opositor y apostó buena parte de su capital político para desaparecerla. Por el otro, los miembros del Supremo Tribunal, designados por él y sus compañeros legisladores, terminarían evaluándole de forma muy ventajosa. Y es que no deja de ser sintomático que el examen de Mora no consistiera en una disertación sobre un tema propio de la “ciencia del Derecho”, como era costumbre arraigada, y que lo hemos demostrado, sino sobre las ventajas de la variación en la administración de justicia que recientemente se había discutido y que, evidentemente, Mora conocía de sobra por ser uno de sus impulsores y posiblemente el ideólogo. Bajo esta perspectiva, su examen resultó prácticamente una formalidad. Afortunadas y atípicas fueron entonces las coincidencias con que Mora se recibió de abogado. Lo cual, además, empeña en buena medida el conocimiento que muchos le reconocieron en su época y que nos hubiera gustado apreciar en los del presente.<sup>45</sup> De igual forma, claro está, abonan en su beneficio, las enormes presiones y carga de trabajo que como legislador y líder tenía en el Constituyente; así como los ataques recurrentes que la tuberculosis le causaba, hasta el punto que en las propias actas de debates hay constancia de que le dieron licencia para ausentarse cuando lo requiriera.

Finalmente, hay que insistir en que si bien es cierto que hizo las primeras gestiones para titularse en 1825, como se ha referido, fue hasta 1827 que lo logró. Hay prestigiados académicos que siguen repitiendo el error. Y no se trata de un mero prurito sobre las fechas; el asunto es de mucho mayor calado por lo que sucedió en el interregno. La aprobación para presentar el examen se dio cuando todavía le correspondía hacerlo ante la Audiencia, pero casi dos años después, mediante una reforma que le vino de maravilla, lo hizo ante el Supremo Tribunal. Si bien es cierto que en términos generales se trató de una reforma por la que se pasó de un esquema de Antiguo Régimen al del nuevo Estado Nacional, en lo particular, le benefició directamente.<sup>46</sup> ¿Afortunadas coincidencias?

<sup>45</sup> Para un mayor detenimiento véase Mario A. Téllez G., “Los avatares de José María Luis Mora para ser abogado: un trayecto de afortunadas coincidencias”, pp. 189-206.

<sup>46</sup> *Idem*.

### ¿LIBERAL CATÓLICO O DISCRETO PROTESTANTE?

*Justamente ha desazonado a usted la calumnia que me dice se ha querido esparcir sobre su cambio de religión. Pero para tranquilizarlo debo asegurarle que en México nada se ha dicho sobre la materia y que sin embargo de tratar yo con toda clase de gentes no ha habido uno solo que me haga la menor indicación en este sentido, siendo muchos los que me hablan de usted de manera que la tal calumnia vergonzante debe no haberse atrevido a dar la cara aquí. Si en adelante quisiere hacerlo, cuidaremos de atacarla como usted desea. Por ahora puedo asegurarle que debe estar tranquilo, pues nada ha padecido su nombre en esta parte.*

Bernardo Couto a José María Luis Mora  
Carta de Noviembre 17 de 1836<sup>47</sup>

Estando Mora en el exilio europeo, se dirá que había cambiado de confesión religiosa, según se desprende de la carta que Bernardo Couto le escribe en noviembre de 1836, abordando el asunto. ¿Mora había cambiado de religión, traicionando el credo en el que originalmente se había formado, el mismo que lo había acompañado en sus años como colegial de San Ildefonso? Según sus críticos contemporáneos, sí; según se aprecia en la carta de Couto, no. Aquel rumor era una “calumnia vergonzante” que, aparentemente, no había tomado firmeza todavía en 1836 y que, en caso de hacerlo, Couto intentaría atacarla, buscando tranquilizar con ello a su amigo exiliado. En realidad, Mora no cambiaría de confesión religiosa, puesto que la epístola de 1836 parece bastante clara como para afirmarlo. Además, debe destacarse que Couto sabía algunos de los más íntimos secretos de Mora, como veremos adelante, en el último tramo de este balance historiográfico. Mora no cambió de religión, al menos así lo deja ver la carta que nos ocupa.

Sin embargo, la idea alimentada inicialmente por sus acérrimos críticos se prolongaría en el tiempo, viniendo de otra dirección y no necesariamente de esta significativa carta. En efecto, no sería la carta de 1836 la que serviría a sus biógrafos posteriores para plantear la duda que ahora nos ocupa, sino una anterior, con fecha de 15 de septiembre de 1829, en la que Mora escribía, al parecer, por primera vez, a la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera; asociación civil constituida a principios del siglo XIX que fomentaba la circulación de las Sagradas Escrituras en tantos idiomas como le fuera posible.<sup>48</sup> Escribirle, ¿para qué? Nada menos que para comprometerse a la promoción, en México, de los objetos de dicha sociedad, nacida en un país protestante y

<sup>47</sup> “Correspondencia de Julio de 1833 a 1838”, Carta número 39 en Mario Téllez, *et al*, *op. cit.*

<sup>48</sup> GRINGOIRE, *op. cit.*, pp. 329-330.

cuyos miembros eran, en buena medida, de ese credo religioso. Esta apreciación fue más que suficiente para que Genaro García señalara que “quizá por aquellos días [Mora] se convirtió al protestantismo”.<sup>49</sup> Y así quedó la duda, actualizada al iniciar el siglo XX. A la fecha, sigue aceptándose y rebatiéndose la cuestión entre los estudiosos que se ocupan de Mora y su confesión religiosa. La polémica reviste un interés mayor acaso por el reconocible anticlericalismo que experimentó el teólogo liberal, José María Luis Mora. Para muchos es fácil colegir de su anticlericalismo, un posible anticatolicismo pero ya se puede apreciar que no fue así, al menos si se atienden a las fuentes en orden cronológico.

En efecto, la polémica continúa existiendo. Para algunos, como Genaro García, Mora definitivamente se hizo protestante por el sólo hecho de entrar en relaciones con la sociedad anglosajona a partir de 1827, cuando su representante en México, James Thomson, comenzó con su labor proselitista a favor de la Biblia.<sup>50</sup> Tarea en la que Mora se mostró entusiasta por razones que explicaremos más adelante. Para otros, como Mariano Cuevas, Genaro Fernández MacGregor y Pedro Gringoire,<sup>51</sup> semejantes relaciones no dejan de acusar, a lo sumo, que Mora se habría inclinado mucho a este ramo reformado del cristianismo, sin que necesariamente esto implicara un cambio de religión.<sup>52</sup> Hay quienes, teniendo presente el reconocido anticlericalismo de Mora, sus ideas proclives a la separación de la Iglesia y el Estado, así como su ruptura con “los de su clase” al abandonar sus ocupaciones netamente religiosas para desempeñar un activo papel en la política mexicana, ven en el apoyo prestado a la Sociedad Bíblica un rotundo rompimiento con el catolicismo.<sup>53</sup> Otros, como José Manuel Villalpando, señalan además que Mora, transmutado al protestantismo al final de sus días, se habría de convertir en pastor, dedicándose a la venta de biblias en Londres.<sup>54</sup> Sin embargo, como apunta Enrique Krauze, las noticias sobre su presunta conversión al protestantismo, ya no en México, sino en París, en 1836, nunca serían confir-

<sup>49</sup> GARCÍA, *op. cit.*, p. XIV.

<sup>50</sup> Al respecto, en un artículo de *La Jornada* que aparece firmado por Carlos Martínez García se apunta que James Thomson era “colportor”, vocablo con el cual se le conocía a quienes se dedicaban a difundir la Biblia con fines proselitistas. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Carlos, “El padre del liberalismo, ¿protestante?”, en *La Jornada, Opinión*.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ MACGREGOR, Genaro, “El Doctor Mora”, en *El doctor Mora redivivo* (selección de sus obras), p. 13; Gringoire, *op. cit.*

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ MACGREGOR, Genaro, “El Doctor Mora”, en *El doctor Mora redivivo* (selección de sus obras), p. 13; Gringoire, *op. cit.*

<sup>53</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, *op. cit.*

<sup>54</sup> Vid. [http://www.ivoox.com/177-aspiraciones-legitimas-ambiciones-mezquinas-octava-parte-audios-mp3\\_rf\\_1104920\\_1.html](http://www.ivoox.com/177-aspiraciones-legitimas-ambiciones-mezquinas-octava-parte-audios-mp3_rf_1104920_1.html)

madas<sup>55</sup> y es difícil creer, ante la ausencia de evidencia explícita, que Mora, efectivamente, se haya dedicado a la venta de biblias en sus años en el exilio. Finalmente, autores como Jean Meyer ofrecen otro ángulo que complica más el panorama. Según este autor, Mora habría roto con su tradición religiosa para abrazar el protestantismo, no obstante, “se cuidó mucho de exteriorizar sus convicciones” quedándose su protestantismo en el terreno de la vida privada.<sup>56</sup> En este tenor, “Mora —apunta Martínez García— no fue un protestante público ni secreto, sino discreto”.<sup>57</sup>

Nosotros, según lo apuntado al iniciar estas líneas, no participamos de la idea de que Mora renunció a su religión. Ya en otro trabajo, en el que nos ocupamos básicamente de trazar las relaciones entre Mora y la sociedad anglosajona, a partir de la correspondencia sostenida entre el primero y el representante de la segunda, Thomson, nos inclinamos por esta tesis; encontrando, además, no pocas contradicciones en este trato establecido y que recuperamos más adelante.<sup>58</sup> Anne Staples en un estudio que aborda la misma problemática, destacando además el contexto en el que tuvo lugar la actividad de la Sociedad Bíblica, la participación de Mora y, por ende, la duda sobre su presunta conversión religiosa; tampoco se inclina por la postura según la cual: Mora se hizo protestante.<sup>59</sup> Pero ¿de verdad fue así? Hay elementos en la balanza que sugieren por respuesta un no. Veámoslo con detenimiento.

Por principio de cuentas, recuperando la relación que Mora sostuvo con la Sociedad Bíblica y su representante, Thomson, sabemos que esta comenzó en septiembre de 1827, y que en ese mismo mes Mora se inscribió como miembro de la Sociedad.<sup>60</sup> Así lo hicieron en ese y en el siguiente año otros prominentes católicos que adquirieron la Biblia y apoyaron su libre circula-

<sup>55</sup> KRAUZE, Enrique, “Vidas paralelas: Lucas Alamán y el doctor Mora”, en *Vuelta*, número 191, Octubre, 1992, p. 22.

<sup>56</sup> MEYER citado por Martínez García, *op. cit.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> ARGENTE Y ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 37-59. En efecto, en este trabajo presentamos al lector una aproximación más acabada de la correspondencia que sostuvieron Mora y Thomson, valiéndonos de las cartas que se encuentran en el archivo personal de Mora y que Gringoire parece desconocía. Él, por su parte, en su estudio ya había logrado aproximar al lector a los asuntos aquí tratados, apoyándose en los archivos de la sociedad anglosajona.

<sup>59</sup> STAPLES, “Mora y la Biblia”,..., pp. 221-237.

<sup>60</sup> Sabemos que en el encuentro que tiene Mora con Thomson el primero le entrega una serie de manuscritos indígenas y algunas obras suyas como obsequio a la Sociedad Bíblica. Gringoire, *op. cit.*, pp. 329, 361; Carlos Martínez García, “Mora, Thomson y el códice Chimalpahin”, en *La Jornada, Opinión*, miércoles 1 de octubre de 2014. Consultado en la página web <http://www.jornada.unam.mx/2014/10/01/opinion/023a2pol>. De esta última nota, en su versión electrónica, no dejan de llamar la atención los comentarios que se formulan sobre la figura de Mora, ya que nos parece que siguen acusando una falta de comprensión hacia este personaje.

ción.<sup>61</sup> Sin embargo, en septiembre y octubre del mismo año, las actividades de Thomson comenzaron a recibir las críticas de los periódicos y más tarde de la Iglesia católica mexicana, que no dejaron de inquietarse por la circulación de la Biblia impresa en un país protestante y, además, sin comentarios aprobados por Roma.<sup>62</sup> A estas críticas, Mora respondió desde *El Observador de la República Mexicana* justificando las actividades de la Sociedad con argumentos que veremos más adelante y que revelan las razones que Mora tuvo para enrolarse en las actividades de la misma como colaborador. En efecto, apoyó a la Sociedad Bíblica en un clima por demás difícil que se iría agravando ante la intolerancia manifiesta que causó el hecho de la circulación de la Biblia, cuya lectura entre los laicos se encontraba restringida. En este tenor, sabemos que en 1830 el gobierno de Bustamante le retuvo a Thomson un cargamento de biblias para su circulación en el país y que, fallido el intento por conseguir que se las devolviera, abandonó el país. A partir de entonces y hasta su exilio en Europa, Mora se convirtió en el representante de la Sociedad Bíblica en México, lo que, sin duda, haría más sospechoso su presunto cambio de filiación religiosa; ocupándose, por un lado, de conseguir la liberación de las biblias retenidas y, por otro, de la traducción de las Sagradas Escrituras a lenguas indígenas. Cosa por demás curiosa y, a primera vista, contradictoria tomando en cuenta que no era muy afecto a los indios, a quienes años atrás había negado en nombre de un igualitarismo jurídico, en el Constituyente del Estado de México. Como se ha dicho, su salida del país, luego del desplome de la administración de Gómez Farías, hizo que las obligaciones que tenía con la sociedad anglosajona cesaran. Hasta aquí la historia conocida.<sup>63</sup>

En efecto, Mora sostuvo relaciones de colaboración con esta sociedad, primero como socio y luego como su representante en México, demostrando entusiasmo en la empresa de la Sociedad Bíblica, pero ¿se hizo protestante por este apoyo? Desde luego que no. Y es que debemos recordar las agudas apreciaciones de Gringoire, quien develara que la sociedad anglosajona perseguía el propósito —como Mora mismo creyó verlo y lo denunció en su artículo de 1827 y luego en la carta de septiembre de 1829— de difundir la Biblia en la mayor cantidad de idiomas posibles. En el caso de los países católicos de habla castellana, se encargó de poner en circulación las versiones de la Biblia aprobadas por Roma, a pesar de que el protestantismo no las

<sup>61</sup> GRINGOIRE, *op. cit.*, pp. 329-333.

<sup>62</sup> Para una revisión pormenorizada de estas críticas véase el trabajo de Staples, "Mora y la Biblia"..., pp. 228-231.

<sup>63</sup> Véase GRINGOIRE, *op. cit.*; Staples, "Mora y la Biblia"; Argente y Enríquez, *op. cit.*

aprobaba —siendo la del padre Felipe Scío de San Miguel la primera y la de Félix Torres Amat la segunda—. Además, desde el inicio de sus actividades en México, James Thomson contó con el apoyo de varios sacerdotes y algunos prominentes católicos que deseaban poner en circulación las Sagradas Escrituras, difíciles de conseguir en México por sus altos costos y que los ingleses daban a precios sumamente bajos. Que Mora haya entrado en tratos con la Sociedad Bíblica, como otros tantos lo hicieron, no evidencia necesariamente su cambio de confesión religiosa y sí su deseo de hacer asequible la lectura de la Biblia entre la población mexicana.<sup>64</sup>

Visto que Mora, hasta donde llevamos dicho, no se hizo protestante, queda la duda de los motivos que en su época alimentaron esta presunta mutación. Como ya se ha avanzado en otros trabajos, la circulación de la Biblia en territorio mexicano, cuya lectura había estado prohibida a los laicos durante el periodo colonial, habría contado con condiciones más laxas una vez que se suprimió la Inquisición, sin embargo, siempre resultó difícil adquirirla.<sup>65</sup> Ya hemos dicho que la introducción de las biblias inglesas a territorio nacional, traducidas al castellano, puestas en circulación a bajos costos y, por si fuera poco, considerando las versiones aprobadas por el credo católico, representó una fortuna para aquellos que deseaban adquirirlas. ¿Cuál era entonces el problema por el que la Iglesia católica comenzó a verlas con malos ojos? La herejía innegablemente, puesto que impresas en un país donde no se aceptaba la profesión del catolicismo —y aquí vale la pena recordar que ya desde 1824 se había establecido constitucionalmente que la religión católica sería la única a profesar en el país—, las biblias que Thomson había puesto en circulación presentaban el grave problema —para el catolicismo— de que no contaban, por mucho que fueran las versiones aprobadas por Roma, con los comentarios que la Iglesia exigía para evitar malas interpretaciones y desviaciones poco ortodoxas.<sup>66</sup> Mora apoyó la introducción de este tipo de impresos. Seguimos preguntando, ¿por este hecho se hizo protestante? y si no fue así ¿qué razones de peso tuvo para brindar su colaboración en las tareas de la Sociedad Bíblica? Dejemos que sea el propio Mora quien explique sus motivos por los cuales colaboró con Thomson.

En el discurso titulado "Sociedad de la Biblia", el mismo que apareció en 1827 en *El Observador*, Mora externó su deseo de ver difundidas las Sagradas Escrituras en México, a las que consideraba como fuente de sabiduría, humanamente hablando, pues —decía— en ellas estaba depositada la sabi-

<sup>64</sup> GRINGOIRE, *op. cit.*, pp. 329-337; Staples, "Mora y la Biblia"..., p. 223.

<sup>65</sup> STAPLES, "Mora y la Biblia"..., pp. 221-223.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 228; Gringoire, *op. cit.*, p. 330.

duría y la literatura de un pueblo. Asimismo, plenamente consciente de las restricciones que en el pasado la Iglesia había puesto en la lectura de la Biblia, Mora aplaudiría la labor de los ingleses, pues estaban realizando lo que, a su juicio, debió haberse hecho tres siglos atrás, cuando México había sido una colonia española: traducir y fomentar la libre circulación de la Biblia.

Punto y aparte, no dejaba de llamar la atención a sus lectores sobre el hecho de que, pese a que provenían de un país protestante, las biblias que los ingleses estaban poniendo al alcance de los mexicanos eran traducciones de las versiones de la Biblia que los católicos tomaban por auténticas y genuinas. Esto, para Mora, no dejaba de ser “un rasgo de tolerancia verdaderamente cristiano” por parte de los protestantes ingleses.<sup>67</sup> Al parecer tolerancia era lo que demandaba el doctor Mora. No entre los miembros de la Sociedad de la Biblia, puesto que ya la estaban mostrando, sino entre los católicos mexicanos que comenzaban a cuestionar la labor de aquella.

Tolerancia religiosa habría de demandar Mora quizá al finalizar la década de los veinte y ya, empíricamente comprobable, durante la siguiente. Por aquellos años habría cambiado, no su credo religioso, sino su postura en materia religiosa, pues mientras en 1827 encontramos un Mora que se mantuvo silencioso respecto al Artículo 13 de la constitución del Estado de México que sancionaba a la católica como religión oficial y además protegida por el estado, tal como el texto gaditano lo hizo en 1812 y en 1824 la constitución federal, para estos años Mora llegaría a proponer la supresión de semejante artículo en el código de 1824. Decepcionado por la administración de Bustamante, sostenida según él por el clero, en 1831 señalaría en su *Catecismo político*, posible arma contra el gobierno de éste,<sup>68</sup> que la religión de la nación mexicana era la católica, apostólica y romana y que lo era porque la profesaba la totalidad o una parte significativa de la población. Estaba en lo cierto, sin embargo, como matiza más adelante, esto no quería decir que el gobierno pudiese mandar a sus súbditos para que profesasen tal o cual religión, pues la del gobierno podía no ser la verdadera y entonces los súbditos deberían seguir la falsa.<sup>69</sup> Por último, tocante a esta materia, señalaba que, en efecto, y porque así lo estipulaba la constitución de 1824, en la República Mexicana estaba prohi-

<sup>67</sup> LUIS MORA, José María, “Sociedad de la Biblia”, en *Obras sueltas de José María Luis Mora, ciudadano mejicano*, pp. 263-266.

<sup>68</sup> FLORSTEDT, Robert, “Mora contra Bustamante”, en *Historia Mexicana*, pp. 28, 29.

<sup>69</sup> Aquí, como atinadamente precisa Padilla Hernández, Mora sería ya divergente respecto a lo que había estipulado la constitución de Apatzingán, el Plan de Iguala y la Constitución de 1824, los tres documentos firmes defensores del catolicismo. Mora se pronunciaría, como se ha visto, contra la intolerancia religiosa. PADILLA HERNÁNDEZ, Salvador, “El liberalismo mexicano y el pensamiento económico del Dr. José María Luis Mora”, en *Problemas del Desarrollo*, pp. 154, 155.

bido el ejercicio público de otro culto que no fuera el católico romano.<sup>70</sup> Pero ¿debía ser así? No necesariamente.

En 1829, seguiría expuso a la sociedad británica su deseo de extender la palabra de Dios, porque no lo estaba, haciéndola común a todos los idiomas conocidos y sin necesidad alguna de comentarios que hacían del texto sagrado más la palabra del hombre que la de Dios. Él, contrario a lo que sostenía la Iglesia, que consideraba que con comentarios se evitaban malas interpretaciones, habría visto en esta iniciativa la capacidad de los hombres para leer, por sí solos, el texto sagrado. Contradicciones en Mora, comprensibles en él, porque eran las de su época, a raíz de esta relación con los británicos el doctor en teología nacido criollo, se vería en la necesidad de trabajar en la traducción de la Biblia para los indígenas, a quienes se negaba a reconocer, pero que estaban presentes en el país, dominándolo numéricamente hablando, e ignorando el castellano. Y quizá haya sido este motivo, la ignorancia, lo que lo conduciría más tarde, en 1831, a cambiar de parecer, apostando a la incorporación de notas para leer la Biblia, pues “se está haciendo tan grande abuso” en su lectura.<sup>71</sup>

Anne Staples acertadamente ha señalado que Mora fue uno de los primeros que “arremetieron contra la costumbre de reservar la lectura de la Biblia al clero y contra la prohibición de que el laico la leyera”.<sup>72</sup> Como buen pionero le tocaría padecer la crítica por romper con lo aceptado socialmente en la época. Pero la crítica sería más dura de lo imaginado. Sus enemigos, reavivando su supuesto resentimiento contra la Iglesia y su nítido anticlericalismo, no dejarían de achacarle una supuesta conversión religiosa. En realidad la religión para Mora era algo necesario, sin lo cual “no puede haber sociedad ni moral pública en ningún pueblo civilizado; pero la religión tampoco puede existir ni ser amada cuando se pretende confundirla con los abusos de la superstición, con la ambición y la codicia de los ministros en el altar”.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, “José María Luis Mora y el *Catecismo político*”, en Téllez y Estrada (coords.), *op. cit.*, p. 144.

<sup>71</sup> ARGENTE Y ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 48, 49, 54, 55.

<sup>72</sup> STAPLES, “Mora y la Biblia”..., p. 237.

<sup>73</sup> PADILLA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 153; Escobar Valenzuela, *op. cit.*, p. 187. Como se ha señalado, este último autor ya ha hecho notar que Mora es anticlerical, pero no ateo, aproximándose al pensamiento de los ilustrados españoles. Véase con detenimiento el capítulo sobre la religión en su estudio dedicado al pensamiento filosófico de Mora. Además, debemos decir que en 1829 Mora escribe a *El Sol* para hablar de los desórdenes e irregularidades en las iglesias, los cuales —apunta— “pueden y deben evitarse muy fácilmente con sólo tener abiertas y expeditas las puertas de los templos, especialmente en las mañanas de los días festivos, en que los fieles debemos concurrir a tributar y adorar al Ser Supremo”. Rodrigo Sánchez Arce, *Retratos de una revolución. José María Luis Mora y la Independencia de México*, p. 32.

ENTRE EL ENCANTO Y EL DESENGAÑO.  
MORA Y LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

*Por la igualdad, se ha confundido el sabio con el ignorante, el juicioso y moderado con el inquieto y bullicioso, el honrado y virtuoso ciudadano con el discolo y perverso; por la igualdad, han ocupado todos los puestos públicos una multitud de hombres sin educación ni principios, y cuyo menor defecto ha sido carecer de las disposiciones necesarias para desempeñarlos.*

*José María Luis Mora. Discurso sobre la necesidad de fijar el derecho de ciudadanía de la República y hacerlo esencialmente afecto a la propiedad.<sup>74</sup>*

¿Hombre de su tiempo? Esto deberíamos interrogarnos al ver las propuestas que Mora señaló en 1830, desde *El Observador*, en su segunda época, para reformar la Constitución de 1824; tal y como lo había estipulado ésta, en su Artículo 166,<sup>75</sup> una vez que habían transcurrido seis años de su puesta en práctica.<sup>76</sup> En aquel momento de efervescencia política que demandaba la reforma constitucional y hacía ver a la administración en turno —la de Bustamante— con sumo encanto frente al desalentador panorama político que se había experimentado con la administración pasada, Mora, hombre contradictorio, terminó mostrándose como una mente lúcida que dio la impresión de adelantarse a su tiempo, al hacer propuestas que fueron extrañas —novedosas— para ese momento en particular.

Sin embargo, tampoco dejó de ser el hombre que estaba transitando del antiguo régimen colonial al nuevo orden nacional, arrastrando consigo un espíritu aristocrático —véase el epígrafe— que no puede escapar a los ojos de los estudiosos.<sup>77</sup> No fue tan liberal, dice David Cienfuegos y tiene razón, pues nacido en las postrimerías del mundo colonial, Mora habría de acarrear consigo algunos remanentes de aquél, como se verá en estas líneas y como ya se ha visto en otros momentos.<sup>78</sup> Aunque, para no ser injustos con el per-

<sup>74</sup> Vid. José María Luis Mora, "Discurso sobre la necesidad de fijar el derecho de ciudadanía de la República y hacerlo esencialmente afecto a la propiedad", en *Obras sueltas de José María Luis Mora...*, p. 290.

<sup>75</sup> Art. 166. "Las legislaturas de los Estados podrán hacer observaciones, según les parezca conveniente, sobre determinados artículos de esta constitución y de la acta constitutiva; pero el congreso general no las tomará en consideración sino precisamente el año de 1830".

<sup>76</sup> FLORSTEDT, Robert, "Mora y la génesis del liberalismo burgués", en *Historia Mexicana*, p. 211; ANDREWS, Catherine, "José María Luis Mora y sus propuestas de reforma a la Constitución federal de 1824. Un análisis de sus ensayos publicados en *El Observador de la República Mexicana* (1830)" Téllez y Estrada (coords.), *op. cit.*, p. 2.

<sup>77</sup> ESCOBAR VALENZUELA, *op. cit.*, pp. 85, 86.

<sup>78</sup> CIENFUEGOS SALGADO, David, "Un abordaje al pensamiento electoral de José María Luis Mora",

sonaje, deberíamos decir, como ya lo advertía Florstedt, que el liberalismo de la época pregonaba una igualdad jurídica que distaría mucho de ser absoluta, pues no fue propio de nuestro personaje ni de México, sino de los países que se tenían por los más modernos de la época.<sup>79</sup> ¿Cuáles fueron las propuestas de Mora en materia de reforma constitucional que demandó en 1830 y que permiten sostener todas estas afirmaciones? A continuación el examen que se ha realizado desde este ángulo sobre Mora, el pensador político y reformador, mucho antes de 1833.

Como destacó hace algunos años Florstedt, y últimamente Andrews, Mora, al igual que buena parte de sus contemporáneos, vio con encanto la administración que recientemente se había instaurado con el Plan de Jalapa: la de Anastasio Bustamante. Esperaban que con ella, dado que llevaba como bandera la reforma a la constitución federal, se dieran los cambios políticos que la experiencia de años pasados les habían hecho ver. Por ejemplo, que adolecía de graves incongruencias que urgía cambiar, so pena de seguir padeciendo los desastres políticos a que había dado lugar el régimen constitucional prevaleciente.<sup>80</sup> Mora, como lo ha destacado Andrews a partir del contraste de sus escritos impresos en *El Observador*, con los posteriores, particularmente la *Revista política*, había brindado su apoyo inicialmente al gobierno que en este último escrito identifica con el nombre de la "administración de Alamán" (dada la preeminencia de este ministro). Mora señala en su *Revista política* que siempre se había opuesto a este gobierno, pues no podía "ver en esta administración y en la revolución de Jalapa que le dio el ser, sino una reacción más de cosas que de personas y en sentido de retroceso".<sup>81</sup> Hoy sabemos que su desencanto paulatino se derivó justamente de esta observación, pues creyó ver en este gobierno un régimen dominado por los intereses de la Iglesia y el Ejército y la emergencia de una posible dictadura. No era para menos. Entre 1830 y 1832, lapso de esta administración, Mora percibió una actitud intolerante del gobierno, pues retuvo un cargamento de Biblias de Thomson, restringió la libertad de prensa y, para colmo de males, Vicente Guerrero, el presidente que había antecedido a Bustamante fue asesinado. Sin embargo, para 1830, Mora, como otros, se mostraba optimista por la nueva administración.<sup>82</sup>

en Téllez y Estrada (coords.), *op. cit.*, pp. 66, 67.

<sup>79</sup> FLORSTEDT, "Mora y la génesis...", pp. 212, 214.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 207; ANDREWS, *op. cit.*, pp. 2-6.

<sup>81</sup> ANDREWS, *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>82</sup> No vamos a ocuparnos aquí de explicar este desencanto, nos interesa comentar más bien las propuestas de Mora sobre la reforma constitucional. El lector puede revisar los textos de Florstedt, "Mora contra Bustamante", *op. cit.*, pp. 26-52 y Andrews, *op. cit.*, pp. 27-33. Únicamente vale la pena

Hecha la precisión, pasemos al punto toral de esta revisión historiográfica: las propuestas de Mora situándolas en el marco de las apreciaciones realizadas arriba, pues procediendo de esta manera, más allá de hacer un minucioso recuento de lo que los autores señalados han hecho, podemos acercarnos al pensamiento de Mora preguntándonos y ponderando si él sería un hombre de su tiempo —como lo señala uno de los libros más recientes sobre él y referido aquí varias veces— o, como dice Arnáiz y Freg, un hombre que “se adelantó con muchos años a su tiempo”.<sup>83</sup>

Propuestas moderadas —“conservadoras”—, dice Florstedt, fueron las de Mora tocante a las reformas a la Constitución de 1824.<sup>84</sup> Y tiene razón, considerando que, en realidad, no buscaba extirpar el sistema federal, sino más bien conservarlo, pese a los defectos que tanto él como Alamán reconocían que padecía ya para 1830.<sup>85</sup> Consideraba reformarlo, pero no suprimirlo. Era un firme defensor del federalismo, acaso porque, como sugiere Arnáiz y Freg, lo anteponía al caudillaje militar al que era hostil.<sup>86</sup> Pero, ¿cuál era su visión sobre el federalismo? Hoy sabemos que no suscribía la versión radical de los yorkinos, quienes anteponían los estados al gobierno federal, cuya autoridad no podía pasar la frontera estatal. Mora era defensor de la superioridad del gobierno federal sobre los estados. En este sentido se encamina su propuesta en materia electoral, que esgrime comenzando por señalar que el congreso general debía fijar las condiciones para ejercer la ciudadanía en toda la República. Con ello tendría la prerrogativa de uniformar los criterios para conceptualizar la figura del ciudadano mexicano, criterios que evidentemente debían hallar resonancia en todos y cada uno de los estados, los cuales podían fijar otras condiciones, pero sin pasar por alto las de la federación.<sup>87</sup>

El congreso general debía fijar los criterios para ejercer la ciudadanía. Mora, influido profundamente por el pensamiento de Constant, adelanta cuáles, debían ser estos criterios. Fue partidario de concebir la figura del ciudadano a partir del principio de propiedad. Desde las páginas de *El Observador* propuso que el ciudadano debía comprobar ante un juez de distrito que tenía propiedad raíz valuada, cuando menos, en 6,000 pesos o renta corriente que

destacar aquí que Genaro García sostuvo que Mora atacó la administración de Bustamante porque éste no lo tomó en cuenta en su gobierno. Ya Florstedt señaló, como vemos aquí, que, en realidad Mora, se decepcionó del gobierno, desencanto que fue generalizado. Sorprende que incluso en este aspecto Mora aparece como un resentido. Florstedt, “Mora contra Bustamante”..., p. 26.

<sup>83</sup> ARNÁIZ Y FREG, *op. cit.*, p. 570.

<sup>84</sup> FLORSTEDT, “Mora y la génesis...”, p. 211.

<sup>85</sup> ANDREWS, *op. cit.*, p. 25.

<sup>86</sup> ARNÁIZ Y FREG, *op. cit.*, p. 567.

<sup>87</sup> ANDREWS, *op. cit.*, pp. 7, 8, 26; Florstedt, “Mora y la génesis...”, p. 212.

llegara a mil pesos. Como han destacado sus estudiosos, si esta propuesta, novedosa para 1830, se hubiese llevado a la práctica, buena parte de la población mexicana habría quedado excluida de la ciudadanía y, por ende, sin la posibilidad de votar. Avanzados los años, las constituciones centralistas de 1836 y 1843 fijaron, respectivamente, 100 y 200 pesos como ingresos mínimos para el ciudadano.<sup>88</sup> En comparación, Mora fue bastante radical, ¿qué pretendía?

Hoy lo sabemos. No en vano sus estudiosos han señalado que el liberalismo de Mora sentaría las bases para la emergencia de una burguesía mexicana que llevara a cuestras los destinos del país. La idea de Mora era crear una ciudadanía restringida a una pequeña sociedad de propietarios que, libres de toda mezquindad posible,<sup>89</sup> difícilmente, fomentarian la inestabilidad y los conflictos que se experimentaban en las elecciones. Esta propuesta no deja de develar ciertos aires aristocráticos, pues Mora quería que gobernaran las clases altas, esto debido a la experiencia de años pasados. Como se señala en el epígrafe de estas líneas, la igualdad se había llevado a los extremos y el resultado había sido desastroso, ya que llegadas las elecciones disfrutaban de este derecho político “personas que debían estar alejadas de ellas por su notoria incapacidad para desempeñar con acierto y pureza las funciones anexas”.<sup>90</sup>

Pareciera que Mora estaba siendo injusto al negarle la condición de ciudadanos a una gran parte de la población mexicana. No obstante, repetimos, esta propuesta no era exclusiva de Mora, sino del liberalismo de aquellos años y, particularmente para Mora, derivada de la experiencia previa de la que él fue atento observador. En efecto, como destacara Florstedt, la opinión de Mora sobre los criterios para fijar la ciudadanía habría mutado por estos años, pues debemos recordar que en el constituyente de 1824-1827, en el cual como se ha destacado Mora fue la figura preponderante, se había establecido el sufragio universal.<sup>91</sup> Empero, los malestares causados en las elecciones habían hecho que, al final de cuentas, Mora se inclinara por una ciudadanía con base en criterios pecuniarios, aproximándose al modelo inglés y alejándose del español, pues hay que tener en cuenta que el texto gaditano había considerado como mero criterio para la ciudadanía la condición de vecindad.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> ANDREWS, *op. cit.*, p. 9. Florstedt, “Mora y la génesis...”, pp. 212-214.

<sup>89</sup> Las clases bajas, a juicio de Mora, eran susceptibles de vender su voto.

<sup>90</sup> La igualdad así entendida habría sido funesta según Mora, pues los derechos políticos se habían hecho extensivos y comunes hasta las últimas clases de la sociedad. Cienfuegos, *op. cit.*, p. 69.

<sup>91</sup> FLORSTEDT, “Mora y la génesis...”, p. 214.

<sup>92</sup> CIENFUEGOS, *op. cit.*, p. 67, 68.

Propuesta inusual la de Mora, pues, a decir de Andrews, para 1830 nadie más que él la había esbozado;<sup>93</sup> solamente los acontecimientos posteriores permiten afirmar que Mora se adelantó a su tiempo. Para 1836, con las Siete Leyes, finalmente, se llegaría al consenso de que, en efecto, el voto debía establecerse con criterios económicos. Más tarde, en 1843 se ratificaría esta propuesta.

Siendo pocos los votantes que hubiesen podido participar en las elecciones, en nada debe extrañarnos la siguiente propuesta de Mora, sin embargo, también fue novedosa para su época: las elecciones había que hacerlas directas y no indirectas como hasta ese momento se habían realizado, evitando con ello el tráfico de influencias en las juntas de electores, presente por el hecho de que los electores debían trasladarse a otros lugares diferentes a los de su residencia para realizar el voto correspondiente. Y es que, según Mora, podían caer bajo el influjo de los facciosos quienes, a fin de ganar su simpatía, les daban alojamiento y satisfacían sus necesidades. Mediante las elecciones directas, los votantes realizarían el proceso desde sus lugares de origen evitándose estas perniciosas prácticas.<sup>94</sup> Por supuesto que sus opiniones se dieron con conocimiento de causa, pues estaban precedidas por su experiencia como legislador en la Diputación Provincial y poco después como constituyente en el Estado de México.

También resultaban novedosa, para el clima político que se estaba experimentando en materia de reforma constitucional, de registrar públicamente a los aspirantes a cargos de elección popular. Mora argumentaba que no hacerlo así alentaba que la promoción de los mismos se hiciera en secreto, robusteciendo con ello sus merecimientos, exagerando los que no había y echando mano de la calumnia y la detración para deshacerse de los competidores que les hacían sombra. Semejantes maniobras, pensaba Mora, terminaban confundiendo a los votantes. ¿Cómo remediarlo? Consideraba que sólo haciendo público el registro de los aspirantes, junto con una relación de sus méritos y servicios, puesta en circulación poco antes de que se verificaran las elecciones.<sup>95</sup> Teniendo en mente los acontecimientos de 1828, que habían promovido la presidencia de Guerrero mediante la violencia, aun cuando el ganador de los comicios había sido Manuel Gómez Pedraza, Mora también propondría reducir el lapso entre las elecciones presidenciales y la toma de

<sup>93</sup> Señala ANDREWS que ni siquiera Alamán llegaría a restringir así la ciudadanía, sin embargo, como destaca Krauze, el ideólogo del conservadurismo mexicano también terminaría desconfiando del sufragio universal y, siguiendo a su inspiración ideológica, Edmund Burke, propondría la restricción del voto a los propietarios. Andrews, *op. cit.*, pp. 9, 10; Krauze, *op. cit.*, p. 19.

<sup>94</sup> FLORSTEDT, "Mora y la génesis...", *ibid.*; Andrews, *op. cit.*, pp. 10, 11.

<sup>95</sup> ANDREWS, *op. cit.*, p. 12.

posesión del presidente ganador de siete a dos meses.<sup>96</sup> ¿Qué se ganaba con esto? Evidentemente, la anulación de posibles movimientos armados en aras de modificar los resultados electorales.

Pero, sin duda, uno de los mayores males que Mora percibió en la Constitución federal y que no escapó a su ambicioso programa de reformas fue la asimétrica división de poderes que existía en la federación. Como Alamán, Mora reconocería que el código de 1824, siguiendo la tradición constitucional francesa e hispánica, le había conferido un peso excesivo al poder legislativo, no existiendo contrapeso alguno que arremetiera contra sus posibles abusos. De hecho, esta desequilibrada situación había provocado que el poder ejecutivo hiciera uso de facultades extraordinarias de las que carecía y que, con frecuencia, los enemigos de la administración en turno consideraban anticonstitucionales. Débilmente constituido este poder, Mora intentaría fortalecerlo sugiriendo que se le diera la prerrogativa para conceder indultos, facultad que hasta ese momento detentaba el Legislativo.<sup>97</sup>

Hasta aquí las reformas que Mora propuso en 1830; novedosas, si se las compara con otras de proyectos que surgieron paralelamente para la modificación del orden constitucional establecido, y a veces adelantadas para su tiempo, como los acontecimientos posteriores lo evidencian. Sin embargo, el matiz también aquí es necesario: las propuestas de Mora, inscritas en los marcos del liberalismo occidental, tendrían su fuente de inspiración en el modelo anglosajón, que conocía muy bien y del que era partidario. En efecto, la ciudadanía basada en el principio de propiedad, el registro de aspirantes y las elecciones directas funcionaban por entonces en Inglaterra.<sup>98</sup> No obstante, en México las propuestas eran novedosas; que Mora las planteara lo harían, sin duda alguna y por cuanto a esta perspectiva se refiere, un personaje adelantado a su tiempo.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> FLORSTEDT, "Mora y la génesis...", p. 215.

<sup>97</sup> ANDREWS, *op. cit.*, pp. 17-21; Krauze, *op. cit.*, pp. 18, 19.

<sup>98</sup> ANDREWS, *op. cit.*, p. 14. Al respecto, Florstedt señala que mediante estas reformas electorales Mora pretendía crear una oligarquía burguesa, parecida a la de Inglaterra. Es probable que se haya inspirado en las lecturas de Alexander Hamilton. Florstedt, "Mora y la génesis...", p. 212.

<sup>99</sup> Vale la pena recordar que Mora pensó indiferente al modelo norteamericano como teoría o como método, por eso fue una figura significativa en México. Hale, *op. cit.*, pp. 210, 211.

## MORA Y ALAMÁN, ¿GEMELOS OPUESTOS?

*Es ciertamente laudable el celo por el bien público que 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.*

*Lucas Alamán. Comentario a la memoria del estado y reformas que necesita San Ildefonso que presentó José María Luis Mora en mayo de 1823.*<sup>100</sup>

Quizá fue esta la primera vez que se encontraron en el tiempo o, por lo menos, que supieron uno del otro. Los dos habían nacido en fechas cercanas, en el Bajío novohispano, concretamente en Guanajuato. Alamán en 1792, en la capital de la intendencia; Mora en 1794, en el pueblo de Chamacuero. Ambos eran criollos. En efecto, quizá fue esta la primera vez que se encontraron, dado que Alamán había estado los últimos años en Europa, regresando al país en 1823 para comenzar su participación en la política mexicana en el ministerio de relaciones exteriores. Mora, por su parte, seguía en San Ildefonso, no como colegial, pero sí enseñando economía política.<sup>101</sup> El destino de ambos parecía ser el encuentro y el desencuentro de sus ideas, siendo primero éste último el que interesara a la historiografía durante mucho tiempo; reparando tardíamente en los puntos de confluencia que ambos tenían. Dominó el ser reconocidos, respectivamente, como ideólogos o líderes destacados del liberalismo y el conservadurismo.

Quiso el destino que primara el desencuentro frente al posible encuentro. Y así, desde el Porfiriato se trazó la división de la clase política decimonónica en los dos bandos antagónicos que, hasta antes de la generación de la Reforma, habían representado Mora y Alamán: el liberal y el conservador. Desde esa época correspondió al primero de estos bandos ser el defensor de la construcción de una nación mexicana sobre los principios del constitucionalismo liberal, mientras que al segundo le tocó personificar al grupo retrógrado que aspiraba reinstalar el gobierno despótico y monárquico de los tiempos coloniales —sin olvidar que el propio Mora ya había adelantado un antagonismo entre quienes pertenecían “al retroceso” y quienes, como él “al progreso”—. En ese tenor, no había duda alguna para los historiadores del periodo, como Justo Sierra o Enrique de Olavarría y Ferrari, que la historia de México, des-

<sup>100</sup> “Correspondencia de 1820 a Junio de 1833”, Comunicado número 9 en Mario Téllez, *et. al.*, *op. cit.*

<sup>101</sup> En efecto, parece ser que en 1823 supieron uno del otro. La correspondencia de Mora guarda un comunicado con fecha de 30 de mayo de este año, en el que Alamán le comunica a la diputación provincial haber recibido la memoria de Mora sobre el estado de San Ildefonso y las reformas que éste propone. Le expresa las líneas que sirven de epígrafe.

de 1821 y hasta el triunfo liberal de 1867, había sido la eterna confrontación de estas dos ideologías.<sup>102</sup> Sin embargo, hoy sabemos que no fue así y que, mucho antes de la nítida polarización de los dos “partidos históricos”, luego de la guerra con los Estados Unidos; el liberalismo —el primer liberalismo mexicano—, en sus diversas “tonalidades”, había dominado en el escenario político.<sup>103</sup> La efectiva confrontación de estas dos tendencias, lo sabe de sobra el lector, tendría lugar con la Reforma.

Hoy sabemos que, más allá de una marcada línea divisoria entre liberales y conservadores, inexistente en las primeras tres décadas de vida independiente, los políticos mexicanos de este lapso tuvieron muchos más puntos en común que divergencias. Hubo que esperar la llegada de los años sesenta del siglo pasado, como punto de partida, para que los estudios de Charles Hale —quien contrastaría precisamente las figuras de Mora y Alamán—, Alfonso Noriega, María del Refugio González y Josefina Zoraida Vázquez llegaran a esta conclusión.<sup>104</sup>

Desechada esta visión que había privado durante mucho tiempo en la historiografía mexicana y en la que quizá —hay que pensar y conjeturar— hasta las propias ideas de Mora y Alamán habrían jugado un papel fundamental, pues el primero había advertido en su *Revista política* la existencia de dos “partidos” contrapuestos, el del progreso —con el que se identificaba— y el del retroceso —en el que ubicaba a la Iglesia, al ejército y a las clases privilegiadas—, y el segundo diferenciado a los “hombres de bien” de los “demagogos” —los que Mora identificaba como los progresistas—, hoy sabemos que los distingos irreconciliables fueron más imaginarios que reales.

Por ello, el desencuentro hoy cede al encuentro y, en este sentido, no faltan los estudios que ponen a dialogar a Mora con Alamán, los “gemelos opuestos”, diría Krauze;<sup>105</sup> que sólo lo fueron tácitamente cuando sus hijos intelectuales, los liberales y los conservadores, se enfrentaron abiertamente en la

<sup>102</sup> ANDREWS, Catherine, “Sobre conservadurismo e ideas conservadoras en la primera república federal (1824-1835)”, en *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, p. 86.

<sup>103</sup> Como señala Josefina Vázquez, el liberalismo dominó en la primera mitad del siglo XIX y a los que se había considerado para este lapso como conservadores fueron, en realidad, liberales centralistas. Lo apuntado, sin embargo, no implica que en el periodo no puedan encontrarse ideas que típicamente pudieran tomarse por conservadoras, tal como lo hace Andrews para la primera república federal. GARCÍA GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 101; ANDREWS, “Sobre conservadurismo...”, pp. 86-134.

<sup>104</sup> *Grosso modo* sabemos que Noriega propondría que los orígenes del conservadurismo descansaban sobre el primer liberalismo mexicano, González observaría que liberales y conservadores tenían más puntos de identidad que de diferencias y Vázquez señalaría que era anacrónico emplear la dicotomía liberal-conservador para el estudio de la primera mitad del siglo XIX. El “partido conservador” aparecería en 1849, como una de las consecuencias del desastre de la guerra con los Estados Unidos. ANDREWS, “Sobre conservadurismo...”, pp. 86, 87.

<sup>105</sup> KRAUZE, *op. cit.* p. 17.

guerra civil de mediados del siglo XIX. Como se ha apuntado, Hale, y antes que él Edmundo O' Gorman, fue uno de los precursores de este diálogo que se repite sin cesar en otros estudios que, de cuando en cuando, confrontan a Mora con Alamán. No obstante, si bien es cierto que el historiador norteamericano fue decidido precursor de esta visión que expuso ampliamente en su clásico estudio, parece olvidarse que, mucho antes que él, Federico Gamboa ya se había percatado de las semejanzas que ataban al doctor Mora con Lucas Alamán.<sup>106</sup>

Semejantes y, sin embargo, no exactamente iguales. ¿Qué los asemejaba y qué los distanciaba? En estas líneas habremos de intentar aproximarnos a las respuestas para ambas interrogantes en un apretado esfuerzo que, como se enunció, ya han realizado otros más. Aquí un esfuerzo por ponderar lo expresado entre diversos estudiosos.

Teólogo liberal y empresario conservador; en las expresiones que Krauze emplea para referirse a Mora y Alamán<sup>107</sup> se advierte ya la contradicción que se encierra en la vida de uno y otro y que expresamente los distancia. Mora fue el hombre formado en la Iglesia que rompió con la misma; Alamán, el hombre de ciencia, modernizante, que defendió a capa y espada a la Iglesia. Y aquí el desencuentro entre ambos que sirvió más que otro para hacerlos irreconciliables: la Iglesia y el papel que ésta debía desempeñar en los destinos del país. Para Mora el asunto es concluyente. Su anticlericalismo lo habría de llevar a negarle un lugar en el espectro político del país. Ni en materia educativa, ni como dueña de bienes que no le correspondía administrar, por ser su esfera de acción la espiritual y no la temporal, la Iglesia debía quedar integrada al Estado mexicano. Alamán, como conservador, sería de opinión contraria. En un país profundamente dividido, solamente la Iglesia y la religión católica podían servir como elemento cohesionador. En este sentido, y pese a que, como Mora, defendía los intereses de los grandes propietarios —la propiedad privada, dado que las propiedades comunales de los indios no tenían cabida en el proyecto liberal—, el pensamiento de Alamán difería en un solo aspecto: mientras Mora propugnaba la extinción del poder económico y político de la Iglesia, Alamán la incluía entre los propietarios.<sup>108</sup>

Alamán “empresario conservador”, Mora próximo a la fisiocracia francesa. He aquí otro notable punto de desencuentro en materia económica. Desde

<sup>106</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, “Precursores de la Reforma: José María Luis Mora. Economía y política en su pensamiento”, en *Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, p. 1.

<sup>107</sup> KRAUZE, Enrique, “Siglo de caudillos. Biografía política de México (1810-1910)”, p. 146. El capítulo que Krauze intitula con estos vocablos corresponde al ensayo que hiciera dos años atrás sobre Mora, Alamán y sus vidas paralelas.

<sup>108</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, *ibid.*; GARCÍA GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 115-119.

luego, no puede negarse que ambos querían el progreso del país, sin embargo, proponían medios diferentes. Alamán peca de proteccionista por ser proclive al surgimiento de una industrial nacional que necesariamente debía conllevar, para su desarrollo, el cierre de fronteras, que Mora no alcanzó a comprender, pues, atentaba contra la libertad de comercio.<sup>109</sup> En contrapartida, Mora,<sup>110</sup> dado que asigna a la tierra un valor especial que alcanza la esfera política (soñaba con una sociedad de propietarios al frente del poder), es librecambista. La división internacional del trabajo y el papel que México debía jugar en aquella es nítida en Mora y Alamán. El primero vio en México un país agrícola, ¿qué necesidad había de industrializarlo? Su papel parece perfectamente definido: convertirse en proveedor de materias primas. Empero, Alamán apostó al desarrollo industrial y a la manufactura; así se inclinó por fundar el célebre Banco de Avío. Dista mucho de ver en México una colonia económica, porque, en efecto, lo sería si se quedaba en el papel de proveedor de materias primas en el mercado internacional.<sup>111</sup>

Llevemos ahora el balance a la esfera de los encuentros. Mora ha sido típicamente llamado liberal. Sin embargo, no es difícil plantear que guardaría en el seno de su personalidad algunas ideas que hoy, bajo la óptica moderna, pudieran tenerse por conservadoras (no se olvide que nació en las postrimerías del régimen colonial). En efecto, “por temperamento y por origen —dice Castañón— el doctor Mora debió y pudo ser conservador, pero el estudio [y he aquí el influjo de sus años primarios en San Ildefonso] le llevó al campo contrario”.<sup>112</sup> No obstante, ¿su anuencia al artículo de la constitución del Estado de México que hacía de la católica la religión aceptada para este Estado, en 1827, no pudiese tenerse como una idea conservadora con la que, en el plano federal, comulgaban hasta los liberales más radicales, como él mismo lo fue?<sup>113</sup> Más adelante, ante la guerra con Estados Unidos y el conflicto en

<sup>109</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, *ibid.*; GARCÍA GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 113, 114. Como ha destacado Silva Herzog, en este caso Alamán tenía la razón. Para crear una incipiente industria nacional era necesario cerrar las fronteras temporalmente, pues “ninguna nación ha progresado industrialmente en los tiempos modernos, sin levantar barreras que las protejan de los productos acabados extranjeros, durante un corto número de lustros y mientras se perfeccionan y fortalecen las nuevas unidades productoras. Ahí están los ejemplos de los Estados Unidos y de Alemania. Por supuesto que la industrialización de un país implica sacrificio de una o dos generaciones; pero a la larga los beneficios son considerables: capitalización interna, aumento del ingreso nacional, baratura de los efectos y elevación en el nivel de vida de numerosos individuos”. SILVA HERZOG, *op. cit.*, p. 54.

<sup>110</sup> ARNÁIZ y FREG, *op. cit.*, p. 553.

<sup>111</sup> GARCÍA GÓMEZ, *op. cit.*, p. 114.

<sup>112</sup> Jesús Castañón R., “Precursores de la Reforma: el doctor José María Luis Mora”, en *Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, número 51, México, 15 de enero de 1956, p. 1.

<sup>113</sup> ANDREWS, “Sobre conservadurismo...”, pp. 107, 108; HALE, *op. cit.*, pp. 168, 169. Sin embargo,

Yucatán —con la llamada “guerra de castas” o, como Mora quiso nombrarla, “la guerra de colores”— su innegable espíritu hispanista —como Alamán, admiraba a Cortés— le haría sentir el deseo de volver al orden colonial y a la “reconquista española”, tal y como lo desea un Alamán que ya podemos considerar conservador. Y es que para estos años, uno y otro se replegaron a su raíz española. Mora, particularmente, no vaciló en proponer, frente a la presencia y predominio de los indios, el apresuramiento de la colonización europea —española o francesa, pero al fin y al cabo católica— como solución efectiva para lograr la superioridad de los blancos.<sup>114</sup>

Las demás coincidencias han sido con frecuencia señaladas aquí y en otros espacios. Ambos habrían abrazado por igual los principios del constitucionalismo liberal, sobre el que se mostraron optimistas; creyendo ambos en la efectiva división de poderes y disintiendo en el peso que se le daba al Legislativo; mostrándose partidarios de la emergencia de una ciudadanía con base en el principio de propiedad desconfiando del sufragio universal y dándole importancia a la libertad de los municipios, siguiendo la tradición hispánica. Ambos profundamente hispanistas, lo cual parece natural en dos criollos, condenaban las experiencias revolucionarias, como la francesa y la que en México había encabezado Hidalgo, sin embargo, admiraban por igual a Morelos. Mora le aplaudía su republicanismo, Alamán su religiosidad. En efecto, había muchas más coincidencias en el pensamiento de ambos intelectuales de las que comúnmente se cree, pues, vale la pena señalarlo, Constant, la inspiración de Mora, había seguido a Burke, la fuente ideológica de Alamán.<sup>115</sup> Los gemelos opuestos, en realidad, no lo eran tanto.

como sabemos, más tarde cambiara de parecer, señalando en sus propuestas de reforma para la Constitución de 1824, que el Artículo 3, referente a la religión oficial de la nación, debía suprimirse.

<sup>114</sup> PADILLA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 160, 161; Cienfuegos, *op. cit.*, pp. 70, 71; González Navarro, *op. cit.*, p. 5; Jorge Flores Díaz, *José María Luis Mora, un constructor de México*, México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano/Secretaría de Relaciones Exteriores, 1963, pp. 46, 47. Estas propuestas, vale la pena señalarlo, tienen lugar en el último tramo de la preponderancia criolla sobre la política mexicana. Y, a la luz de la distancia, parecieran coherentes con lo que estaba ocurriendo: el país, literalmente, se les está yendo de las manos, ya no se diga por la sensación que experimentan Alamán y Mora al ver los levantamientos indígenas, sino porque la generación mestiza de la Reforma, libre de las ataduras coloniales, sintetizada en Juárez y Ocampo, está en puerta. Krauze, *Siglo de caudillos...*, pp. 188, 192. Pero inclusive aquí seríamos injustos con Mora si consideráramos que solamente él se mostró partidario de disolver, mediante la colonización extranjera, a la población nativa del país. De hecho la propuesta de colonización del país con inmigrantes extranjeros estaba presente en la legislación de su época. Véase Óscar Cruz Barney, “El Derecho en México en los tiempos de José María Luis Mora”, en Téllez y Estrada (coords.), *op. cit.*, pp. 96, 97.

<sup>115</sup> KRAUZE, “Vidas paralelas...”, pp. 18-22.

### UNA “BIOGRAFÍA SENTIMENTAL”

*La Señora Elisa Hoy, persona muy honrada, estuvo íntimamente ligada al Sr. D. Luis Mora durante ocho años: de esta unión resultaron tres hijos; dos varoncitos y una niña; esta última murió.*

*Juana Nava a Bernardo Couto  
Carta de Abril 27 de 1852<sup>116</sup>*

Repetimos, ya lo decía Charles Hale hace varias décadas al tener el archivo personal de José María Luis Mora en sus manos: “es más valioso para el biógrafo que para el historiador intelectual”. Tenía razón; hoy es posible valorar esta certera afirmación. Años atrás, ya don Genaro García se había valido de él para confeccionar los “apuntes biográficos” sobre Mora y así rescataba del olvido a este personaje. Sin embargo, todavía quedarían indagaciones que realizar; todavía queda información en esa densa correspondencia que espera al biógrafo que logre trazar la silueta humana de Mora. Por ello cerramos estas líneas haciendo un aporte más para el examen del personaje, concretamente una “biografía sentimental”, como llama José Manuel Villalpando al trabajo que reposiciona a Mora desde el plano humano y disuelve la adusta personalidad de Mora; quien intentó mantener en lo más recóndito su vida privada.

Una “biografía sentimental” se rescata de la correspondencia del teólogo guanajuatense quien, pese a portar los hábitos religiosos, no fue, como tampoco Morelos, ajeno a las pasiones humanas. Por eso llegaría a ser padre de familia, según acusan las palabras que Juana Nava le remitiera a Bernardo Couto en la carta de abril de 1852; cuyas líneas sirven de epígrafe a estas líneas. Sabemos, y se supo ya desde hace varios años, que Mora tuvo hijos con Elisa Hoy, una señora inglesa —el ama de llaves de la casa que tenía en Londres— con quien estuvo íntimamente ligado durante ocho años.<sup>117</sup> De esa relación nacerían tres hijos: una niña, que no les sobrevivió, y dos varones, a los que Escobar Valenzuela identifica con los nombres de Luis José Mora Hoy (fallecido en 1860) y Elie Albert Mora Hoy (muerto en 1895).<sup>118</sup> Se lo dice Juana Nava a don Bernardo Couto. Pero ¿quién fue aquella mujer que

<sup>116</sup> “Documentos. Testamento, 1850 a 1856”, Carta número 23 en Mario Téllez, *et. al.*, *op. cit.*

<sup>117</sup> Genaro García hace la observación en sus “apuntes biográficos”. De hecho los concluye con esta noticia. García, *op. cit.*, p. XXII.

<sup>118</sup> ESCOBAR VALENZUELA, *op. cit.*, p. 77. Los nombres provienen del acta levantada por el consulado general de México en París, el 17 de junio de 1963, con motivo de la exhumación de los restos de Mora, efectuada en el cementerio de Montmartre, París. Los hijos de Mora serían sepultados en la misma tumba que la de su padre. El acta puede consultarse en *El retorno del doctor Mora...*, pp. 7-9.

conocía tan importante aspecto de Mora? A continuación, el verdadero aporte con que cerramos estas líneas.

Durante mucho tiempo se tuvo a Juana Nava Mejía por la fiel sirvienta mexicana que había asistido al doctor Mora hasta su último aliento; la misma que —como sugiere naturalmente Arnáiz y Freg— le habría cerrado los ojos a Mora aquel 14 de julio de 1850, cuando el entonces ministro plenipotenciario de México ante su majestad británica moría víctima de la tuberculosis que había contraído a temprana edad en San Ildefonso y que se agravaría en su exilio permanente.<sup>119</sup> Sin embargo, Villalpando, a partir de las pesquisas obtenidas del archivo de Mora, adelanta algunas reflexiones convincentes que traslucen otra condición para esta desconocida mujer; lo que aquí recuperaremos brevemente.<sup>120</sup>

Primeramente, y sin pretender la minuciosidad,<sup>121</sup> Villalpando nos hace ver que esta condición de criada que asistía a Mora tuvo su origen en las noticias que dos periódicos de la época —*El Siglo Diecinueve* y *El Universal*— reportaron al anunciar el infausto deceso de Mora, quien había muerto en la más completa soledad y “asistido únicamente de una criada mexicana”; noticias que, a su vez, habían tenido como fuente una carta enviada por Fernando Mangino al ministerio de Relaciones Exteriores de México. Parece ser que hasta aquí se quedaron los estudiosos del doctor Mora, quienes no se percataron de que, días más tarde, *El Universal* regresaba sobre el asunto rectificando que Mora había muerto “enteramente solo” y que Mangino solamente había encontrado al momento de su fallecimiento a una mexicana, que ya no era criada ni asistía al enfermo.

Supone Villalpando, y con fundadas razones, que esta mutación en la condición de Juana Nava se debió a la mano interventora de Couto, el entrañable amigo de Mora, pese a sus divergencias ideológicas; su discípulo en los días en que él era profesor de San Ildefonso y quien conocía a la perfección el papel que esta mujer jugaba en la vida de Mora, tal y como la correspondencia lo sugiere, pues Mora se refiere a ella en las cartas que le dirige a su amigo llamándola afectuosamente como “mi Juana”.

<sup>119</sup> ARNÁIZ Y FREG, *op. cit.*, p. 571. Bajo la condición de “criada” es mencionada por diversos autores. Véase Flores Díaz, *op. cit.*, p. 14; Hale, *op. cit.*, p. 298; Lira, “Prólogo...”, en Mora, *op. cit.*, p. 32; Escobar Valenzuela, *op. cit.*, p. 77.

<sup>120</sup> Llamamos reflexiones y no conclusiones a lo que Villalpando entresaca del archivo de Mora sobre la condición de Juana Nava dado que, como expresa el propio autor, nunca sabremos a ciencia cierta el verdadero rol que esta mujer desempeñó en la vida de Mora quien se llevó el secreto a la tumba.

<sup>121</sup> Remitimos al lector a la consulta directa del texto original. José Manuel Villalpando, “¿pecados carnales de un santo liberal?”, en Téllez y Estrada (coords.), *op. cit.*, pp. 207-220.

Villalpando reúne toda la evidencia posible y acusa la indiscutible preeminencia que Juana tiene en la vida de Mora, puesto que ya desde 1834, cuando es citada por vez primera en su archivo, le asigna una serie de bienes. Más tarde, acompaña a Mora cuando éste se encuentra en el exilio europeo; por lo menos desde 1849. En caso de no hacerlo, Mora había considerado asignarle una de las propiedades que tenía en México. No deja de preocuparse por ella ni en su presente ni en su futuro. Al final, ella se quedaría con la totalidad de sus bienes inmuebles y algo de dinero. De todo lo anterior, Villalpando sugiere que son demasiadas las consideraciones que el doctor Mora le tuvo a una mujer que la historiografía nominalmente ha identificado como su criada, máxime que Mora tenía dos hermanas que no fueron consideradas en sus disposiciones testamentarias. Para colmo, hace notar el autor, Juana escribiría algunas cartas a los amigos y albaceas de Mora tratando sus disposiciones o revelando, como ya se apuntó, la intimidad de Mora. Lo interesante es que si Juana Nava fue la criada de Mora, llama la atención que supiera escribir, tal y como lo hace en repetidas ocasiones.

Villalpando hace otra conjetura que podemos desechar por improbable, a partir de los argumentos que él mismo expone: Juana llegaría a expresarse alguna vez de Mora diciendo que había sido *como un padre* para ella. ¿Lo fue en realidad? Un elemento lo hace improbable. Sabemos que Juana acompañó a Mora en su exilio parisino, pero nunca en la estancia que hizo en Inglaterra donde, como ya se apuntó, Mora sostuvo relación con otra mujer con la que tuvo hijos, previendo, al parecer, que nunca se encontrarían ambas mujeres. Cosa por demás innecesaria si Juana hubiera sido su hija. La relación que sostuvieron ambos parece haber sido de otro tipo. ¿Fue Juana su acompañante o su “compañera”? Nunca lo sabremos de manera contundente, dado que las fuentes no lo señalan expresamente, pero queda la sugestiva duda instalada.

También es necesario destacar que, al final, Juana Nava supo de la existencia de Elisa Hoy y de los hijos que tuvo con Mora, como lo supo particularmente Couto y demás albaceas que ignoraban esta relación. Juana se enteraría por voz propia de Mora y el resto por la aparición que hizo la señora Hoy. Couto, por la carta de doña Juana. Ambas mujeres, que habrían formado parte del último tramo de la vida de Mora, resultaron ser las beneficiadas de los bienes de Mora. Cada una con el respectivo dinero que se hallaba en sus casas de París y Londres; la ama de llaves, además, con unos bonos que curiosamente nunca aparecieron y que nunca cobraría Elisa Hoy. Villalpando, a partir de la documentación del archivo de Mora, explica lo que en su momen-

to supusieron los albaceas del finado: Juana Nava terminó, en un arranque de avaricia, cobrándolos para sí. Sin embargo, más tarde, en lo que sería un intento por aliviar su falta, algo inverosímil, iría a Londres por el hijo mayor del doctor Mora para tomarlo bajo su cuidado, aliviar la carga de su madre —por fin llegó a conocer a “la otra mujer” de Mora— y educar a su hijo en el catolicismo. Después, la caridad —o, deberíamos decir, el alivio de culpa— se le terminaría a Juana Nava, pues luego de un tiempo de tener al hijo mayor de Mora —el suficiente para erogar en el vástago de Mora lo que habría cobrado y no le correspondía—, lo devolvería a su madre. Y aquí el desenlace de esta historia y de este hallazgo para el personaje. “Mi principal cuidado —diría alguna vez Mora— es *mi Juana*, a quien durante mi vida le he dado y le daré lo necesario para que quede bien puesta”. ¿Quién sería Juana Nava y qué sería para Mora? —concluye Villalpando—. No lo sabremos.<sup>122</sup>

Hasta aquí sobre un personaje y su obra que todavía tiene espacios por discutir; una figura histórica y una influencia sobre las que no se ha dicho la última palabra.

JOSÉ MARÍA LUIS MORA,  
RECUENTO BIBLIOGRÁFICO

- 1906 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.\*\*
- 1931 CHÁVEZ Orozco, Luis (editor), *La gestión diplomática del doctor Mora*, México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 35, Sección de Relaciones Exteriores.\*\*
- 1934 ARNÁIZ Y FREG, Arturo, *El doctor José María Luis Mora (1794-1850). Homenaje de la Universidad Nacional al Reformador Ilustre*, México, La impresora.
- 1935 MAGDALENO, Mauricio, *José María Luis Mora, el civilizador*, Semblanza y selección del pensamiento del reformador, Pachuca, México, Instituto Científico y Literario de Pachuca.

<sup>122</sup> Como dato curioso es pertinente señalar, además, que los restos de Juana Nava fueron encontrados en la tumba de Mora una vez que sus restos fueron exhumados en 1963. Pareciera que hasta en su última morada Juana se empeñaría en acompañar al doctor Mora. *El retorno del doctor Mora...*, p. 8.

- 1936 TOSCANO, Salvador, *El Dr. Mora*, México, UNAM, Colección de Biografías Populares.
- 1938 FERNÁNDEZ MACGREGOR, Genaro, *El Dr. Mora redivivo* (selección de sus obras), México, Ediciones Botas.\*
- 1947 MORA, José María Luis, *Páginas escogidas*, Introducción y selección de Pedro Ma. Anaya Ibarra, México, Secretaría de Educación Pública, Colección Biblioteca Enciclopédica Popular.\*
- 1950 MORA, José María Luis, *El clero, la educación y la libertad* (selección de sus obras), México, Empresas Editoriales, Colección el Liberalismo Mexicano en Pensamiento y en Acción.\*
- \_\_\_\_\_ *El clero, la milicia y las revoluciones* (selección de sus obras), México, Empresas Editoriales, Colección el Liberalismo Mexicano en Pensamiento y en Acción.\*
- SILVA HERZOG, Jesús, “El doctor Mora, economista”, en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo V, número 5.
- FLORSTEDT, Robert F., *The liberal role of Jose Maria Luis Mora in the early history of Independent*, México, tesis de doctorado, Austin, Universidad de Texas.
- 1953 GRINGOIRE, Pedro, “El «protestantismo» del Dr. Mora”, en *Historia Mexicana*, volumen III, número 3, Enero-Marzo.
- 1956 Castañón R., Jesús, “Precursores de la Reforma: El Dr. José María Luis Mora”, en *Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, No. 51, México.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, “Precursores de la Reforma: José María Luis Mora, Economía y Política en su Pensamiento”, en *Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, número 51, México.
- ARNÁIZ Y FREG, Arturo, “El doctor Mora, teórico de la Reforma liberal”, en *Historia Mexicana*, volumen V, NO. 4, Abril-Junio.
- 1957 REYES HEROLES, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, UNAM.
- 1958 MENA, Mario, *Un clérigo anticlerical. El Dr. Mora*, México, Ed. Jus.

- 1959 MORA, José María Luis, *Revista política de las diversas administraciones que la República Mexicana ha tenido hasta 1837*, prólogo de J. Natalicio González, México, Ed. Guaranía, Colección Biblioteca de Pensadores y Ensayistas Americanos.\*
- 1961 FLORSTEDT, Robert F., "Mora y la génesis del liberalismo burgués", en *Historia Mexicana*, volumen II.
- 1962 \_\_\_\_\_, "Mora contra Bustamante", en *Historia Mexicana*, volumen XII, número 1.
- 1963 *El retorno del doctor Mora*, México, Departamento del Distrito Federal/Dirección General de Acción Social (compilación de los discursos de Salvador Toscano, Carlos Román Celis, Jesús Reyes Heróles y Mauricio Magdaleno, a propósito del retorno de los restos de Mora a México).
- CASTAÑEDA BATRES, Oscar, "Homenaje a José María Luis Mora. Un Ideario Progresista", en *Boletín de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística*, tomo XCIV, México.
- CASTAÑÓN R., Jesús, "Homenaje a José María Luis Mora. ¿Quién fue el Dr. José María Luis Mora?...?", en *Boletín de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística*, tomo XCIV, México.
- RAMÍREZ ARRIAGA, Manuel, "Génesis Ideológica del Dr. Mora", en *Boletín de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística*, tomo XCIV, México.
- TAVERA ALFARO, Xavier, "Homenaje a José María Luis Mora. Fe en la Ley", en *Boletín de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística*, tomo XCIV, México.
- MAGDALENO, Mauricio, "La idea liberal de Mora". Trabajo leído en la sesión homenaje que rindió el Seminario de Cultura Mexicana al doctor Mora en este año.
- FLORES DÍAZ, Jorge, *José María Luis Mora, un constructor de México*, México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano/Secretaría de Relaciones Exteriores.
- MORA, José María Luis, *Obras sueltas*, México, Porrúa, segunda edición, (1 edición, París, 1837).\*

- 1964 \_\_\_\_\_, *Ensayos, ideas y retratos*, prólogo y selección de Arturo Arnáiz y Freg, México, UNAM, Colección Biblioteca del Estudiante Universitario [el prólogo corresponde al texto que Arnáiz y Freg publica en *Historia Mexicana*].\*
- 1965 \_\_\_\_\_, *México y sus revoluciones*, prólogo de Agustín Yáñez, México, Porrúa, Colección Escritores Mexicanos.\*
- SILVA HERZOG, Jesús, "Una silueta del Dr. Mora", en *Cuadernos Americanos*, año XXIV, volumen CXXXIX, número 2, México.
- HALE, Charles A., *Jose Maria Luis Mora and the structure of Mexican liberalism*, en HAHR, número 45.
- 1966 FLORES DÍAZ, Jorge, "José María Luis Mora, Rector Intelectual del Liberalismo Mexicano", en *Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, sobretiro del número 336, México, 1 de febrero.
- ESCOBAR Valenzuela, Gustavo, "La Idea de Progreso y Perfectibilidad en José María Luis Mora", en *En todamérica*, 2 época, números 6 y 7, México, Septiembre-October.
- 1968 HALE, Charles, *Mexican Liberalism in the Age of Mora, 1821-1853*, Sidney New Haven and London, Yale University Press, W. Mintz, Editor.
- MORA, José María Luis, *Escuelas laicas*, México, Empresas Editoriales, Colección el Liberalismo Mexicano en Pensamiento y en Acción.\*
- 1971 "El pensamiento del Dr. Mora se proyecta hasta nuestro tiempo", en *Novedades*, México, 12 de noviembre (comentario de una conferencia de Juan Hernández Luna).
- 1972 HALE, Charles, *El liberalismo mexicano en la época de Mora, 1821-1853*, México, Siglo XXI (traducción de Sergio Fernández B. y Francisco González Aramburu).
- 1974 ESCOBAR VALENZUELA, Gustavo Alberto, *El liberalismo ilustrado del Dr. José María Luis Mora*, México, UNAM.
- 1976 VELÁZQUEZ, Gustavo, *José María Luis Mora y la erección del Estado de México*, Toluca, Gobierno del Estado de México.

- 1982** *Memoria de las mesas redondas sobre las ideas de Valentín Gómez Farías y José María Luis Mora*, México, Instituto Mora.
- Magdaleno, Mauricio, "La idea liberal de Mora", en *Memoria de las mesas redondas sobre las ideas de Valentín Gómez Farías y José María Luis Mora*, México, Instituto Mora.
- CARDIEL REYES, Raúl, "El liberalismo de Mora", en *Memoria de las mesas redondas sobre las ideas de Valentín Gómez Farías y José María Luis Mora*, México, Instituto Mora.
- VILLEGAS, Abelardo, "José María Luis Mora y la propiedad eclesiástica", en *Memoria de las mesas redondas sobre las ideas de Valentín Gómez Farías y José María Luis Mora*, México, Instituto Mora.
- ZEA, Leopoldo, "Mora y el problema de la educación", en *Memoria de las mesas redondas sobre las ideas de Valentín Gómez Farías y José María Luis Mora*, México, Instituto Mora.
- 1983** HEREDIA CORTEA, Roberto, "Tres reformas educativas en torno a 1833", en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, volumen IV, número 16.
- 1984** LIRA, Andrés (selección, introducción y notas), *Espejo de discordias. La sociedad vista por Lorenzo de Zavala, José María Luis Mora y Lucas Alamán*, México, SEP.\*
- HEREDIA CORREA, Roberto, "Presencia de los clásicos en dos educadores: Mora y Munguía", en Carlos Herrejón (editor), *Humanismo y ciencia en la formación de México*, México, El Colegio de Michoacán/CONACYT.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, *José María Luis Mora. La formación de la conciencia burguesa en México*, México, UNAM, Colección Argumentos, Ideas de Nuestro Tiempo número 7.
- Dr. José María Luis Mora. Dialéctica Liberal*, prólogo de Guillermo Pérez Velasco, México, PRI.
- 1985** BRISEÑO SENOSIAIN, Lillíán, Laura Solares Robles y Laura Suárez de la Torre, "Selección bibliohemerográfica de José Ma. Luis Mora (1812-1850)", en *Secuencia*, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, número 2, Mayo-Agosto.

- 1986** MORA, José María Luis, *Revista política de las diversas administraciones que ha tenido la República hasta 1837*, prólogo de María del Refugio González, México, UNAM/Porrúa.\*
- \_\_\_\_\_, *México y sus revoluciones*, prólogo de José Luis Martínez, México, Instituto Cultural Helénico/FCE, colección Clásicos de la Historia de México.\*
- José María Luis Mora. Revista política. 1837. Crédito Público* [sólo aparece el sello del Gobierno del Estado de México]. \*
- 1988** 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.
- Mora, José María Luis, *Obras completas*, prólogo de Eugenia Meyer, investigación, recopilación, selección y notas Lillíán Briseño Senosiain, Laura Solares Robles y Laura Suárez de la Torre, México, Instituto Mora/SEP.\*
- 1989** LIRA, Andrés, "La recepción de la Revolución Francesa en México 1821-1848. José María Luis Mora y Lucas Alamán", en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, México, El Colegio de Michoacán, volumen IX, número 40, Otoño,
- 1992** KRAUZE, Enrique, "Vidas paralelas: Lucas Alamán y el doctor Mora", en *Vuelta*, núm. 191, Octubre.
- 1994** Legislatura del Estado de México, *José María Luis Mora. Vida y obra*, México, LII Legislatura del Estado de México.
- MORA, José María Luis, *Obras completas*, prólogo de Andrés Lira, investigación, recopilación y notas Lillíán Briseño Senosiain, Laura Solares Robles y Laura Suárez de la Torre, México, Instituto Mora/CONACULTA.\*
- BRISEÑO SENOSIAIN, Lillíán y Laura Suárez de la Torre (investigación y selección), *Mora, legislador*, México, LV Legislatura de la H. Cámara de Diputados.\*
- SCHROEDER, Susan, "Father José María Luis Mora, Liberalism, and the British and Foreign Bible Society in Nineteenth-Century Mexico", *The Americas*, volumen 50, número 3, Enero.

- 1995 LUGO PLATA, Eliseo, *Fuera de serie. José María Luis Mora de La-madrid (1794-1850)*, México, UAEMéx, Cuadernos de Cultura Universitaria, número 11.
- 1998 PADILLA Hernández, Salvador, "El liberalismo mexicano y el pensamiento económico del Dr. José María Luis Mora", en *Problemas del Desarrollo*, volumen 29, número 113, México, IIE-UNAM, Abril-Junio.
- 1999 LIRA, Andrés, "Historia política y propiedad en escritos de José María Luis Mora y Lucas Alamán", en Josefina Zoraida Vázquez (coord.), *Recepción y transformación del liberalismo en México. Homenaje al profesor Charles A. Hale*, México, El Colegio de México.
- 2000 GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel (editor), *José María Luis Mora y la creación del Estado de México*, México, Instituto de Estudios Legislativos.\*
- 2007 LUNA GONZÁLEZ, Adriana, "La recepción de ideas de Gaetano Filangieri en José María Luis Mora: un primer acercamiento al contexto constitucional mexicano", en *Istor, Revista de Historia Internacional*, número 29, año VIII.
- 2010 HALE, Charles, "José María Luis Mora y la Estructura del Liberalismo", en Charles A. Hale, *El pensamiento político en México y Latinoamérica. Artículos y escritos breves*, México, El Colegio de México.
- 2011 STAPLES, Anne, "José María Luis Mora", en Virginia Guedea (coord.), *El surgimiento de la historiografía nacional*, volumen III, México, UNAM.
- SOLARES Robles, Laura y Laura Suárez de la Torre, *Entre la lejanía y la incertidumbre. Correspondencia de José María Luis Mora en torno a la guerra con los Estados Unidos*, México, Instituto Mora.\*\*
- 2012 ROJAS, Rafael, "Mora en París (1834-1850). Un liberal en el exilio. Un diplomático ante la guerra", en *Historia Mexicana*, volumen LXII, número 1, Julio-Septiembre.

- SÁNCHEZ ARCE, Rodrigo, *Retratos de una revolución, José María Luis Mora y la Independencia de México*, México, Gobierno del Estado de México.
- 2013 TÉLLEZ G., MARIO A., Mario Barbosa C. y Rodolfo Suárez M., 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.\*\*
- 2014 TÉLLEZ G., Mario A. y Rafael Estrada Michel (coords.), *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, México, Instituto Mexiquense de Cultura/Instituto Nacional de Ciencias Penales/Colección Latinoamericana Nettie Lee Benson, Universidad de Texas/Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología/Escuela Libre de Derecho/ Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- ANDREWS, Catherine, "José María Luis Mora y sus propuestas de reforma a la Constitución federal de 1824. Un análisis de sus ensayos publicados en *El Observador de la República Mexicana* (1830)", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*
- ARGENTE Villarreal, Arturo y Antonio de Jesús Enríquez Sánchez, "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 Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*
- CIENFUEGOS SALGADO, David, "Un abordaje al pensamiento electoral de José María Luis Mora", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*
- CRUZ BARNEY, Óscar, "El derecho en México en los tiempos de José María Luis Mora", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*
- GARCÍA GÓMEZ, María José, "Breve encuentro entre Lucas Alamán y José María Luis Mora", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*

GONZÁLEZ, María del Refugio, "José María Luis Mora y el Catecismo político", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "El liberalismo jurídico de José María Luis Mora", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*

TÉLLEZ G., Mario A., "Los avatares de José María Luis Mora para ser abogado: un trayecto de afortunadas coincidencias", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*

VILLALPANDO, José Manuel, "¿Pecados carnales de un santo liberal?", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*

STAPLES, Anne, "Mora y la Biblia", en Mario A. Téllez G. y Rafael Estrada Michel (coords.) *op. cit.*

TÉLLEZ G., Mario A. y Antonio Enríquez S., "Algunas notas sobre José María Luis Mora entre 1794 y 1824", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, número 38, Escuela Libre de Derecho.

\_\_\_\_\_, "José María Luis Mora: un legislador en el constituyente del Estado de México 1824-1827" [en prensa].

\* Obras que recuperan total o parcialmente los escritos de José María Luis Mora.

\*\* Obras que recuperan parcial o íntegramente la correspondencia de José María Luis Mora.

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE MÉXICO FRENTE A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Laura G. ZARAGOZA CONTRERAS\*  
Doris RIVERA PÉREZ\*\*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Generalidades sobre la trata de personas en el Estado mexicano.* 3. *¿Qué es la trata de personas?* 4. *El delito de trata de personas y la intervención de la autoridad investigadora.* 5. *Las víctimas del delito de trata de personas.* 6. *Reflexiones finales.* 7. *Fuentes consultadas.*

**Resumen:** A partir de la perspectiva dualista de Estado propuesta por Jellinek, se realiza un primer acercamiento para intentar comprender la responsabilidad social del Estado, frente a las víctimas del delito de Trata de Personas, cuando se comete contra mujeres y menores de edad.

**Palabras Clave:** Trata de personas, responsabilidad del Estado, víctimas del delito.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si se parte de la premisa de considerar que todo derecho es relación entre sujetos —de derecho—, entonces el Estado, para tener derechos —como titular del orden jurídico público—, debe reconocer otros sujetos de derecho; esto es, respecto de los cuales también tenga derechos. La existencia del derecho público depende, por tanto, de la existencia de los derechos de sus integran-

\* Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México.

\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Estudios de Maestría en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México.

tes,<sup>1</sup> quienes son la parte dinámica del Estado. El derecho objetivo de una parte y el subjetivo del Estado de otra, los cuales están condicionados por el hecho de que tanto la soberanía como los súbditos son sujetos de derecho.<sup>2</sup>

Para Jellinek el Estado es la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación y está formada por hombres asentados en un territorio.<sup>3</sup> Al abordar el tema del Estado, lo hace a partir de la identificación de sus elementos caracterizadores y desde una perspectiva dualista: una social y otra jurídica. Desde la primera vertiente realiza una revisión a partir de los hechos en que se manifiesta en términos dinámicos, es decir, a partir de las relaciones externas e internas, considera cada una de sus partes integrantes, pero también lo analiza como un todo, es decir, como una unidad.

El Estado tiene una doble naturaleza: es, en principio, una formación histórica a la que se adosa el derecho, pero no creador de éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. El ser humano precede a la norma, el hecho hace nacer al derecho, lo real se transforma en normativo. El derecho, no es, ni puede ser, el número uno en la historia; primero son el ser humano y la sociedad, con sus complejos problemas y, después, es el derecho, como producto social.

Pero, a su vez, la norma origina, en virtud de un elemento racional y progresivo, un orden superior al derecho positivo. Por ello, el Estado es al mismo tiempo una formación social y una institución jurídica; de ahí que, para estudiarlo, sea preciso el concurso de dos ciencias autónomas: la teoría jurídica del Estado y la teoría social del Estado. A la primera corresponde la aplicación del método jurídico, mientras que, a la segunda, el método de las ciencias naturales.<sup>4</sup> Desde esta perspectiva es que, en el presente estudio, se aborda la responsabilidad social del Estado en el delito de *trata de personas*, ya que resultaría insuficiente realizar una revisión a los aportes legislativos. Este añejo problema de reciente atención, representa un problema de orden multifactorial, por lo que debe abordarse desde una perspectiva multidisciplinaria; en el presente estudio, sólo se aborda la responsabilidad del Estado desde el punto de vista social y normativo.

En este orden de ideas y desde esta perspectiva, se encuadra dentro de las funciones del Estado, el diseño de políticas públicas y programas de gobierno encaminados a brindar protección a las víctimas de un delito —en este

<sup>1</sup> Cfr. DALLA VÍA, Alberto Ricardo, "Jellinek, George. Consideraciones sobre la Teoría general del Estado", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 14, pp. 335-343.

<sup>2</sup> Por no ser motivo de este estudio, se omite el abordaje de la construcción de la libertad personal, así como de los derechos públicos subjetivos y derechos privados subjetivos.

<sup>3</sup> Cfr. JELLINEK, George, *Teoría general del Estado*.

<sup>4</sup> DALLA, *op. cit.*

caso el de *trata de personas*—, cuando las víctimas son mujeres y menores de edad. Por lo que toda a la responsabilidad, protección y asistencia, deben ser particulares y diferenciados en atención a la edad y características particulares de cada una de las víctimas, quienes primordialmente deben recibir atención y asesoría con un trato sensible al género.

Dentro de las medidas de protección, debe considerarse un alojamiento seguro y adecuado, asistencia médica y psicológica, así como la atención necesaria para intentar la reintegración social de las víctimas, lo que además debe comprender orientación que incluya alternativas de actividades orientadas a reducir el riesgo de estigmatización social y re-victimización.

Si bien es cierto que una de las obligaciones del Estado es la formulación de políticas públicas y el diseño de programas de gobierno, es a partir de la actividad legislativa donde debe encontrarse el sustento que permita proponer una adecuada protección para el caso de las víctimas del delito de trata de persona.

No basta que el Estado procure la efectiva impartición de justicia, si ésta no es percibida directamente por la persona a quien se le vulneró un derecho; es necesario que el Estado vaya más allá, su brazo protector no sólo debe investigar, perseguir, procesar y sancionar a quien comete un delito sino también debe comprenderse la atención integral a la víctima. Se debe vigilar que una vez aplicada la norma, a la víctima —en la medida de lo posible— le sean resarcidos los derechos vulnerados, se le proteja y se le intente reincorporar a todos los ámbitos de una vida digna, ya que es, precisamente la dignidad de la víctima, lo que se ha vulnerado.

El ordenamiento jurídico mexicano cuenta con una vasta normatividad, donde el Estado encuentra las reglas que rigen su actuación. Uno de los objetivos del Estado es que, a través de la norma, las autoridades respeten y protejan los derechos humanos de los gobernados y, en el caso de vulneración, el propio Estado debe brindar los mecanismos para que sean resarcidos los derechos violados o, en su caso, tomar medidas para que cese la trasgresión.

En el caso de las víctimas del delito de *trata de personas*, por tratarse de un delito considerado de lesa humanidad por la explotación humana (laboral, sexual y tráfico de órganos) de que son objeto, en su mayoría menores de edad y mujeres, es menester realizar una revisión para conocer las acciones emprendidas al respecto, por el Estado mexicano.

El delito de *trata de personas* se incorporó en la legislación nacional siguiendo las directrices internacionales derivadas de la firma del Protocolo de

Palermo,<sup>5</sup> asimismo, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, marca un avance significativo ya que desde esa fecha, en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecieron los derechos de las víctimas, incluyendo el de protección.

También el gobierno aprobó diversos ordenamientos en la materia, como 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,<sup>6</sup> de aplicación obligatoria para todas las entidades federativas.

El Estado de México, al igual que el resto de la entidades federativas, y la propia Federación, están obligados a la inmediata aplicación de la ley, donde se establezca la protección de las víctimas del delito de *trata de personas*. Cabe recordar que la misión del Estado no sólo es la de prevenir, perseguir y sancionar el delito; sino también dentro de sus obligaciones se encuentran las de establecer los mecanismos y procedimientos eficaces para la reinserción de la víctima a una vida social digna.

De diversa naturaleza son las reflexiones que deben realizarse respecto de las necesidades de las víctimas del delito de *trata de personas*, así como la participación que deben tener el Estado, los organismos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil para proteger a las mujeres y a los menores que son víctimas de éste delito.

Las reflexiones llevarán a cuestionamientos, donde en cada posible respuesta se encontrará como constante el tema de la *Responsabilidad del Estado*; es decir, entender al Estado como responsable frente a las víctimas del delito de *trata de personas*.

Un primer acercamiento, respecto de la responsabilidad del Estado de México, lleva a revisar los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano y que alcanzan a todos los Estados de la Federación en cuanto a los aspectos generales de la *trata de personas* en el ámbito normativo y, en un segundo momento, lleva al tema específico de las víctimas del delito conforme a los estándares internacionales, la cual tiene como finalidad abordar este planteamiento.

<sup>5</sup> Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo). Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000. Ratificada por México en 2003.

<sup>6</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 14 de junio de 2012.

## 2. GENERALIDADES SOBRE LA *TRATA DE PERSONAS* EN EL ESTADO MEXICANO

El sedentarismo llevó al hombre a adquirir costumbres contrarias al mismo hombre; costumbres como la esclavitud. Con el paso del tiempo, unas costumbres fueron modificando otras, pero, desafortunadamente, el hombre llevó al mismo hombre a la categoría de objeto de comercio. Por ejemplo, la prostitución, aunada a los flujos migratorios de un país a otro, llevó a la mujer a ser objeto de comercio internacional; este traslado ilegal de personas no se consideró relevante sino hasta principios del siglo XX, cuando las mujeres europeas eran trasladadas a las colonias del continente africano y americano con fines de explotación sexual y de matrimonios forzados, a lo que se le denominó trata de blancas.<sup>7</sup> Recibió este nombre por tratarse de mujeres de piel blanca. Este tráfico de personas fue observado por la comunidad internacional y así llevado a diversos países.

En la década de los años noventa del siglo XX, se incrementó este tipo de migración en países asiáticos y europeos (Austria, China e Italia). A partir de esa década se modificó la denominación del tráfico de personas con fines de explotación por el de *trata de personas*. Como consecuencia, en el año 2000, en el marco de una Conferencia Mundial convocada por la ONU, se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional<sup>8</sup> y sus dos protocolos complementarios: el primer protocolo se refiere al tráfico de migrantes por tierra, mar y aire y, el segundo, es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, —también conocido como Protocolo contra la *trata de personas*—, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en noviembre de 2000.

México, al suscribir el Tratado, adquirió la obligación de prevenir y combatir el delito de *trata de personas*, por lo que desde esa fecha ha implementado diversas acciones en esta materia, como es el caso de la Ley para Prevenir la Trata de personas,<sup>9</sup> en la cual ya se contempla la protección, atención y asistencia a las víctimas de este delito.<sup>10</sup> Sin embargo, esta ley fue abrogada

<sup>7</sup> EZETA, Fernanda, *La trata de personas: aspectos básicos*, p. 9.

<sup>8</sup> Instrumento firmado por México en diciembre de 2000 y aprobado por el Senado mexicano en octubre de 2002. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en abril de 2003, entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003.

<sup>9</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de noviembre de 2007.

<sup>10</sup> Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto la prevención y sanción de la trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas de estas conductas con la finalidad de garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad de las víctimas y posibles víctimas, residentes o

en junio de 2012, para dar paso a 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.<sup>11</sup> Es hasta este ordenamiento donde se encuentra, dentro del sistema jurídico mexicano, conceptualizado y tipificado este delito.<sup>12</sup>

En la legislación del Estado de México, en acatamiento a las obligaciones derivadas del Tratado firmado por el Estado mexicano, se reformó el Código Penal de la entidad y se adicionó al Artículo 268, el Artículo 268 *bis* y 268 *bis* 113. En el Artículo 268 *bis*, se tipifica de delito de *trata de personas* y en el 268 *bis* 1, las sanciones correspondientes; se retomó el concepto del Protocolo de Palermo, así como el tipo penal. Este instrumento ha sufrido adiciones, como la del 3 de mayo de 2012, relativa a los medios de comunicación y cuando la conducta recaiga en una persona menor de dieciocho años, así como la reforma del 2 de septiembre de 2011, mediante la cual se incrementan las penas.

trasladadas al territorio nacional, así como a las personas mexicanas en el exterior. Esta Ley se aplicará en todo el territorio nacional en materia del Fuero Federal.

<sup>11</sup> 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. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2012; con reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de marzo de 2014.

<sup>12</sup> Artículo 10. Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

- I. La esclavitud, de conformidad con el Artículo 11 de la presente Ley;
- II. La condición de siervo, de conformidad con el Artículo 12 de la presente Ley;
- III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los Artículos 13 a 20 de la presente Ley;
- IV. La explotación laboral, en los términos del Artículo 21 de la presente Ley;
- V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del Artículo 22 de la presente Ley;
- VI. La mendicidad forzosa, en los términos del Artículo 24 de la presente Ley;
- VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del Artículo 25 de la presente Ley;
- VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los Artículos 26 y 27 de la presente Ley;
- IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del Artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el Artículo 29;
- X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del Artículo 30 de la presente Ley; y
- XI. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del Artículo 31 de la presente Ley.

<sup>13</sup> Decreto 106 publicado en la *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, el 28 de diciembre de 2007.

Si bien es cierto, estos cambios legislativos representan un avance significativo en cuanto a la atención del delito de *trata de personas*, también lo es que aún no se ha contemplado la reparación del daño para las víctimas de este delito.

El apartado normativo y la implementación de las medidas necesarias para atender a las víctimas de este delito, sin duda, son acciones concomitantes que aún falta regular y, más allá de la propia regulación, lo que la sociedad espera es ver reflejado el esfuerzo normativo en las denuncias y en las sanciones que se apliquen a los implicados en este delito.

### 3. ¿QUÉ ES LA TRATA DE PERSONAS?

El protocolo de Palermo señala que por *trata de personas* se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.<sup>14</sup> Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Esta definición contiene elementos comunes a los contenidos en 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 que establece las conductas a sancionar como: “toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para *captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar* a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta ley y en los códigos penales correspondientes”.<sup>15</sup>

Del Río y Buenaventura<sup>16</sup> entiende por Trata de personas la a) Captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el

<sup>14</sup> Artículo 3 inciso a).

<sup>15</sup> Artículo 10.

<sup>16</sup> DEL RÍO Y BUENAVENTURA, José Juan, citado por Navarrete Rodríguez, David, (2010) *Nuevo Código Penal del Estado de México con Comentarios*, p. 1299.

fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, o la extracción de órganos; b) el consentimiento dado por la víctima de la *trata de personas* a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a), no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; y c) la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción de un niño con fines de explotación se considera *trata de personas* e incluso cuando no se incurra en ninguno de los medios enunciados en el apartado a".<sup>17</sup>

Respecto de este delito, Goldstein<sup>18</sup> señala que consiste en promover o facilitar la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad para que ejerza la prostitución; por su parte Osorio,<sup>19</sup> afirma que es el delito representado por la corrupción de las mujeres, mayores o menores, con el propósito de lucrarse con ellas dedicándose a la prostitución"; Martínez<sup>20</sup> señala que se trata del ilícito que se refiere a los diversos manejos con fines de lucro o para el fomento de la prostitución, entendida como la actividad sexual remunerada; para González de la Vega<sup>21</sup> es la actividad tendente a lanzar a la prostitución en forma aislada o habitual a las mujeres u homosexuales, en especial jóvenes.

Los citados conceptos del delito de *trata de personas* encuadran sólo a la prostitución y dejan de lado otras formas de explotación forzada como la sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos que, vale la pena mencionar, actualmente ya es investigado, perseguido y sancionado por el Estado mexicano; sin embargo, el tema ausente es el que se refiere a la protección y ayuda que el Estado mexicano debe brindar a las víctimas del delito.

<sup>17</sup> GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, p. 1839.

<sup>18</sup> NAVARRETE, *op. cit.*, p. 563.

<sup>19</sup> OSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, p. 761.

<sup>20</sup> NAVARRETE, en GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1300.

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 324.

El Artículo 10 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, contempla las conductas y elementos objetivos de fácil descripción, no así los relativos a la investigación y persecución procesal, como son los términos captar, enganchar, trasportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar.

Con base en la experiencia y el contenido de los conceptos señalados, la *trata de personas* es la captación, enganche, traslado, retención, entrega, recepción, alojamiento, con fines de explotación sexual, laboral y de tráfico de órganos, así como también el consumo, lo que se logra recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, como engaño, abuso de poder, aprovechándose de una situación de vulnerabilidad; entendiéndose como consumo al sujeto activo que paga por la persona que le venden, el cual no está sancionado en ley alguna, ya que al sancionar la demanda, en consecuencia, se evitaría la venta.

La propuesta conceptual de delito de *trata de personas* lleva a revisar el tipo penal y cómo es que este delito es investigado, perseguido y sancionado por el Estado mexicano, para precisar quiénes son las víctimas de este delito y cuál es la protección y ayuda que es necesario que el Estado y, específicamente, el Estado de México debe brindar.

Al respecto, en el Código Penal del Estado de México se tipifica el delito de *trata de personas* al señalar que:

Comete el delito de trata de personas quien para sí o para un tercero induzca, procure, promueva, capte, reclute, facilite, traslade, consiga, solicite, ofrezca, mantenga, entregue o reciba a una persona recurriendo a la coacción física o moral, a la privación de la libertad, al engaño, al abuso de poder, al aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o a la entrega de pagos o beneficios para someterla a cualquier forma de explotación o para extraer sus órganos, tejidos o sus componentes.

[...] Se aplicarán las mismas penas a que se refiere el Artículo 268 bis-I, a quien solicite o contrate la publicación o anuncio en medios de comunicación impresos o electrónicos, que ofrezcan servicios que tengan por objeto alguna de las formas de explotación a que se refiere este artículo.

Igualmente se aplicarán, a quien teniendo facultades para autorizar la publicación de anuncios en medios de comunicación impresos o electrónicos, realice o contrate o permita la contratación de anuncios que tengan por objeto cualquier forma de explotación que establece este artículo.

Así mismo, se establece como:

...pena de 6 a 12 años de prisión y de quinientos a mil quinientos días multa, con incremento de esta penalidad, por diversas agravantes.<sup>22</sup>

Si bien, el Estado mexicano debe regular este delito y, al respecto se ha visto un avance, también es menester voltear la mirada hacia las víctimas del delito, a quienes se les debe asegurar su privacidad, dar información sobre procedimientos judiciales, otorgar servicios para su recuperación física, psicológica y reinserción a sus actividades sociales y familiares, proporcionado alojamiento, asesoría respecto de sus derechos, oportunidades de empleo, educación y capacitación; asegurar una repatriación segura, con atención en las necesidades específicas de cada víctima, es decir, debe brindarse atención personalizada. Tratamiento especial ameritan los menores de edad, quienes se encuentran ausentes en estos ordenamientos. Son, finalmente, las víctimas a quienes se les vulneran sus derechos y el Estado tiene la obligación de intentar, por todos los medios, el resarcir el daño causado.

#### 4. EL DELITO DE *TRATA DE PERSONAS* Y LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD INVESTIGADORA

La Ley General de *Trata de personas* es de aplicación obligatoria para todas las entidades federativas; al efecto, los Tribunales Federales mexicanos establecen tres elementos constitutivos esenciales de dicho delito:<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Artículo 268 bis 1.- A quien cometa el delito de trata de personas se le impondrá:

I. [...]

II. De nueve a dieciocho años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si el sujeto activo se valiese de la función pública que tuviere o hubiese ostentado sin tener. Además, se impondrá la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación para desempeñar otro de doce a veinte años; y

III. Las penas que resulten de las fracciones I y II de este artículo se incrementarán hasta una mitad;

- Si el delito es cometido en contra de una persona menor de dieciocho años de edad;
- Si el delito es cometido en contra de una persona mayor de sesenta años de edad;
- hecho o de resistirlo;
- Cuando el sujeto activo del delito tenga parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, habite en el mismo domicilio con la víctima, tenga una relación similar al parentesco o una relación sentimental o de confianza con el sujeto pasivo; además, en los casos que proceda, perderá la patria potestad, guarda y custodia o régimen de visitas y convivencias, el derecho de alimentos que le correspondiera por su relación con la víctima y el derecho que pudiere tener respecto de los bienes de ésta.

<sup>23</sup> Época: Décima Época Registro: 2002430 Instancia: Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización: Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: 1.9o.P.20 P (10a.) Pág.

- La actividad entendida como la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas,
- El medio es la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pago o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, y
- El propósito la explotación de una persona.

Osorio<sup>24</sup> señala que, en el delito de *trata de personas*, el bien jurídico tutelado es la moral pública y, en especial, se considera que se tutela la libertad de decisión y, en alguna forma, la libertad de desplazamiento, concepto que, sin duda alguna, contempla elementos fundamentales, no obstante, también deben incorporarse, la libertad y la integridad de las personas como elementos del bien jurídico tutelado.

Realizar una revisión dogmática del delito para la adecuación de un hecho delictuoso al tipo penal, lleva a concluir que deben seguirse los lineamientos que marca el Código Penal del Estado de México. En el caso específico del delito de *trata de personas*, se trata de un delito de acción porque se requiere que la persona (sujeto activo del delito) realice una conducta voluntaria, ya que sin voluntad no habría conducta. Por lo que toca a la culpabilidad, se trata de un delito de carácter doloso, puesto que los tratantes tienen conocimiento, ya que esperan la obtención de un lucro por la conducta que realizan; se trata de un delito de consumación continuada, puesto que es necesario que con diversas conductas reiteradas se dé el hecho delictuoso.

Acerca de los requisitos de procedibilidad, es un delito que se persigue de oficio, es decir, no es necesario que la víctima se presente a realizar la denuncia, basta que se tenga conocimiento de los hechos delictuosos por cualquier medio, para iniciar la investigación de oficio, esto deriva de la gravedad del delito; el nexo causal consiste en la acción consumada por el sujeto activo y el cual tenga como resultado lo previsto en la ley punitiva, de tal suerte que entre ambos exista una relación de causa-efecto.

Respecto de los sujetos en este injusto penal el sujeto activo del delito es cualquier persona que cometa alguna de las conductas tipificadas —sin

1582 [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1582 TRATA DE PERSONAS. LA DEFINICIÓN DE ESTE DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 188 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL COINCIDE, EN ESENCIA, CON LA CONVENIDA POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN EL ARTÍCULO 3, INCISO A), DEL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (PROTOCOLO DE PALERMO).

<sup>24</sup> Cfr. OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La Averiguación Previa*.

excepción alguna—. Por lo que hace al sujeto pasivo, de igual forma puede ser cualquier persona sin distinción de sexo, mujer, varón, menor de edad, etc., sin embargo, se percibe que con mayor frecuencia, lo son las personas vulnerables, como las mujeres y los menores de edad; en otras palabras, seres humanos que se encuentran dentro de los llamados grupos vulnerables —cualquiera que sea la vulnerabilidad que presenten—. <sup>25</sup>

En este delito, resulta complejo acreditar cualquiera de las conductas. La complejidad deriva de lo tenue de las líneas que separan una conducta de la otra; en este delito se pueden cometer una o más de una conducta, por lo que es necesario ir desglosando cada una, además de acreditar cada uno de los elementos del tipo penal —además de la conducta—, para que la autoridad jurisdiccional esté en posibilidad de emitir una sentencia condenatoria al encontrar acreditados los elementos del tipo penal y la responsabilidad penal del imputado.

Por lo que se refiere al consentimiento otorgado por la víctima del delito de *trata de personas*, presenta la particularidad que no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados y, en el caso de menores, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción con fines de explotación se considerará *trata de personas*, incluso cuando se esté ante la ausencia de los medios enunciados. También se entenderá que el consentimiento de la víctima mujer no excluye de la responsabilidad penal. Por lo que toca a los niños y las niñas, y toda vez que por niño(a) se entiende a todas las personas menores de 18 años (edad en la que en México se adquiere la mayoría de edad), su consentimiento se considera nulo, ya que carecen de la capacidad de discernir; en otras palabras, carecen de capacidad de ejercicio; por lo que aun en el supuesto de que manifiesten haber otorgado su consentimiento en forma voluntaria, prevalecerá la falta de capacidad.

<sup>25</sup> La vulnerabilidad se entiende como un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del ser humano de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas y/o internas. La vulnerabilidad social de sujetos y colectivos de población se expresa de varias formas, ya sea como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado que no contribuye a fortalecer ni cuidar sistemáticamente de sus ciudadanos; como debilidad interna para afrontar concretamente los cambios necesarios del individuo u hogar para aprovechar el conjunto de oportunidades que se le presentan, como inseguridad permanente que paraliza, incapacita y desmotiva la posibilidad de pensar estrategias y actuar a futuro para lograr mejores niveles de bienestar. Busso, Gustavo. (2001) Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. CEPAL. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía. CELADE—División de Población Seminario Internacional, *Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, 20 y 21 de junio de 2001. *VULNERABILIDAD SOCIAL: NOCIONES E IMPLICANCIAS DE POLÍTICAS PARA LATINOAMÉRICA A INICIOS DEL SIGLO XXI*. p. 8.

Además, es inoperante la figura jurídica del perdón, en primer lugar, por tratarse de un delito oficioso y, en segundo lugar, porque el perdón del ofendido es único y exclusivo de la querrela. Al respecto, la ley General de Trata de personas establece como pena, de 20 a 40 años de prisión y multa de quinientos a dos mil días salario mínimo vigente a quien cometa este delito.

Si esta es la sanción para quien cometa este delito, ahora es menester revisar el apoyo que el Estado brinda a las víctimas del mismo.

##### 5. LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

A nivel internacional, los Estados se han preocupado por prestar atención al fomento de la cultura del respeto de los derechos humanos de las personas que han cometido algún delito, lo que relegó a un segundo plano a quien directamente sufría el daño, es decir, a la víctima. Sus derechos humanos pasaron a un segundo plano ya que la prioridad era prestar la debida atención al respeto de los derechos humanos del autor del delito.

El daño que se causa a las víctimas del delito de *trata de personas* con frecuencia resulta irreparable, ya que no sólo se ve afectada su integridad física y/o psicológica; el daño, con frecuencia, alcanza su entorno familiar y social.

La *trata de personas* constituye el tercer negocio ilícito más lucrativo del país, sólo superado por el tráfico de drogas y armas, sin que exista justificación alguna. Su existencia: según datos proporcionados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,<sup>26</sup> el número de niños y niñas sometidos a esclavitud sexual va de dieciséis mil a veinte mil, la mayor explotación se registra en las zonas fronterizas y en los denominados lugares turísticos o de turismo sexual.

No obstante que la *trata de personas* es un delito añejo, el Estado mexicano omitió su oportuna atención, lo cual se refleja en la reciente inserción de esta figura delictiva en la legislación mexicana y la producción doctrinal donde ya se encuentran aportaciones teóricas al respecto, dentro de las cuales se encuentran las que permiten comprender que por víctima se entiende a la persona sobre la cual ha de recaer la conducta delictiva.

La Declaración de la ONU sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de los delitos y Abuso de Poder define a las Víctimas como las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusi-

<sup>26</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, comunicado de prensa CGCP/320/12, de fecha 26 de noviembre de 2012, Mérida, Yucatán.

ve lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal nacional, normas relacionadas con los derechos humanos internacionalmente reconocidas o abuso de poder por parte de la autoridad política o económica.

En el derecho penal, la víctima es la persona física o jurídica que sufre un daño provocado por un delito; el daño puede ser físico o moral, o puede ser material o psicológico; se puede ser víctima de delitos que no hayan producido un daño corporal físico, como un robo o un fraude, siendo entonces el daño meramente patrimonial; por lo general, el delito apareja daño moral al daño material sufrido.

La víctima se ha identificado con el sistema penal, porque es a partir de la comisión de un delito que se le considera como tal. Para el caso del delito de *trata de personas*, en el Sistema Penal Mexicano, es a partir de que se transgrede un bien jurídico tutelado por la ley, que a una persona se le considere como víctima, ya que es la persona que sufre un daño o un perjuicio provocado por una acción u omisión, ya sea por culpa de otra persona o por fuerza mayor.

En el delito de *trata de personas* la víctima es el sujeto pasivo de un delito. Se le considera como tal, porque es quien sufre la transgresión a sus derechos humanos, a su dignidad, a su libertad, a su integridad, etc., llegando al extremo de convertirse en una mercancía. Por su condición de vulnerabilidad es que con mayor frecuencia se encuentran en este grupo las mujeres, niños y niñas.

La sociedad mexicana condenó el abandono en que el Estado mexicano tenía, en general, a las víctimas de los delitos. En 1993, la respuesta del Gobierno Federal fue la reforma al Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde se elevaron a rango constitucional los derechos de la víctima; con la reforma a este artículo en el año 2000, ya se establecen los derechos de la víctima.

Sin embargo, el Estado mexicano, con la reforma en materia procesal penal, del sistema Acusatorio, Adversarial y Oral de 2008, modificó el Artículo 20 creando el inciso C constitucional, que de manera específica establece los derechos de la víctimas a recibir asesoría jurídica, a coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir atención médica y psicológica de urgencia y a que se le repare el daño —entre otros—.

El diez de junio de 2011 es una fecha trascendente en el sistema jurídico mexicano. Desde entonces, el texto del Artículo 1º constitucional se lee:

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

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

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.

La expresión *Derechos Humanos* es la base de la reforma constitucional y la base para la protección de los derechos de todos los seres humanos, donde se ubican los derechos de las víctimas, los cuales están reconocidos no sólo por la constitución (fuente nacional) sino también por los tratados internacionales (fuente internacional), los cuales se refieren a las normas contenidas en los instrumentos internacionales ratificados por México.

En el párrafo segundo se establece el principio *pro personae*; este principio supone que cuando existan distintas interpretaciones de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que mejor proteja a la persona titular de derechos humanos; también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que brinde la protección más amplia.

Con el propósito de armonizar la normatividad nacional con la internacional, diversos ordenamientos han sufrido reformas relacionadas con las víctimas de delitos; se han implementado campañas contra la *trata de personas*, así como se han creado programas para el caso particular de atención a víctimas del delito. En México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en 2007, estableció el Programa Nacional contra la *trata de personas* y en septiembre de 2009, inició sus actividades el Observatorio Nacional contra la

*Trata de personas*, para brindar atención a las víctimas del este ilícito. Dentro de estas acciones, el Gobierno Federal publicó en 2007, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, donde en el Artículo 54 establece:

#### CAPÍTULO V

#### DE LOS REFUGIOS PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

Artículo 54.- Corresponde a los refugios, desde la perspectiva de género: que a saber son:

- I. Aplicar el Programa;
- II. Velar por la seguridad de las mujeres que se encuentren en ellos;
- III. Proporcionar a las mujeres la atención necesaria para su recuperación física y psicológica, que les permita participar plenamente en la vida pública, social y privada;
- IV. Dar información a las víctimas sobre las instituciones encargadas de prestar asesoría jurídica gratuita;
- V. Brindar a las víctimas la información necesaria que les permita decidir sobre las opciones de atención;
- VI. Contar con el personal debidamente capacitado y especializado en la materia, y
- VII. Todas aquellas inherentes a la prevención, protección y atención de las personas que se encuentren en ellos.

Además, respecto de la protección de la víctima se lee:

Artículo 55. Los refugios deberán ser lugares seguros para las víctimas, por lo que no se podrá proporcionar su ubicación a personas no autorizadas para acudir a ellos.

Artículo 56. Los refugios deberán prestar a las víctimas y, en su caso, a sus hijas e hijos los siguientes servicios especializados y gratuitos:

- I. Hospedaje;
- II. Alimentación;
- III. Vestido y calzado;
- IV. Servicio médico;
- V. Asesoría jurídica;
- VI. Apoyo psicológico;
- VII. Programas reeducativos integrales a fin de que logren estar en condiciones de participar plenamente en la vida pública, social y privada;
- VIII. Capacitación, para que puedan adquirir conocimientos para el desempeño de una actividad laboral, y
- IX. Bolsa de trabajo, con la finalidad de que puedan tener una actividad laboral remunerada en caso de que lo soliciten.

En los refugios, la estancia de las víctimas de delitos no podrá ser mayor a tres meses, a menos de que persista su inestabilidad física, psicológica o su situación de riesgo; la ley permite conocer que la autoridad considera que tres meses es un tiempo suficiente para iniciar la atención de la víctima y después canalizarla a un nivel diferente para iniciar su proceso gradual de reincorporación social, para lo cual el personal médico, psicológico y jurídico del refugio será el encargado de monitorear y evaluar la condición de las víctimas.

En todos los casos la permanencia de las víctimas en los albergues debe ser voluntaria, como lo señalan los Artículos 57, 58 y 59.<sup>27</sup> Todos estos derechos el Estado mexicano no sólo debe reconocerlos y dejarlos en el nivel de hipótesis normativa, de derechos humanos en abstracto; el Estado debe aplicarlos con la diligencia debida, es decir, debe dinamizarlos.

La protección, atención y ayuda a las víctimas del delito de *trata de personas* deben constituir un conjunto de acciones del Estado congruentes, atinadas, coherentes, coordinadas y diferenciadas.

#### 6. REFLEXIONES FINALES

Tratándose del delito de *trata de personas*, el Estado mexicano debe garantizar a las víctimas la oportunidad de reincorporarse a una vida digna y evitar su re-victimización, la vía para el logro de este objetivo es una verdadera y efectiva coordinación interinstitucional que lleve al diseño de políticas públicas y programas de gobierno encaminados a brindar protección a las víctimas de este delito.

Cuando las víctimas son mujeres y menores de edad, en los programas y las acciones de gobierno debe evidenciarse el sustento social y el jurídico que permita visualizar que la responsabilidad, protección y asistencia, son particulares y diferenciados en atención a la edad y características de cada una de las víctimas; cabe recordar que, como lo señaló Jellinek, la existencia del derecho público depende, de la existencia de los derechos de sus integrantes.

Es necesaria la participación y cooperación de todos los sectores de la sociedad ya que el delito de *trata de personas* tiene particularidades que sólo

<sup>27</sup> Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. (2007)

Artículo 57. La permanencia de las víctimas en los refugios no podrá ser mayor a tres meses, a menos de que persista su inestabilidad física, psicológica o su situación de riesgo.

Artículo 58. Para efectos del artículo anterior, el personal médico, psicológico y jurídico del refugio evaluará la condición de las víctimas.

Artículo 59. En ningún caso se podrá mantener a las víctimas en los refugios en contra de su voluntad.

pueden abordarse en específicos términos locales; por ejemplo, cada persona, cada grupo y cada comunidad tienen el inalienable derecho a ser diferente; esto lleva a comprender que esa diferencia encuentra su sustento en la cultura—México es un país pluricultural—, entonces, cuando el delito de *trata de personas* inicia con el enamoramiento y llega al matrimonio ¿cómo identifica una persona el límite que existe entre observar una conducta culturalmente acorde a las costumbres de una comunidad determinada y cómo logra diferenciarla de la señal de alerta de encontrarse ante la posibilidad de encontrarse en el camino de ser víctima de un delito? La respuesta se encontrará a partir de la efectiva participación de todas las comunidades de la sociedad y es donde cada una marcará las pautas correspondientes.

Con el propósito de lograr la no repetición, deben capacitarse los servidores públicos que tiene contacto con las víctimas del delito de *trata de personas*, para que les sea posible obtener la mayor cantidad de información y así brindar la ayuda que requiere cada persona en lo particular; debe actuarse con sensibilidad de género para recabar información a partir de sólo una entrevista para que la víctima exprese lo hechos delictuosos que sufrió en su persona una sola vez y no re—victimizarla, cada vez que se requiera la práctica de una diligencia o bien al tener que platicarlo a los demás intervinientes. A partir de la información recabada la víctima debe recibir la asistencia necesaria, lo que debe manejarse con sensibilidad de género durante todo el proceso legal.

La protección y acompañamiento a la víctima del delito debe brindarlo el Estado, hasta lograr la reparación del daño —económico y moral—; también debe proporcionarse asesoría legal<sup>28</sup> y el apoyo específico que cada víctima requiera, hasta lograr su reinserción familiar, laboral y social.

Los derechos de las víctimas de un delito y en especial del delito de *trata de personas* son: recibir de inmediato asistencia médica especializada, no sólo la revisión por un médico legista; deben solicitarse de inmediato los servicios de salud del Estado mexicano y, en el caso particular del Estado de México, se les realicen los exámenes necesarios, para corroborar el estado físico de la víctima, según los requerimientos particulares.

<sup>28</sup> Es necesario que la víctima reciba apoyo para que el delito no quede impune. Al respecto, el informe sobre la *Situación de la Trata de Personas en México*, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos señaló que de 2009 al primer semestre del 2014, de las 2.105 averiguaciones registradas, sólo 756 derivaron en consignación ante un Juez; de esa cifra, sólo en 152 hubo sentencias condenatorias, el 7,2% de los casos que llegaron hasta un juzgado terminaron en condena. De las víctimas identificadas, el 82,9% son del sexo femenino y 13,7% masculino; el 42,1% de las víctimas son adultos y 39,8% menores de edad, en el 18,1% de los casos no fue posible determinar la edad. 77,5% de las víctimas son mexicanas y el 15,4% extranjeras; del 7,1% se ignora su nacionalidad.

Como parte de estos servicios de salud también debe proporcionarse ayuda psicológica, hasta que la víctima esté en condiciones de reincorporarse a una vida digna; la *trata de personas* es un delito que impacta la dignidad de la persona y la dignidad es la piedra angular sobre la cual se sustentan los derechos humanos.

Debe resguardarse con sumo cuidado la identidad de cada víctima para que, en el caso de que los tratantes sean parte de una red de la delincuencia organizada —lo cual sucede con frecuencia—, la víctima se encuentre en lugar seguro y con las condiciones adecuadas para garantizar su integridad física; por lo que es necesario que durante el proceso penal y durante su recuperación permanezca en un Albergue del Estado, lo cual, si bien es cierto, será de manera temporal, no debe ceñirse a un tiempo predeterminado por la autoridad, debe permanecer durante el tiempo que dure el proceso no solo legal sino de reinserción de la víctima a las actividades de la esfera social y familiar. Es decir, el tiempo lo determinará la recuperación de cada víctima.

Es necesario diseñar mecanismos de fortalecimiento de las relaciones entre las instancias oficiales y la sociedad civil. Un espacio donde han de ejecutarse las acciones en beneficio de las víctimas del delito de *trata de personas*, debe ser en los Albergues; es decir, estos espacios del Estado deberán contar con la infraestructura adecuada para llevar un proceso desde que ingresa la víctima, llevar un control de cuáles son las características con las que ingresa, lo cual deberá asentarse en un expediente confidencial, su estado de salud, física y psicológica, su situación legal, datos de su entorno familiar, social y laboral. A todos estos rubros se les debe dar puntual seguimiento y también deben fijarse metas para que la víctima del delito de *trata de personas* pueda reincorporarse a una vida digna.

La normatividad internacional, nacional y estatal contemplan la obligación para Estado mexicano, de establecer los albergues para las víctimas de este delito, Pero, sólo por citar un ejemplo, el que se ha establecido en el Distrito Federal dista de cubrir el total de los rubros que deben atenderse en forma personalizada. Únicamente cubren las necesidades de subsistencia de la víctima, lo cual se aleja de la obligación institucional.

Parte de la atención integral de la víctima es la función que desempeña la sociedad civil, a través de sus diversas organizaciones, en lo que el Estado se encuentra imposibilitado de cubrir, como son las oportunidades laborales para que logren tener un sustento propio que les permita vivir con dignidad y en general, la sociedad también está obligada a dar el apoyo a las víctimas no discriminándolas. Cabe mencionar que una aportación de la sociedad ci-

vil es el albergue para víctimas del delito de *trata de personas*, denominado “Camino a Casa”, ubicado en el Distrito Federal.

El Estado mexicano debe firmar los acuerdos de cooperación necesarios para brindar la oportuna atención, sin necesidad de tener que acreditar, por ejemplo, el ser derechohabiente de alguna institución de salud; la atención debe brindarse en forma oportuna.

El Estado debe monitorear en forma permanente el comportamiento de los índices delictivos de la *trata de personas* para así intentar abordar este problema en los términos que, en su momento, Jellinek abordó al Estado, como objeto de conocimiento y lograr una adecuada política criminal que permita que los grupos vulnerables de la sociedad, como mujeres, niños y niñas no sean más las víctimas de este injusto penal.

En el Estado de México, el Consejo Estatal de la Mujer contempla dentro de sus funciones el apoyo a las víctimas del delito de *trata de personas*, pero es insuficiente para el Estado de México, donde es rebasado en virtud de la frecuencia de la comisión de este delito. Si bien es cierto, la Procuraduría General de Justicia del Estado de México cuenta con una Fiscalía de Trata de personas, también lo es, que se encarga de la investigación y persecución del delito, mientras que las víctimas requieren resolver no sólo la parte legal, sino una protección integral.

Dentro de las acciones preventivas, actores protagónicos deben ser la Secretaría de Educación y la familia —como institución—. La Secretaría debe diseñar, dentro de todos los planes y programas de estudio de todos los niveles educativos, con la asesoría de las familias, las acciones que permitan comprender en términos culturales la línea (en ocasiones imperceptible) que existe entre obediencia y sumisión, entre servir y servil, así como las características de las conductas que vulneran la dignidad, sobre todo cuando intervienen los sentimientos, como en el caso del enamoramiento. La participación de todos los sectores de la población será determinante para observar y respetar las especificidades culturales de cada comunidad y de cada pueblo. Acorde con cada nivel educativo se debe señalar con claridad qué hacer en cada uno de los posibles escenarios; tratando siempre de abarcar la mayor cantidad supuestos.

No sólo deben incluirse en forma transversal en los planes y programas educativos, las acciones preventivas, también debe monitorearse en forma permanente la comprensión de las mismas.

## 7. FUENTES CONSULTADAS

- ÁVALOS GONZÁLEZ, Juan Manuel, *Manual de capacitación sobre trata de personas*, México, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.
- BERISTAIN, Carlos Martín (Coord.), *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neconstitucionalismo y sociedad. ASDI, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Embajada Real de Dinamarca y Real Embajada de Noruega. 2010.
- BUSO, Gustavo, *Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. CEPAL. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía. CELADE-División de Población Seminario Internacional, 20 y 21 de junio de 2001. Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI.
- CARBONELL, Miguel, *La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, 2012, en [www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml).
- CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Las Mujeres a través del Derecho Penal*, México, SCJN-Fontamara, 2012.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo, “Jellinek, Georg, Consideraciones sobre la Teoría general del Estado. Cuestiones Constitucionales”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 14, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio 2006.
- EZETA, Fernanda, *La trata de personas: aspectos básicos*, México, CIM, OEA, OIM, INMUJERES, INM, 2006.
- JELLINEK, George, *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Ed. Albatros, 1954.

MARCHIORI, Hilda, *Criminología, La Víctima del Delito*, México, 5a. edición, Porrúa, 2006.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Laura y VALDEZ VALERIO Miriam, *Violencia de Género*, México, ADIVAC (Asociación Para el Desarrollo Integral de Personas Violadas) SEDESOL, 2007.

NAVARRETE RODRÍGUEZ, David, *Nuevo Código Penal del Estado de México con Comentarios*, T. II, México, Ed. Edmund Mezguer, 2010.

OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La Averiguación Previa*, México, 8a. edición, Porrúa, 1997.

OROZCO, Rosi, "Trata de personas, la esclavitud en los siglos XX y XXI, Necesidad de una ley general en materia de trata de personas", en *Trata de personas en México*, Rosi Orozco (Coord.), México, INACIPE, 2011.

SALINAS BERISTAIN, Laura, *La Aplicación del Marco Jurídico Internacional, Nacional, y Estatal frente a la Trata de personas*, México, Colegio de la Frontera Norte, 2012.

#### Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2013)

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. (2012)

Ley para Prevenir la *Trata de personas*. (2007).

*Recopilación penal para el Estado de México*, México, Flores editor y distribuidor, 2009.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, (2007) reformada en 2014.

#### Instrumentos internacionales

*Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional*. Firmado por México en diciembre de 2000 y aprobado por el Senado mexicano en octubre de 2002. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, abril de 2003, con entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003.

*Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*. Adopción: 21 de marzo de 1950; Adhesión de México: 21 de febrero de 1956.

ONU, *Manual para la lucha contra la Trata de personas*, Oficina contra la Droga y el Delito.

ONU, *Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas*. A/RES/64/293, 2010.

*Programa Mundial Contra la trata de personas*, Disponible en: [www.onudc.org/doc](http://www.onudc.org/doc)

*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. (Ratificado por el Estado mexicano el 4 de marzo de 2003.)

### Documentos oficiales

*Diario Oficial de la Federación*, 27 de noviembre de 2007, 10 de junio de 2011, 14 de junio de 2012.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe La Situación de la Trata de personas en México*, 28 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_, Comunicado de prensa CGCP/320/12, Mérida, Yucatán, 26 de noviembre de 2012,

Gaceta del Gobierno del Estado de México, Decreto 106, publicado el 28 de diciembre de 2007.

### Poligrafía

GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Tercera edición. Buenos Aires, Depalma, 1993.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 2010.

### Consulta electrónica

<http://www.objetivosdedesarrollodelmilenio.org.mx>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos: [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx)

Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

Programa de televisión del Canal del Congreso: Reunión de Trabajo de la Comisión contra la *Trata de personas*, transmitido el 11 de junio de 2013.

DISCURSO DEL LIC. LUIS M. DÍAZ MIRÓN A.,  
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,  
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN  
DE CURSOS 2015-2016

Hace poco más de 103 años se fundó la Escuela Libre de Derecho con la intención de darle a la sociedad mexicana abogados profesionalmente capaces y moralmente sólidos, que pudieran responder con éxito y con seriedad a las necesidades y problemas jurídicos que se les plantearan.

A partir de esta idea inicial se creó la Escuela, pero para ello fue necesario el concurso y la buena voluntad de todos quienes la fundaron, que plasmaron en ella los más generosos ideales liberales. Así, nuestros mayores imaginaron una Escuela Libre, consagrada exclusivamente a la enseñanza del derecho, independiente del poder público y ajena a todo fin político, credo religioso o especulación mercantil, en la que los maestros no percibirían ningún emolumento y que se sostendría con las nada onerosas cuotas pagadas por los alumnos, con pleno respeto a la libertad de cátedra en un ambiente de respeto y tolerancia bajo el principio de que todos obramos de buena fe; Escuela en la que la exigencia, la seriedad y el rigor serían la nota distintiva para alcanzar la excelencia y la óptima preparación de nuestros egresados.

Así, con estas ideas nacimos y en estas ideas hemos perseverado durante más de un siglo, con el espíritu siempre renovado, con la mirada en el futuro pero cimentado éste en nuestros principios y valores que nos dieron vida.

Iniciamos un nuevo ciclo escolar con la bendición de nuestros fundadores que deben observarnos con orgullo, satisfechos de que sus ideas fructificaron y enraizaron en el alma de quienes los hemos seguido en esta noble tarea de enseñar derecho.

Seguimos dotando a México de abogados capaces; lo demuestran nuestros más de 3,600 egresos que han obtenido su título profesional en la Libre y que se han desempeñado en todas las áreas y ramas de la actividad jurídica,

destacando siempre por su compromiso, por su capacidad, por sus logros, por su dedicación a luchar y conseguir la justicia.

Seguimos contando con los mejores profesores, que desde hace cien años se han relevado atentos al paso del tiempo sin desmayar jamás en la obra común que por la educación realizamos, siempre con disposición, siempre con generosidad, siempre preparados, preocupados por la juventud, consientes de la responsabilidad que hemos asumido de brindar lo mejor de nosotros mismos, de nuestros conocimientos y experiencia, a nuestros alumnos. Gracias a nuestros profesores por su entusiasmo; bienvenidos los nuevos maestros que se incorporan a nuestro claustro.

Seguimos contando, como ha ocurrido durante un siglo, con los mejores alumnos, jóvenes que han resuelto enfrentar la vida desde una Escuela descrita como difícil, pero que han comprendido la importancia de formarse en la responsabilidad, en el deber, en el estudio, en la entrega absoluta para poder llegar a ser lo que han soñado: los mejores abogados de este país. Felicidades a todos estos chicos y chicas que están con nosotros, avanzando año con año durante los cinco que dura la carrera. Hoy hemos premiado a muchos de ustedes, que simbolizan la fuerza juvenil creadora de que nos hablaban los fundadores, los hombres y mujeres a los que en un futuro cercano, la sociedad mexicana confiará sus asuntos, dilemas y problemas.

Seguimos contando con el respaldo de nuestra gente, de los mexicanos. Lo demuestra el hecho de que hoy, aquí entre nosotros, están los alumnos que ingresan a primer año, los recién llegados, los que inician sus estudios profesionales con gran ilusión. Los recibimos con cariño y con la esperanza de que sus sueños puedan volverse realidad; requerirán de toda su voluntad y toda su capacidad y aquí estamos nosotros para ayudarlos y encaminarlos. Sean ustedes bienvenidos.

Seguimos también renovando los órganos de dirección de la Escuela, fieles a nuestra tradición democrática. En el pasado mes de noviembre, hace 9 meses apenas, los profesores eligieron una nueva Junta Directiva y a un nuevo Rector, comprobando así las fortalezas de nuestros principios y la continuidad de la marcha de la Institución conforme al legado que nos hemos comprometido a respetar y acrecentar.

El día de hoy me siento profundamente orgulloso de inaugurar el curso escolar 2015-2016 en mi carácter de Rector de la Escuela Libre de Derecho. Este cargo es un alto honor que implica más que nada la voluntad de servir y la decisión procurar ante todo el bien de la Escuela, asegurar su progreso, conservar la pureza de nuestra mística y proyectarla hacia todos los ámbitos

posibles para garantizar a la sociedad que la Libre responde a los retos de hoy y del mañana.

Por ello, desde aquí, en este día en que iniciamos un nuevo ciclo escolar, quiero expresar públicamente mi reconocimiento a los Rectores que ha tenido nuestra Escuela, porque comprendo y entiendo la responsabilidad que asumieron y admiro la manera en que cada uno resolvió los dilemas de su tiempo y momento. Saludo con emoción agradecida a los Rectores que me antecedieron inmediatamente en esta responsabilidad aquí presentes, pero también lo hago extensivo a los demás, a los que fueron mis maestros, a los que conocí desde que fui alumno y a los de antaño, a quienes desde 1912 han forjado esta Escuela.

Tengo también el honor de encabezar una Junta Directiva comprometida, entusiasta, activa. Nos hemos propuesto trabajar cotidianamente por avanzar conforme a la senda que nos fue marcada tanto por nuestra trayectoria histórica como por el mandato que nos formuló la Asamblea General de Profesores.

Los resultados ya están a la vista. El día de hoy iniciamos cursos con un nuevo Plan de Estudios, elaborado con el concurso de todos los profesores. Es un plan que, estamos convencido, formará mejores abogados porque concentra de manera coherente, profunda y a la vez amplia, la enseñanza del derecho.

Mantenemos nuestros cinco años tradicionales, con 8 materias por año durante 34 semanas lectivas efectivas. Es decir, nuestros alumnos tendrán 1,360 horas de clase por año, que sumadas a lo largo de la carrera, da un total de 6,800 horas con sus maestros, a las que habría agregar las tradicionales jornadas de estudio en las épocas de exámenes que más o menos serían de 500 por año en cada temporada de 8 semanas y 2,000 durante la estancia en la Libre, como todos lo hicimos.

Ninguna otra Escuela en México exige tanto; ninguna otra forma tanto, porque además, en nuevo Plan de Estudios tiene otras fortalezas y ventajas:

Consolida la preparación de los alumnos en los troncos fundamentales de la carrera: Derecho Civil y Derecho Constitucional.

Asegura la continuidad en el aprendizaje de ramas del derecho esenciales como: Penal, Mercantil, Procesal y Laboral.

Mantiene la tradición de la Escuela al fomentar la cultura jurídica a través del Derecho Romano, la Historia, la Filosofía, la Sociología y la Economía.

Abre vías para la especialización en los últimos años de la carrera, a través de una serie de materias optativas articuladas en atención a las necesidades actuales.

Privilegia la formación científica y teórica en las aulas, en el entendido de que el conocimiento práctico se adquiere a través de pasantías.

Recuerda la importancia de generar criterio jurídico en los alumnos, ya que los maestros además de sus conocimientos aportan su experiencia.

La anualidad de los cursos se considera como el mejor acierto pedagógico para permitir la madurez y la asimilación gradual de conocimientos.

Tenemos también otros avances en distintas áreas de la vida de la Escuela en la que no quisiera ser prolijo sino simplemente enunciarlas, como la concertación y el desarrollo de diversos proyectos académicos que en beneficio de profesores y alumnos se están realizando con universidades extranjeras, como la Universidad de Pisa, en Italia, donde una decena de nuestros profesores han ido ya a ampliar sus conocimientos, o como la Penn State University, en los Estados Unidos, donde tres alumnos acaban de concluir un curso de especialización en negociación y justicia oral.

Por otra parte, me es muy grato anunciar que la Junta Directiva emprendió un proyecto modernizador de nuestra Biblioteca, la segunda más importante en el país en materia jurídica con sus 126,000 volúmenes, consistente en renovar toda la estantería con mobiliario móvil, para aumentar nuestra capacidad, así como, después de un siglo existencia, darle un nombre en homenaje a un ilustre egresado: Felipe Tena Ramírez, el primero de nuestros alumnos en llegar a ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; hoy contamos con tres de ellos en nuestro máximo tribunal. La imposición de este nombre tan distinguido a nuestra biblioteca se realizara el 9 de octubre, cuando se cumpla un aniversario más del fallecimiento de tan insigne jurista.

Esta es la Escuela Libre de Derecho, firme en sus principios y valores, abierta al pensamiento jurídico, formadora de abogados capaces, atenta al desarrollo de nuestra ciencia. Una Escuela de libertad donde se busca la justicia; una Escuela de amistad y de buena voluntad, una Escuela que sirve a México y a los mexicanos, una Escuela que mira al futuro con la solidez de nuestro pasado, una Escuela que hoy se renueva en ese sentimiento social que hace que cada año lleguen nuevos alumnos y que todos nosotros los recibamos con la alegría de saber que somos parte de una Institución que florece cada otoño y crece hacia el infinito.